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

2012/4

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Vertrieb:
BBL
Vertrieb Bundespublikationen
CH-3003 Bern

www.bundespublikationen.admin.ch

Preis Einzelnummer:
CHF 30.-
Preis Jahresabonnement:
CHF 120.- Schweiz
CHF 145.- Ausland
(Form: 727.000.12/4)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la concurrence
CH-3003 Berne
(Editeur)

Diffusion:
OFCL
Diffusion publications
CH-3003 Berne

www.publicationsfederales.admin.ch

Prix au numéro:
CHF 30.-
Prix de l'abonnement annuel:
CHF 120.- Suisse
CHF 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**

2012/4

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

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

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

Januar/janvier/gennaio 2013

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 **2012/4**

B Verwaltungsrechtliche Praxis
Pratique administrative
Prassi amministrativa

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

1. Vorabklärungen
Enquêtes préalables
Inchieste preliminari

1. Distribution cinématographique dans les villes de Lausanne et Genève 744
2. Acquiring-Gebühren auf Maestro-Transaktionen 749
3. Maestro Fallback Interchange Fee und Debit MasterCard Interchange Fee 764
4. Taxizentralen der Stadt Zürich: Wettbewerbsverbote 814

4. Beratungen
Conseils
Consulenze

1. Beratung betreffend konzerninterne Umsätze im Sinne von Art. 5 VKU 818

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

2. Untersuchungen
Enquêtes
Inchieste

1. Vertrieb von Musik 820

3. Unternehmenszusammenschlüsse
Concentrations d'entreprises
Concentrazioni di imprese

1. BKW FMB Energie AG/Groupe E SA/CC Energie SA 843
2. Migros/Galaxus 846
3. Hilcona/Gastro Star 857
4. Schweizerische Post/La Poste 864
5. Advent International Corporation/Douglas Holding AG 882
6. Migros/Angehrn (CCA) 884

Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano) 889

Index (deutsch, français e italiano) 891

B Verwaltungsrechtliche Praxis
Pratique administrative
Prassi amministrativa

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

B 1	**1. Vorabklärungen** Enquêtes préalables Inchieste preliminari
B 1.1	**1. Distribution cinématographique dans les villes de Lausanne et Genève**

Rapport final du Secrétariat de la Commission de la concurrence du 17 juillet 2012 concernant l'enquête préalable selon l'art. 26 LCart relative à la distribution cinématographique dans les villes de Lausanne et Genève en raison de possibles restrictions illicites à la concurrence au sens de l'art. 7 LCart.

Schlussbericht des Sekretariats der Wettbewerbskomission vom 17. Juli 2012 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Filmvertrieb in Lausanne und Genf wegen möglicher unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Art. 7 KG

Rapporto finale della Segreteria della Commissione della concorrenza del 17 luglio 2012 relativa all'inchiesta preliminare giusta l'art. 26 LCart concernente la distribuzione cinematografica nelle città di Losanna e Ginevra per possibili restrizioni illecite ai sensi dell'art. 7 LCart.

A En fait

1. Diverses plaintes d'exploitants de salles de cinéma ont signalé que ceux-ci se heurtaient à des refus de livraison de la part de distributeurs de films. Selon ces entreprises, cette situation serait due à une position dominante non seulement des distributeurs, mais aussi de l'entreprise Pathé AG qui exploite de nombreuses salles de cinéma à Lausanne et Genève. Pathé Suisse aurait exercé des pressions sur certains distributeurs de films afin qu'ils refusent de livrer leurs œuvres à ses concurrents.

2. Le Secrétariat de la Commission de la concurrence (ci-après: «Secrétariat») a ouvert une enquête préalable le 23 mai 2011. Au cours de cette procédure, plusieurs distributeurs de films et d'exploitants de salles de cinéma ont été contactées par voie de questionnaires.

3. Il ressort des analyses du Secrétariat que le marché de la distribution cinématographique est composé de deux catégories de distributeurs: les *«majors»*[1] qui détiendraient conjointement environ 75 % de parts de marché[2], d'autres entreprises de plus petites tailles[3] se partageant le quart restant. Ces entreprises de distribution opèrent majoritairement dans les principales villes suisses qui constituent l'essentiel du potentiel commercial des films. Les salles dans lesquelles les films sont distribués semblent également sélectionnées en fonction du «public cible» et de leur capacité[4]. Dans le cadre de cette procédure, le Secrétariat a également auditionné Pathé Suisse, Pathé Films AG, des sociétés d'exploitation de salles ainsi que des distributeurs de films.

4. Pathé AG (ci-après: Pathé Suisse) est une société holding exploitant 70 écrans de cinémas dans divers grands complexes (multiplex) en Suisse.[5]

5. Pathé Films AG est une société juridiquement indépendante de Pathé Suisse, active dans la distribution de films dans toute la Suisse.

6. En 2000, le Secrétariat avait déjà examiné le marché du cinéma dans le cadre de l'enquête préalable «*Schweizerischer Filmverleih und Kinomarkt*».[6] Bien que l'analyse se focalisait sur le marché suisse-alémanique, la plupart des considérations émises à l'époque peuvent être reprises dans le présent cas.

[1] Walt Disney, Universal, Warner Bros, Fox, Ascot-Elite. Par ailleurs, certaines de ces entreprises sont aussi actives dans la production de films (acte 118).
[2] Acte 114.
[3] Souvent spécialisées sur le marché des films «Arthouse», cf. par. 13ss.
[4] Actes 34, 90, 105, 114.
[5] Acte 50.
[6] DPC 2000/4, 571, *Schweizerischer Filmverleih und Kinomarkt*.

B En droit

B.1 Prescriptions réservées

7. Les prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services sont réservées, notamment celles qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique ou celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux (art. 3 al. 1 LCart).

8. En l'espèce, la loi fédérale du 14 décembre 2001 sur la culture et la production cinématographiques (ci-après: «LCin») intègre des dispositions concernant le cinéma. Cette loi a pour but «*de promouvoir la diversité et la qualité de l'offre cinématographique ainsi que la création cinématographique et de développer la culture cinématographique.*» (art. 1 LCin). Néanmoins, elle ne régit pas le cadre économique de la distribution cinématographique et ne prévoit aucune disposition qui tendrait à restreindre la concurrence. Dès lors, la LCin ne peut être considérée comme une prescription réservée au sens de l'art. 3 al. 1 LCart.

9. Pour le surplus, il peut être fait référence au rapport final d'enquête préalable de l'affaire «*Schweizerischer Filmverleih und Kinomarkt*»[7] dans la mesure où les dispositions concernées sont toujours en vigueur.

B.2 Abus de position dominante au sens de l'art. 7 LCart

B.2.1 Entreprise en position dominante

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

11. Avant d'examiner s'il existe des indices d'une position dominante, il s'agit en premier lieu de déterminer le marché de référence.

B.2.2 Marché de référence

a. Marché de produits

12. Le marché de produits comprend tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés (cf. par analogie art. 11 al. 3 let. a de l'Ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises, OCCE; RS 251.4).

13. Dans le cadre de la procédure, le Secrétariat a étudié le domaine de la distribution de films en Suisse. Le Secrétariat a pour pratique de classer les films en deux catégories principales, à savoir les films «Mainstream» et les films «Arthouse» (aussi appelés films de studio).[8] Différents critères permettent d'opérer une distinction, tels que le public cible, l'origine géographique du film, le «style» du film (action, drame, etc.) ou encore le potentiel commercial.

14. Les films «Mainstream» se caractériseraient par le ciblage d'un public jeune entre 10 et 25/30 ans. Ces films ont pour point commun d'être majoritairement produits aux Etats-Unis d'Amérique. Les films «Arthouse» sont destinés à un public plus âgé, dès 25/30 ans. Dans cette catégorie, on trouve toutes sortes de films dont la provenance est beaucoup plus variée. La distinction est d'autant plus fine qu'il faut allier le critère de la provenance avec la thématique du film.

15. Dès lors, les deux marchés de produits supposés seraient la distribution de films «Mainstream» respectivement «Arthouse» (ou films de studio). Certaines entreprises distribuent les deux types de films, d'autres sont spécialisés dans une catégorie.

b. Marché géographique

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

17. Les distributeurs opèrent sur le plan national.[9] Il existe environ vingt entreprises de distribution en Suisse réparties sur les trois zones linguistiques. La majeure partie de leurs activités se concentre, pour les deux marchés de produits identifiés, dans une dizaine de villes clef.[10] Il s'agit des villes de Lausanne, Genève, Bâle, Berne, Lugano, Fribourg, Zürich, St.-Gall, Neuchâtel et Lucerne.[11]

18. Il ressort de la procédure que le spectateur joue un rôle central dans le choix du lieu de distribution d'un film. Celui-ci ne se déplacerait pas de plus d'une vingtaine de kilomètres pour visionner le film de son choix.[12] De plus, les distributeurs interrogés ont confirmé qu'il était important d'éviter une trop grande dispersion des spectateurs, cela afin de favoriser le succès commercial d'un film. De ce fait, une délimitation régionale des marchés peut être justifiée.

19. Dans le cadre de cette enquête préalable et compte tenu de la provenance de la dénonciation d'origine, le marché géographique examiné a été celui de la Suisse romande dont les villes de Lausanne et Genève ainsi que leurs banlieues contigües constituent des zones géographiques importantes. Cette délimitation géographique étroite correspond à la pratique du Secrétariat.[13]

B.2.3 Conclusion intermédiaire

20. Les marchés de référence sont ceux de la distribution de films «Mainstream» et «Arthouse» dans les villes de Lausanne et Genève ainsi que leurs proches banlieues.

21. Il convient maintenant d'analyser les positions sur ces marchés de référence des distributeurs de films et d'analyser l'influence que peut y exercer Pathé Suisse.

[7] DPC 2000/4 571 *Schweizerischer Filmverleih und Kinomarkt*.
[8] Ibid., N 25 et 26, *Schweizerischer Filmverleih und Kinomarkt*. Cette distinction a également été opérée par les entreprises interrogées.
[9] Notamment actes 34, 90, 105, 114.
[10] Acte 67.
[11] DPC 2000/4, 571 N 38, *Schweizerischer Filmverleih und Kinomarkt*.
[12] Audition de Pathé Suisse du 22 mars 2012.
[13] DPC 2000/4 571 N 34-38, *Schweizerischer Filmverleih und Kinomarkt*.

B.2.4 Position sur le marché de la distribution de films

a. Position des distributeurs

22. Au niveau suisse et tout comme dans le cadre de la procédure «Schweizerischer Filmverleih und Kinomarkt», il paraît possible que les distributeurs de films disposent d'une position dominante «temporaire» vis-à-vis des exploitants de salles, notamment lorsque la demande en provenance de ces derniers pour un film est forte (en raison de son haut potentiel commercial par exemple).[14] Par ailleurs, en raison du grand nombre de distributeurs présents sur le marché suisse, il paraît cependant peu vraisemblable qu'une position dominante durable (individuelle ou collective)[15] puisse s'établir. En effet, les parts de marché des distributeurs nous permettent de relativiser cette problématique car aucune de celles-ci n'excède 20 %. Le tableau 1 ci-dessous résume la situation.

Tableau 1: Parts de marché des distributeurs en Suisse en 2010

Distributeurs	Nouveaux films	Nbre d'entrées	Parts de marché (d'après le nombre d'entrées)
WDSMO	*[…]*	*[…]*	*[10-20%]*
Universal	*[…]*	*[…]*	*[10-20%]*
Warner Bros	*[…]*	*[…]*	*[10-20%]*
Fox	*[…]*	*[…]*	*[10-20%]*
Ascot-Elite	*[…]*	*[…]*	*[10-20%]*
Pathé	*[…]*	*[…]*	*[0-10%]*
Frenetic	*[…]*	*[…]*	*[0-10%]*
Filmcoopi	*[…]*	*[…]*	*[0-10%]*
JMH	*[…]*	*[…]*	*[0-10%]*
Xenix	*[…]*	*[…]*	*[0-10%]*

Source: acte 114

23. Sur l'arc lémanique, la procédure a mis en évidence l'importance du choix des salles par les distributeurs de films. En effet, celui-ci aurait un impact direct sur les recettes perçues par les distributeurs (cf. par. 24). Ces considérations s'appliqueraient aussi bien au marché des films «Arthouse» qu'à celui des films «Mainstream». Dans les villes de Lausanne et Genève, aucune particularité quant à la distribution de films n'est ressortie. La question d'une éventuelle position dominante (individuelle ou collective) des distributeurs de films dans ces villes peut rester ouverte dans la mesure ou aucun indice d'abus n'a été constaté.

b. Pas d'abus de position dominante

24. Il ressort de la procédure que les salles de cinéma posséderaient leur propre identité culturelle. Le «caractère» des salles jouerait aussi un rôle important quant au choix du lieu de distribution d'un film, dans la mesure où les recettes qui en découlent dépendent en grande partie de la qualité de la clientèle de la salle où celui-ci est projeté. Une mauvaise répartition des copies entrainerait un éparpillement du public qui pourrait amener, à terme, à une dégradation de l'identité culturelle des salles. Dès lors, le fait de choisir de façon plus ou moins sélective le lieux de projection d'un film semble justifié dans la mesure où ce comportement permettrait de maximiser le profit du distributeur. En conséquence, l'hypothèse selon laquelle le distributeur aurait un intérêt à faire projeter son film dans le plus grand nombre de salles possible ne peut être retenue. Au contraire, ce comportement pourrait engendrer une baisse des recettes de chaque salle, en raison de l'éparpillement du public, ce qui se répercuterait sur le chiffre d'affaires des distributeurs. Partant, le comportement de certains distributeurs, consistant à refuser de livrer certains films à des salles de cinéma, paraît dans le contexte analysé comme justifié sur le plan commercial et non abusif.

B.2.5 Rôle de Pathé Suisse

25. Pour certains exploitants de salles de cinéma, le refus de livraison dont ils auraient été victimes serait dû à une pression de Pathé Suisse, exercée sur les distributeurs.[16] Ce comportement serait rendu possible en raison de la position dominante de cette entreprise, sur le marché de la projection de films. La menace faite aux distributeurs de ne pas jouer les films dans les salles de Pathé Suisse, si ceux-ci devaient livrer des films à d'autres salles, serait effectivement propre, si elle devait être mise à exécution, à empêcher les distributeurs de réaliser l'essentiel de leurs revenus dans les secteurs géographiques de référence.[17] Si un marché propre de la projection de films «Mainstream» et «Arthouse» dans les villes de Lausanne et Genève pouvait être défini, cette menace de refus, qui pourrait s'apparenter à un refus d'entretenir des relations commerciales avec les distributeurs (art. 7 al. 2 let. a LCart), pourrait avoir des effets sur les concurrents directs de Pathé Suisse.

[14] Ibid.
[15] Ibid.
[16] Acte 130.
[17] Exemple: «Kein Film kann in der Schweiz wirtschaftlich erfolgreich sein ohne […] und Pathé (…)». Acte 114.

26. La part de marché de l'entreprise Pathé Suisse au niveau de la projection de films, mesurée en terme d'entrées, serait d'environ 27.5 % au niveau national,[18] laquelle placerait cette entreprise en position e «leader» des exploitants de salles de cinéma.

27. Sur l'arc lémanique, les entreprises interrogés soutiennent que Pathé Suisse disposerait d'un quasi-monopole de la projection de films, principalement dans les villes de Lausanne et de Genève, avec une part de marché alléguée de 80 %.[19] Dès lors, on peut supposer qu'aucun autre exploitant de salles puisse être suffisamment puissant pour générer un effet disciplinant sur Pathé Suisse dans ces villes. Le tableau 2 ci-dessous résume la situation.

Tableau 2: Informations concernant les exploitants de salles de cinéma sur le marché géographique de référence

a) Lausanne

Exploitants de salles de cinéma	Nbre d'infrastructures	Nbre d'écrans	Parts de marché (estimations)
Pathé	2	15	*80%*
Cine Qua Non	1	6	*[10-20%]*
Bellevaux	1	1	*[0-10%]*
Le Zinéma	1	1	*[0-10%]*
Cinémathèque Suisse[20]	0	0	

Source: actes 1, 50, 108, 110.

b) Genève

Pathé	3	23	*80%*
Les Scala	1	3	*[0-10%]*
Nord-Sud	1	1	*[0-10%]*
Cinéma Bio	1	2	
Premium Entretainment	2	3	
Cinexploitation	2	2	

Source: actes 38, 39, 50, 52.

28. La majorité des entreprises a reconnu Pathé Suisse comme en position de force sur le marché suisse de l'exploitation de salles. Toutefois, aucun des distributeurs interrogés n'a relaté de situation dans laquelle ils auraient été victimes de pressions de la part de cette entreprise, visant à les influencer dans leur politique de distribution des films. Certains exploitants de salles ont également affirmé qu'une entente aurait existé entre Pathé Suisse et Pathé Films AG, selon laquelle cette dernière lui aurait accordé un droit d'accès préférentiel aux copies. Toutefois, aucun indice de ce type de comportement n'a été identifié.

B.2.6 Conclusion

29. Au vu de ce qui précède, aucun indice d'abus au sens des art. 7 LCart ne peut être constaté, soit de la part des distributeurs, soit de la part de Pathé Suisse.

B.2.7 Evolutions liées à la numérisation des films

30. En raison de l'évolution technologique, le marché des films est en pleine mutation. Traditionnellement, les films étaient majoritairement transmis aux salles sous la forme d'une bobine de 35mm. Le coût de cette copie variait de CHF 3'000.- à 5'000.-.[21] Toutefois, une modernisation est actuellement en cours. Celle-ci aboutira à une transformation des copies 35mm en format numérique dont le coût de production sera théoriquement moins élevé.

[18] Acte 114 et audition de Pathé Suisse du 22 mars 2012.
[19] Notamment, actes 1, 6, 38, 39, 42, 67.
[20] Association de promotion de films culturels qui ne dispose pas de salle propre mais qui utilise des salles dans d'autres cinémas (acte 108).
[21] Cf. réponses au questionnaire du 30 mai 2011.

31. Selon certaines entreprises, cette modernisation aura pour conséquences d'augmenter le nombre de copies en circulation et d'obliger les salles indépendantes qui travaillent encore sur 35mm à se moderniser. Selon la plupart des avis, les salles qui n'opéreront pas ce changement devront fermer. De plus, l'augmentation du nombre de copies sur le marché entrainera une réduction du temps de la projection de chaque film dans l'ensemble des salles et risque de mener à un éparpillement du public.

32. Cette modernisation engendre des coûts importants pour les exploitants de salles de cinéma, alors même que ceux des distributeurs se voient diminués. Ainsi, un système de «compensation» a été mis en place entre ces deux opérateurs sous la forme d'une «Virtual Print Fee» (ci-après VPF). Il s'agit d'une forme de dédommagement que le distributeur paye à l'exploitant pour la projection de son film numérique. De ce fait, le coût de la modernisation est réparti entre exploitants et distributeurs. A noter que les VPF sont conclues pour une durée limitée variant de 5 à 7 ans.

33. Cette évolution technologique risque d'engendrer une concentration du marché. De ce fait, le Secrétariat continuera de surveiller ce marché.

B.3 Résumé

34. La procédure n'a démontré aucun indice d'abus de position dominante ni des distributeurs de films, ni de Pathé Suisse. En raison des récentes évolutions technologiques susmentionnées ainsi que des modifications que celles-ci pourraient entraîner dans la structure du marché, le Secrétariat continuera de surveiller les développements qui s'y produisent.

35. L'enquête préalable est classée sans suite.

C Conclusions

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

1. clôt l'enquête préalable […] sans suite;
2. *[Notification]*
3. *[Publication]*

B 1.1	2. Acquiring-Gebühren auf Maestro-Transaktionen

Schlussbericht vom 11. Juli 2012 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Acquiring-Gebühren auf Maestro-Transaktionen wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG und/oder unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG.

A Sachverhalt

A.1 Gegenstand

1. Gegenstand der Vorabklärung ist der von SIX Multipay AG (SIX Multipay) mit einer Meldung nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG[1] am 16. März 2010 vorgebrachte Sachverhalt. Danach plante MasterCard Europe SPRL (MasterCard) die Einführung der neuen Acquiring-Gebühr „Maestro Development Fund“ (MDF) per 1. Juli 2010 sowie die Weiterführung der per 1. Januar 2008 bereits eingeführten Acquiring-Gebühr „Maestro Volume Fee“ (MVF) in der Schweiz. Diese Gebühren sollten gemäss Meldung von SIX Multipay gegenüber den Akzeptanzstellen (Händler) weiterverrechnet werden, indem sie als Zuschläge auf die bestehenden Händler-Gebühren (Merchant Service Charges [MSC]) aufgerechnet werden.

2. Mit der Vorabklärung soll geklärt werden, ob Anhaltspunkte bestehen, dass es sich bei der Einführung der MDF-Gebühr sowie bei der Weiterführung der MVF um eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 KG respektive um eine missbräuchliche Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 KG handelt.

A.2 Verfahren

3. Mit Schreiben vom 16. März 2010 hat SIX Multipay dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) die Umsetzung der Acquiring-Gebühren MDF und MVF von MasterCard und deren Weiterbelastung an die Kunden von SIX Multipay per 1. Juli 2010 sowie Zahlungen von MasterCard an SIX Multipay im Rahmen des Maestro-Debitkartensystems in Anwendung von Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG gemeldet.

4. Am 16. Juni 2010 hat das Sekretariat innerhalb der Widerspruchsfrist nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG eine Vorabklärung in Sachen Acquiring-Gebühren auf Maestro-Transaktionen gegenüber MasterCard und den in der Schweiz tätigen Maestro-Acquirern eröffnet.

5. Zwischen dem 23. und dem 30. Juni 2010 erhielten die Wettbewerbsbehörden von SIX Multipay, dem Verband Elektronischer Zahlungsverkehr (VEZ) und der Erdölvereinigung (EV) Gesuche um die (superprovisorische) Anordnung vorsorglicher Massnahmen im Zusammenhang mit den von MasterCard eingeführten Gebühren. Die Gesuche wurden am 14. und 19. Juli 2010 ergänzt.

6. SIX Multipay hat daraufhin vorläufig auf den Antrag auf einen Erlass der superprovisorischen Massnahmen verzichtet, hat den Antrag jedoch in ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen umgewandelt.

7. Das Sekretariat hat die übrigen Gesuche bezüglich des Erlasses superprovisorischer Massnahmen abgewiesen, aber die Frage der Angemessenheit von vorsorglichen Massnahmen offengelassen. Mit Schreiben vom 9. Juli 2010 und vom 26. Juli 2010 hat MasterCard zu den Gesuchen Stellung genommen.

8. Das Sekretariat hat die Gesuche von SIX Multipay, des VEZ und der EV um Anordnung vorsorglicher Massnahmen geprüft und ist zum Schluss gekommen, dass die materiellen Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen von den Gesuchstellerinnen nicht ausreichend glaubhaft gemacht werden konnten. Zugleich erachtete das Sekretariat zu diesem Zeitpunkt die Anhaltspunkte als ungenügend, um eine Untersuchung nach Art. 27 ff. KG zu eröffnen. Es hat deshalb auf einen entsprechenden Antrag an die Wettbewerbskommission verzichtet.

9. Mit Schreiben vom 31. August 2010 hat das Sekretariat SIX Multipay, den VEZ und die EV darüber informiert, dass die Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen und für die Eröffnung einer Untersuchung nicht erfüllt seien.

10. Das Sekretariat versandte am 8. Februar 2011 einen Fragebogen zu den Acquiring-Gebühren bei Maestro an zahlreiche Marktteilnehmer. Zwischen Februar und März 2011 gingen die Antworten der angeschriebenen Unternehmen und Vereinigungen ein.

11. Am 16. Januar 2012 hat das Sekretariat an einem Treffen mit MasterCard verschiedene Fragen zur Governance des MDF gestellt, welche MasterCard mit Schreiben vom 24. Februar 2012 beantwortet hat.

A.3 MVF und MDF

A.3.1 Übersicht

12. Gegenstand der vorliegenden Vorabklärung bilden folgende Gebühren im Rahmen des Maestro Debitkartensystems[2]:

(i) **Maestro Development Fund** (MDF) Gebühr: Es handelt sich hierbei um eine durch MasterCard erhobene, vom inländischen Acquiring-Umsatz abhängige Gebühr. Diese Gebühr wird von MasterCard vollständig reinvestiert, indem bei den Acquirern Innovationsprojekte finanziert werden.

(ii) **Maestro Volume Fee** (MVF): Es handelt sich hierbei um eine durch MasterCard erhobene, vom Acquiring Umsatz abhängige Lizenzgebühr. Die Acquirer bezahlen diese Gebühr an MasterCard für die Bereitstellung des Maestro-Systems.

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

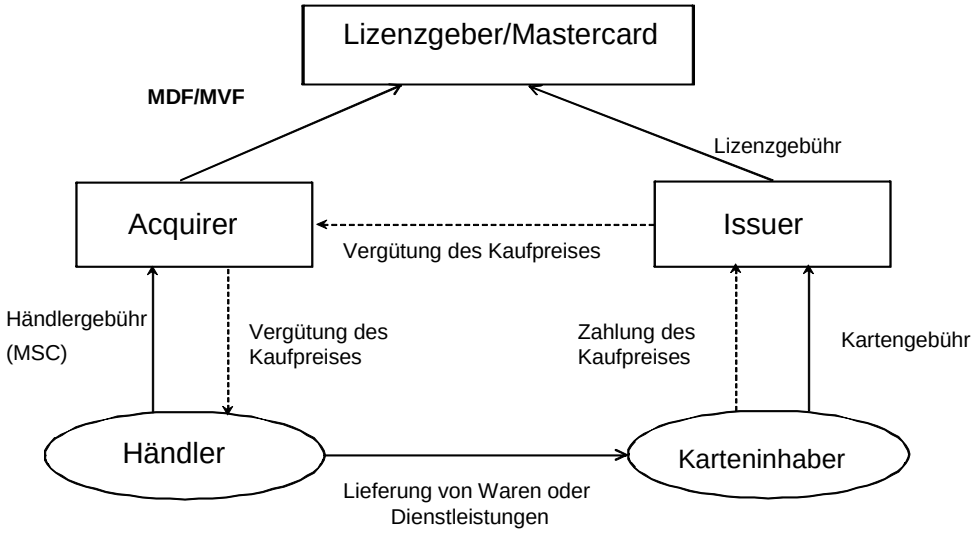
[2] Für eine ausführliche Beschreibung des Maestro-Debitkartensystems in der Schweiz wird auf den Schlussbericht des Sekretariats vom 31. Mai 2011 *Maestro Fallback Interchange Fee und Debit MasterCard Interchange Fee* verwiesen.

13. Die vertragliche Basis für die Erhebung der MDF und MVF Gebühr findet sich in den Maestro Global Rules. Gemäss Ziff. 15.1 der Maestro Global Rules sind die Teilnehmer zur Bezahlung sämtlicher von der Kartenorganisation festgelegten Gebühren verpflichtet.

14. Weiter war ursprünglich auch ein **Domestic Maestro Acquiring Volume Support** (MAVS) vorgesehen. Es sollte sich dabei um eine vom Acquiring Umsatz von [Acquirer] bzw. vom Erreichen bestimmter Zielgrössen abhängige Zahlung von MasterCard an [Acquirer] handeln. [Acquirer] sollte sich in diesem Zusammenhang verpflichten, bestrebt zu sein, eine gewisse Anzahl vertraglich definierter Verkaufspunkte (Point of Sale [POS]) mit der Maestro PayPass Kontaktlos-Technologie aufzurüsten. Der MAVS war allerdings nur Gegenstand von Verhandlungen von MasterCard mit [Acquirer], wurde aber letztlich nie eingeführt.

15. Die im Rahmen des Maestro-Debitkartensystems erhobenen Acquiring-Gebühren MDF und MVF wurden durch MasterCard einseitig eingeführt.

16. Nachfolgend wird aufgezeigt, welche spezifischen Leistungen von den verschiedenen Marktteilnehmern innerhalb des Maestro-Vierparteiensystems erbracht werden. Darin enthalten sind auch die neu eingeführten Gebühren MDF und MVF, welche Gegenstand der Meldung von SIX Multipay bildeten. In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass innerhalb des Maestro-Debitkartensystems in der Schweiz für inländische Transaktionen keine Interchange Fees erhoben werden:



A.3.2 Einführung einer MDF Gebühr durch MasterCard

17. Mit Schreiben vom 1. Oktober 2009 kündigte MasterCard gegenüber SIX Multipay die einseitige Einführung eines MDF per 1. Juli 2010 an, welcher die Migration von Bargeldzahlungen hin zu elektronischen Zahlungsmethoden fördern sollte. Diese Gebühr wird auf dem generierten inländischen Maestro Umsatz erhoben und muss von allen in der Schweiz tätigen Maestro Acquirern an MasterCard bezahlt werden.

18. Die erhobene Gebühr wird nach Angaben von MasterCard in Zusammenarbeit mit den Acquirern dazu genutzt, Innovation zu fördern und die Akzeptanz von Maestro-Karten in der Schweiz zu verbessern. Diese sei im Vergleich zum europäischen Durchschnitt relativ tief. Die MDF Gebühr werde für die Unterstützung der Migration von Bargeld zu elektronischen Zahlungsmethoden sowie zur Verbesserung der technischen Ausrüstung der Geräte und zur Erhöhung der Anzahl und Volumen der an POS getätigten Transaktionen auf Maestro verwendet. Zum Beispiel würden die Mittel eingesetzt, um Terminals mit innovativen Technologien wie PayPass oder Bezahlung per Smartphone einzurichten.

19. MasterCard hat ähnliche Development Funds in der Vergangenheit in vielen europäischen Ländern eingeführt, unter anderem in den EU-Mitgliedstaaten […].

20. MasterCard sieht für die MDF Gebühr während einer Einführungsphase von einem Jahr eine reduzierte Höhe von [<0.02] % auf dem Maestro Acquiring Umsatz vor.

21. MasterCard hat Richtlinien herausgegeben, welche Regeln bezüglich des Einsatzes der Einnahmen aus den MDF Gebühren enthalten (MDF Switzerland Guiding Principles). Demnach werden die Einnahmen dazu eingesetzt, die Maestro Transaktionen am POS zu erhöhen und die Substitution von Bargeld in der Schweiz zu fördern.[3] Dabei werden einzelne Kriterien aufgestellt, damit Projekte durch den MDF unterstützt werden können. So muss das Projekt zwingend Maestro bezogen sein und zur Entwicklung von Maestro in der Schweiz beitragen.[4]

[3] Vgl. MDF Switzerland Guiding Principles, S. 4.
[4] Vgl. MDF Switzerland Guiding Principles, S. 5.

A.3.3 Einführung einer MVF durch MasterCard

22. Die Einführung der MVF wurde von MasterCard angeordnet und war gemäss SIX Multipay nicht verhandelbar. Es handelt sich hierbei um eine Gebühr, die in der Schweiz seit dem 1. Januar 2008 für alle Acquirer anfällt und direkt an MasterCard im Rahmen der Nutzung des Maestro-Systems bezahlt werden muss, wenn die Vertragsbeziehungen mit MasterCard weiterhin aufrechterhalten werden sollen.

23. MasterCard sieht in der MVF einen Unkostenbeitrag für die Nutzung der Marke „Maestro“ und für die Bereitstellung und Verwaltung des Maestro-Systems (Lizenzgebühr, „Brand Fee“). Die MVF sei die zentrale Acquiring Gebühr und Acquiring-Einnahmequelle von MasterCard und Bestandteil deren vereinheitlichten SEPA-Pricings.

24. Hintergrund des SEPA-Pricings sei das SEPA-Card Framework, welches vom European Payments Council (eingerichtet von der europäischen Bankenindustrie zur Realisierung der SEPA) mit dem Ziel entworfen würde, für Zahlkartensysteme einheitliche Standards und Transparenz zu schaffen. Ziel der SEPA sei es, die Unterscheidung zwischen inländischen und grenzüberschreitenden Zahlungsvorgängen aufzuheben.

25. MasterCard müsse als Betreiberin des internationalen Maestro-Systems die Vorgaben dse SPEA-Card Frameworks umsetzen, um Maestro SEPA-kompatibel zu machen. Sie habe daher die Gebührenstruktur SEPA-weit vereinheitlicht.

26. Die Bezahlung der MVF erfolgt direkt mittels Bankbelastung durch MasterCard. Die Höhe der Gebühr ist abhängig vom quartalsweisen Maestro Umsatz und beträgt [<0.02] %.

A.3.4 Zahlung eines MAVS durch MasterCard

27. Die Einführung des MAVS war Gegenstand des von MasterCard vorgeschlagenen "Customer Segment Agreement" (CSA) mit [Acquirer]. Gemäss Ziff. 2.1 des Entwurfs des CSA verpflichtete sich MasterCard zur Leistung einer Supportzahlung an [Acquirer], welche sich auf Basis eines Prozentsatzes des inländischen Maestro POS und ATM Acquiring Umsatzes von [Acquirer] in einer bestimmten Periode berechnet. Die Höhe des jeweils anwendbaren Prozentsatzes bestimmt sich aufgrund des Erreichens bestimmter Maestro-Umsatzvolumen-Ziele durch [Acquirer].

28. […], damit Umsatzziele erreicht und eine gewisse Anzahl vertraglich definierter POS mit der Maestro PayPass Technologie aufgerüstet werden. PayPass erlaubt das kontaktlose Zahlen mit der Maestro Debitkarte und der MasterCard Kreditkarte. […].

29. Gemäss Aussage von MasterCard war der MAVS nur Gegenstand von Verhandlungen mit [Acquirer], wurde jedoch nie eingeführt.[5] Auf den MAVS wird daher im Rahmen der vorliegenden Vorabklärung nicht weiter eingegangen.

A.3.5 Bemessung der MVF und des MDF

30. Gemäss MasterCard ist die MVF Bestandteil des vereinheitlichten SEPA-Pricings von Mastercard.[6] MasterCard habe mit Wirkung ab dem 1. April 2006 die Gebührenstruktur SEPA-weit vereinheitlicht. Bei der MVF handle es sich um eine „Brand Fee“, also eine Lizenzgebühr, mit der abgegolten werde, dass sich der Acquirer das Maestro-System zunutze machen dürfe und von den Marketing- und Innovationsleistungen vom MasterCard profitiere. Da auch die Schweiz SEPA-Mitglied und als SEPA-Land im Maestro System aufgeführt sei, habe MasterCard das SEPA-Pricing auf den 1. April 2006 auch in der Schweiz eingeführt. Mit dem SEPA-Pricing wende MasterCard im ganzen SEPA-Raum dieselben Gebühren einheitlich an. Die Höhe der MVF beträgt derzeit [<0.02] % des Maestro Umsatzes des jeweiligen Acquirers.

31. MasterCard hat die Höhe der MDF-Gebühr auf [<0.02] % fixiert. Die MDF-Gebühr wird auf allen inländischen gemeldeten oder – im Fall von zentralen Acquirern – verarbeiteten Bruttoacquirer-Volumen erhoben. Eine Transaktion ist inländisch, wenn die Karte durch einen Schweizer Herausgeber ausgestellt wurde und in der Schweiz eingesetzt wird. MasterCard erhebt die MDF-Gebühr nur von den Acquirern und gibt keine Empfehlung ab, ob die Gebühr auf den Handel überwälzt werden soll. MasterCard greift damit nicht in das Vertragsverhältnis zwischen Acquirern und Händlern und in deren Preispolitik ein. Gemäss MasterCard ist die MDF-Gebühr in jedem Fall nicht hoch genug, als dass sie einen bedeutenden Einfluss auf die Merchant Service Charge (MSC) haben könnte.[7]

A.3.6 Standpunkte von MasterCard und anderen Marktteilnehmern betreffend MVF und MDF

A.3.6.1 Standpunkte von MasterCard

32. Gemäss MasterCard haben die beiden Kostenelemente MVF und MDF nichts gemeinsam, mit Ausnahme der Tatsache, dass weder die MDF noch die MVF Händlergebühren darstellten. MasterCard gebe den akzeptierenden Händlern keine Preise (MSC) vor. MasterCard habe keinerlei Einfluss auf die Preisgestaltung der Acquirer und gebe auch keine diesbezüglichen Empfehlungen heraus.[8]

33. Beim MDF handle es sich um keine Einnahme von MasterCard, sondern um einen Unterstützungsfonds, der vollständig in den Schweizer Markt reinvestiert werde, wozu sich MasterCard gegenüber den Acquirern verpflichtet habe. Im Gegensatz dazu sei die MVF Teil des 2006 eingeführten SEPA Pricing und als solche eine der wichtigsten Gebühren von MasterCard in Europa. Die MVF sei eine Brand Gebühr, d.h. eine Lizenzgebühr, welche die Acquirer für die Bereitstellung des Maestro Systems entrichten müssen. Die Acquirer entschädigten MasterCard auf einer nutzungsbezogenen Basis für das Bereitstellen der Marke Maestro und der Infrastruktur

[5] Vgl. Antworten von MasterCard auf Fragebogen vom 4. März 2011, S. 15.
[6] Vgl. Stellungnahme von MasterCard vom 9. Juli 2010, S. 15 ff.
[7] Vgl. Stellungnahme von MasterCard vom 24. Februar 2012, S. 2.
[8] Vgl. Antworten von MasterCard auf Fragebogen vom 4. März 2011, S. 15.

des Systems, aber auch für die Entwicklung des Systems und Innovationen. MasterCard behalte die Einnahmen aus der MVF.[9]

34. Gemäss MasterCard ist der MDF eingerichtet worden, um den Innovationsstillstand für Maestro sowohl auf Händler- als auch auf Acquirerseite zu beheben. Der MDF soll Maestro-Transaktionen an POS fördern und die Infrastruktur bei den Händlern verbessern. Voraussetzung für die Durchsetzung und Förderung von Innovationen sei eine positive Interchange Fee für Maestro. Der MDF könne diese nicht ersetzen. Die Tatsache, dass derzeit keine Interchange Fee besteht, habe dazu geführt, dass die Issuer nicht mehr bereit seien, selbst Innovationen zu tätigen. Auf der Akzeptanzseite scheine es, dass einige grössere Händler und Interessenverbindungen aus verschiedenen Gründen Innovationen sehr skeptisch oder stark ablehnend gegenüber stünden. Langfristig könne sich die Ablehnung gegenüber Innovationen negativ auf Konsumenten und Händler auswirken, da diesen keine neuen Funktionen und Vorteile geboten würden.[10]

35. MasterCard bezeichnet den MDF als Unterstützungsfonds, der zu 100 % in den Schweizer Markt reinvestiert wird. Da der MDF von den Schweizer Acquierern alimentiert werde, sei er aus Sicht der Acquirer in der Schweiz meist kostenneutral, je nach den von ihnen vorgeschlagenen Projekten.[11]

36. Für die Beurteilung von Projekten für den MDF nennt MasterCard folgende Hauptkriterien: (i) das Projekt bezieht sich auf Maestro, (ii) das Projekt unterstützt die Entwicklung von Maestro in der Schweiz, (iii) das Projekt bezieht sich auf das Acquiring oder einen Händler, (iv) Wichtigkeit des Projekts.[12]

37. MasterCard habe im Jahr 2010 spezifische Marketingprojekte lanciert, die über den MDF finanziert wurden. Diese Kampagnen hätten das Ziel gehabt, die Anzahl an Maestro Transaktionen an den POS zu erhöhen und die Infrastruktur bei den Händlern zu verbessern. Als Beispiele für die Durchführung solcher Marketingprojekte werden genannt:[13]

- [Acquirer]

  [Acquirer], Acquiring Lizenznehmer von MasterCard, führte in der Schweiz ein „Händler POS Aktivierungsprogramm“ durch. Das Ziel bestand darin, neue Maestro Händler zu akquirieren, bestehende Händler zur Akzeptanz von Maestro Karten zu bewegen und die Verwendung von Maestro Karten an den Händler POS zu stimulieren. Das Programm wurde mittels Händler-Mailings durchgeführt, einschliesslich Spezialaktionen für neue und bereits existierende Händler. Beide Angebote enthielten POS Terminal und spezielles POS Marken Material zur Förderung der Nutzung von Maestro Karten. Um die Händler zur Annahme des Angebots von [Acquirer] zu bewegen, beinhaltete das Programm auch spezielle Anreize wie Rabatte und Händlerbeiträge. Das Programm wurde in der Zeit zwischen August 2010 und dem 31. Dezember 2010 durchgeführt.

- [Acquirer]

  [Acquirer] , Acquiring Lizenznehmer von MasterCard, führte in der Schweiz ein „Händler Akzeptanz Aktivierungsprogramm“ durch, mit dem Ziel, die POS Akzeptanz für Maestro Karten bei [Händler] zu erhöhen. Das Programm lief bis zum 31. Dezember 2010 und beinhaltete die Installation von [1‘000–2‘000] POS Terminals für die Akzeptanz von Maestro Karten an Verkaufsstellen des [Händlers], die Bereitstellung von technischen Mitteln zur Einrichtung der POS Terminals, die Verbesserung der Autorisierungssoftware, Terminal-Downloads, die Terminal-Zertifizierung und die notwendigen Sicherheitsprüfungen. Ausserdem wurde das Logo für die Maestro-Akzeptanz an den POS klar sichtbar gemacht.

- [Händler]

  Im Dezember 2010 führte der [Händler] ein Maestro Cardholder Aktivierungsprogramm an seinen POS durch. Damit unterstützte [Händler] das Ziel von MasterCard, die Verlagerung von Barzahlungen auf elektronische Zahlungsmittel weiter voranzutreiben. Während einer vom [Händler] und MasterCard gemeinsam lancierten Maestro-Marketingkampagne wurde die Verwendung der Maestro-Karte an den POS anhand spezifischer Materialien gefördert (Displays, Poster, Teppiche am Eingang, Flugblätter) und von speziellen Anreizen für Maestro-Karteninhaber unterstützt (T-Shirts, Maestro Karten-Portemonnaie).

- MasterCard

  Im Dezember 2010 lancierte MasterCard eine „Educational Cardholder Campaign“ in der Schweiz. Diese Kampagne zielte auf die Vertrautheit der Konsumenten mit der Maestro-Karte und auf ihre Motivation ab, die Maestro-Karten an Händler-POS zu benutzen. Diese Kampagne wurde über Poster angekündigt und fand hauptsächlich in der Umgebung von Verkaufsstellen von Händlern statt, die ausschliesslich Maestro-Karten akzeptieren (wie die Händler […]).

[9] Vgl. Antworten von MasterCard auf Fragebogen vom 4. März 2011, S. 14 f.
[10] Vgl. Antworten von MasterCard auf Fragebogen vom 4. März 2011, S. 5 f.
[11] Vgl. Antworten von MasterCard auf Fragebogen vom 4. März 2011, S. 14.
[12] Vgl. Antworten von MasterCard auf Fragebogen vom 4. März 2011, S. 7 f.
[13] x Vgl. Antworten von MasterCard auf Fragebogen vom 4. März 2011, S. 8 ff.x

38. Für die erwähnten Kampagnen wurden folgende Beträge eingesetzt[14]:

Kunde	Beschreibung	EUR
[Acquirer]	Händler POS Aktivierungsprogramm	[100-200]‘000
[Acquirer]	Händler Akzeptanz Aktivierungsprogramm	[100-200]‘000
[Händler]	Maestro Cardholder Aktivierungsprogramm an den POS	[100-200]000
MasterCard	Educational Cardholder Campaign	[200-300]‘000

39. Als weiteres Projekt wird „Purchase with Cashback“ mit [Acquirer] genannt.[15] Dieses habe aber bisher noch zu keinen spezifischen Aktionen oder Investitionen geführt, sei aber von [Acquirer] und […] als Projekt identifiziert und werde derzeit auf Acquirer- und auf Händlerseite geprüft.

40. Weiter laufe ein Projekt „Contactless Payment“ mit [Acquirer].[16] Für 2011 sehe [Acquirer] die Unterstützung der POS Terminal Infrastruktur und die Unterstützung von neuen Händlern in der Schweiz bei der E-Commerce Akzeptanz als prioritär an. In Verhandlungen sei es um das Erlangen der Akzeptanz für kontaktloses Bezahlen bei […] gegangen. Es sei jedoch noch zu keiner Einführung gekommen.[17]

41. MasterCard weist darauf hin, dass SIX Multipay erst seit Januar 2011 Interesse an der Entwicklung und Realisierung von Projekten zeige, die über den MDF finanziert werden. Derzeit entwickelten MasterCard und [Acquirer] mit […] ein Projekt für kontaktloses Bezahlen. Das Projekt befinde sich in der Anfangsphase […].[18]

42. Für MasterCard gilt das Aktivieren der Nutzung von Maestro-Karten in der Erdölindustrie bzw. die Aufrüstung bestehender POS Terminals bei Tankstellen hin zu EMV oder allenfalls zu PayPass in der Schweiz als eine der Hauptprioritäten.[19] MasterCard stehe mit verschiedenen Erdölgesellschaften in Kontakt (namentlich […]). Ausserdem verfolge MasterCard zusammen mit [Acquirer] und [Händler] ein Projekt betreffend die [Händler] Tankstellen.

43. In Bezug auf die Auswahl der Acquirer hält MasterCard fest, dass sie diesbezüglich keine Präferenz hat und mit allen Acquirern arbeitet, die ihrerseits bereit sind, mit MasterCard zusammenzuarbeiten.[20] Es gebe keine privilegierte Unterstützung für einzelne Acquirer. Die Acquirer würden in Abhängigkeit ihres Maestro-Geschäfts in der Schweiz, des Zwecks und der Machbarkeit ihrer Projekte und der potenziellen Vorteile für Konsumenten und Händler unterstützt. MasterCard entscheide allein darüber, welche Acquirer finanziell unterstützt werden. Die Acquirer könnten eine Finanzierung beantragen, es fänden jedoch keine Verhandlungen zwischen den Acquirern und MasterCard statt.[21]

44. Mit Eingabe vom 24. Februar 2012 hat MasterCard die Verwaltung des MDF, die im Jahr 2011 finanzierten Projekte sowie die aktuellen und geplanten MDF Projekte näher beschreiben.[22]

45. Bezüglich der Verwaltung des MDF führt MasterCard aus, dass sie die MDF-Gebühr über ein separates und unabhängiges Rechnungssystem einzieht. Die eingezogenen MDF-Beträge würden kontinuierlich erfasst und mit den verrechneten Forderungen und Rückstellungen abgeglichen. MasterCard überprüfe die Abrechnung des MDF regelmässig mit den Acquirern, welche die MDF-Gebühr abliefern.

[14] Vgl. Antworten von MasterCard auf Fragebogen vom 4. März 2011, S. 10.
[15] Vgl. Antworten von MasterCard auf Fragebogen vom 4. März 2011, S. 11.
[16] Vgl. Antworten von MasterCard auf Fragebogen vom 4. März 2011, S. 11.
[17] Vgl. Antworten von MasterCard auf Fragebogen vom 4. März 2011, S. 12.
[18] Vgl. Antworten von MasterCard auf Fragebogen vom 4. März 2011, S. 12.
[19] Vgl. Antworten von MasterCard auf Fragebogen vom 4. März 2011, S. 13.
[20] Vgl. Antworten von MasterCard auf Fragebogen vom 4. März 2011, S. 13.
[21] Vgl. Antworten von MasterCard auf Fragebogen vom 4. März 2011, S. 14.
[22] Vgl. Schreiben von MasterCard vom 24. Februar 2012.

46. Seit der Einführung der MDF im Jahr 2010 verzeichne MasterCard eine konstant steigende Anzahl von Projektanmeldungen. MasterCard zählt insgesamt [10-20] Projekte auf, welche im letzten Jahr im Zusammenhang mit dem MDF gestartet worden seien.

Projekt	**Acquirer**	**Beschreibung**
[Händler] Einsatz neuer POS Terminals	[Acquirer]	Unterstützung für den Einsatz von [500-1000] neuen POS Terminals, entspricht jährlich [0-10] Mio. Maestro Transaktionen.
[…] (Tankstellen) POS Werbekampagne	[Acquirer]	Maestro Werbe- und Verkaufspromotion an Tankstellen.
[…] (Tankstellen) POS Terminal Einsatz	[Acquirer]	Ersatz der bestehenden Terminalinfrastruktur zur Sicherstellung der PCI Kompatibilität.
[Händler] Maestro Werbekampagne	[Acquirer]	Promotion in [100-200] Läden zur Steigerung der Maestro-Nutzung.
[Händler] POS Terminal Einsatz	[Acquirer]	Unterstützung für den Einsatz von [0-1000] neuen POS Terminals, entspricht jährlich [0-5] Mio. Maestro Transaktionen.
[…] (Do it yourself/Baumarkt) POS Terminal Einsatz	[Acquirer]	Unterstützung für den Einsatz von [0-500] neuen POS Terminals, entspricht jährlich [500‘000-1‘000‘000] Maestro Transaktionen.
E-Commerce Maestro	[Acquirer]	Machbarkeitsstudie zur Entwicklung der Händlerakzeptanz für Maestro E-Commerce Transaktionen.
Purchase with Cash Back	[Acquirer]	Machbarkeitsstudie für einen Händler Service, mit dem bei Kauftransaktionen kleinere Beträge bar ausbezahlt werden können.
Einsatz neuer POS Terminals bei kleineren Händlern (Tier 1 und 2)	[Acquirer]	Ersatz der bestehenden Terminals, einschliesslich Terminal Support, Branding, Kommunikation.
Ersatz von POS Terminals bei kleinen Händlern (Tier 3)	[Acquirer]	Ersatz der bestehenden POS Terminals, z.B. Zahlterminals, die keine Debittransaktionen unterstützen, im Segment der kleinen Händler.
Donate at POS Terminal	[Acquirer]	Machbarkeitsstudie und Entwicklung einer technischen Plattform, mit der die Abgabe von Spenden an den POS ermöglicht werden soll.
Maestro Co-Branding / […]	[Acquirer]	Machbarkeitsstudie zur Entwicklung eines Händlerprogramms für die Akzeptanz von Maestro Karten mit eingeschränkter Akzeptanz, speziellem Zweck (z.B. […]).
[…]	[Acquirer]	Machbarkeitsstudie für eine technische Plattform zur Bezahlung von Rechnungen am

		POS der Händler.
[…] (Kantine)	[Acquirer]	Einsatz von kontaktlosen POS Terminals […].
[…]	[Acquirer]	Machbarkeitsstudie zur Entwicklung eines On-board-Informations-/Unterhaltungs-Geräts mit kontaktloser Zahlungsfunktion.
Marchant Activation Program	[Acquirer]	Ersatz von POS Terminals/Upgrading Kampagne für bestehende Händler.
POS Terminal deployment & Merchant Education	[Acquirer]	[…]
Petrol Service Software	[Acquirer]	Technisches Upgrading von Software-Protokollen gemäss den ep2 Standards für Tankstellenbetriebe.

47. Diese Projekte verteilen sich auf die Acquirer SIX Multipay, Aduno und Concardis. Die einzelnen Acquirer hätten dabei entsprechend den von ihnen einbezahlten Beträgen von MDF finanzierten Projekten profitiert. [Acquirer] trug […] % zu den gesamten MDF Erträgen bei und profitierte von MDF Ausgaben in der Höhe von […] % der gesamten MDF Ausschüttungen. Bei [Acquirer] betragen die entsprechenden Werte […] % und […] %, bei [Acquirer] […] % und […] %.

48. Bezüglich der Wettbewerbsneutralität des MDF stelle MasterCard sicher, dass mittelfristig das Verhältnis zwischen den MDF Investitionen und den Einzahlungen der Acquirer in den MDF stimme, das heisst, dass die MDF-Einnahmen proportional zur Bedeutung der einzelnen Acquirer reinvestiert werden. Der Umstand, dass SIX Multipay während einer bestimmten Zeit weniger MDF finanzierte Projekte hatte als andere Acquirer, sei einzig auf die Entscheidung von SIX Multipay zurückzuführen, MDF finanzierte Projekte in der Vergangenheit zu blockieren. In der Zwischenzeit habe SIX Mulitpay ihre frühere Position jedoch aufgegeben und kooperiere mit MasterCard. Nachdem der MDF jetzt etabliert sei, würden die Acquirer entsprechend ihren Zahlungen bei den MDF Projektfinanzierungen berücksichtigt. Bis heute habe MasterCard kein MDF Projekt, das von Seiten der Acquirer vorgeschlagen wurde, abgelehnt. Der MDF führe deshalb nicht zu einer Umverteilung zwischen den Acquirern.

49. Zum Entscheidungsprozess für den MDF hält MasterCard fest, dass es immer die Acquirer sind, die mit spezifischen Projektvorschlägen für MDF Investitionen an MasterCard herantreten. MasterCard beurteile diese Projekte auf der Grundlage der MDF Guiding Principles. Die entsprechenden Kriterien würden einheitlich und ohne Diskriminierung für alle Projektanmeldungen angewandt. Die Entscheidung, ob ein Projekt gutgeheissen wird, liege einzig bei MasterCard. Bis jetzt habe MasterCard alle von den Acquirern vorgeschlagenen Projekte akzeptiert.

50. Zur Transparenz beim MDF führt MasterCard aus, dass die Acquirer ihren jeweiligen Beitrag zum gesamten MDF kennen und somit beurteilen können, ob die MDF Beiträge mit ihrem Finanzierungsanteil übereinstimmen. MasterCard gebe jedoch keine Informationen bezüglich der erhobenen MDF Beiträge bekannt. Ebenso wenig würden Informationen zu künftigen Projekten gewisser Acquirer gegenüber anderen Acquirern oder dem Handel offengelegt. Diese Informationen stellten Geschäftsgeheimnisse des jeweiligen Acquirers dar.

51. Hinsichtlich möglicher Wettbewerbsverzerrungen hält MasterCard fest, dass die Höhe der MDF Gebühr mit [<0.02] % marginal sei. Die Gebühr werde vollständig reinvestiert. Entsprechende Fonds existierten in vielen europäischen Ländern, auch solchen, in denen Maestro bereits sehr verbreitet sei.

52. Bezüglich der Auswirkungen des MDF auf den Terminalmarkt hält MasterCard fest, dass Investitionen in neue Terminalinfrastrukturen nur einen beschränkten Teil der MDF Investitionen ausmachten. MasterCard unterstütze nur solche Terminalinvestitionen, die das Processing von Maestrozahlungen an diesen Terminals zum Gegenstand haben. Ausserdem seien die Investitionen in die neue Terminalinfrastruktur vernachlässigbar im Vergleich zum gesamten Terminalmarkt in der Schweiz. Die gesamten MDF Investitionen in neue Terminals machten nur ungefähr [0-5] % des gesamten Umsatzes aus, der im Schweizer Terminalmarkt jährlich generiert wird. Schliesslich hätten Investitionen in die Terminalinfrastruktur einen pro-kompetitiven Effekt auf den Schweizer Terminalmarkt. Verschiedene Acquier hätten Projekte vorgestellt, bei denen mittels MDF die Innovation der Terminalinfrastruktur an POS finanziert werden soll ([…]). Folglich werde das Terminalgeschäft insgesamt in der Schweiz unterstützt. Auch unabhängige POS-Terminal Lieferanten profitierten direkt von zusätzlichen Aufträgen oder von Überweisungen der Acquirer.

A.3.6.2 Standpunkte anderer Marktteilnehmer

A.3.6.2.1. Standpunkte der Acquirer

53. SIX Multipay kann für die MVF keine Gegenleistung erkennen. Seit der Einführung der MVF in der Schweiz per 1. Januar 2008 konnte SIX Multipay weder auf technischer Seite noch auf kommerzieller Seite eine massgebliche Änderung bezüglich der Maestro Verarbeitung

oder Akzeptanz wahrnehmen, welche auf die MVF bzw. die bezahlten Gebühren zurückzuführen wäre. Die MVF werde von MasterCard als Lizenzgebühr bezeichnet und diene als Unkostenbeitrag für die Deckung der allgemeinen, übergreifenden Betriebskosten des Zahlungssystems. Da MasterCard ihre Betriebskosten oder die konkrete Verwendung der MVF-Gelder nicht offenlege, sei für SIX Multipay der Verwendungszweck dieser Gebühren nicht nachvollziehbar. Da SIX Mulitipay alle inländischen Maestro Transaktionen im OnUs Verfahren verarbeite und diese darum gar nicht über das MasterCard Netz geroutet würden, SIX Multipay aber auch auf diesen Transaktionen die MVF abliefern müsse, sei die Gegenleistung der MVF aus Sicht von SIX Multipay nicht erkennbar.[23]

54. Gemäss SIX Multipay bestehen für die MDF-Gebühr allenfalls zukünftige Gegenleistungen, sofern die erhaltenen Gebühren von MasterCard nicht allgemein zur Kostendeckung verwendet würden. Um sicherzustellen, dass die MDF-Gebühren zumindest partiell wieder in den Markt investiert werden, habe SIX Multipay bisher [0-5] Projekte eingereicht ([…]). Eine definitive Bestätigung bezüglich dieser Projekte sei noch ausstehend, aber erste Reaktionen seitens von MasterCard hätten gezeigt, dass die Unterstützung von konkreten Projekten nur sehr zurückhaltend erfolge und nicht ausgeschlossen werden könne, dass keines der Projekte effektiv unterstützt wird. […]. Ansonsten bestünden keine konkreten Projekte, welche durch die MDF Gebühr finanziert werden sollen, und es existiere nur eine Liste von möglichen Projekten, deren Realisation jedoch unklar sei (Bsp. Maestro Contactless, Purchase with Cashback, e-Commerce). Ob die MDF Gelder wieder vollumfänglich in den Schweizer Acquiring Markt investiert werden, sei darum zum jetzigen Zeitpunkt nicht überprüfbar. Insbesondere sei unklar, wie sichergestellt werden kann, dass die MDF Gelder nicht zu Gunsten bzw. zu Ungunsten einzelner Acquirer oder Händler verwendet werden. Dies führe zu einem erheblichen Potential für Wettbewerbsverzerrungen, wenn z.B. Gelder von bestimmten Händlern bzw. Acquirern für Projekte anderer Händler bzw. Acquirer verwendet würden. Im Sinne des Prinzips der wirtschaftlichen Zuordnung der Gebühr sollten diejenigen Händler bzw. Acquier direkt an der Reinvestition bzw. Verwendung beteiligt sein, welche die MDF Gebühr wirtschaftlich tragen.[24]

55. Bezüglich der Entwicklung des Debitsystems Maestro in der Schweiz äussert sich SIX Multipay wie folgt: Maestro verzeichne in der Schweiz eine ausgezeichnete und weiterhin wachsende Akzeptanz und gehöre zur Grundausstattung für bargeldlose Bezahlung am POS. Die Anzahl an Maestro-Transkationen wachse jedes Jahr, ebenso die Anzahl an herausgegebenen Karten. Innovationen wie z.B. Contactless, Purchase with Cashback oder e-Commerce seien aus verschiedenen Gründen bisher in der Schweiz nicht umgesetzt worden. Hinsichtlich EMV-Verbreitung und Chip-Entwicklung sei die Schweiz sehr fortschrittlich. Im Vergleich zum Ausland lasse sich in der Schweiz bezüglich Maestro kein massgeblicher Rückstand feststellen. Fördermassnahmen für Maestro seien nicht grundsätzlich abzulehnen, eine einseitig festgelegte Finanzierung von Fördermassnahmen ohne Widerspruchsmöglichkeit, wie dies bei der MDF-Gebühr der Fall sei, sei problematisch.[25]

56. SIX Mulitpay könne sich den geforderten Gebühren nicht widersetzen. Wolle SIX Multipay weiterhin Maestro anbieten, so habe sie die von MasterCard festgelegten Gebühren zu bezahlen. Es gebe für SIX Multipay in der Schweiz aktuell kein anderes Debitkartensystem mit vergleichbarer Anzahl inländischer Karteninhaber und vergleichbarem Umsatz- und Transaktionspotential. Insbesondere habe SIX Multipay im Falle einer Beendigung des Vertrages mit MasterCard auch nicht die Möglichkeit, innerhalb nützlicher Frist auf ein alternatives Debit System umzusteigen. Ein Umsteigeprozess würde Monate, wenn nicht sogar Jahre in Anspruch nehmen.

57. Mit den aktuellen Gebührensätzen (MVF [<0.02] %, MDF [<0.02] %) fallen für SIX Multipay durch die MVF und MDF Gebühren pro Jahr von ca. je [0-5] Mio. CHF an, zusammen also pro Jahr rund CHF [0-10] Mio. Ohne Weiterverrechnung der aktuellen Gebühren an die Kunden der SIX Multipay wäre die Maestro-Dienstleistung für SIX Multipay ein Verlustgeschäft.

58. Aduno SA (Aduno) hält fest, dass weder eine Vertikalabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 KG noch eine andere Vertikalabrede zwischen ihr und MasterCard bezüglich einer Überwälzung der Gebühren MDF und MVF auf die Händler besteht. Aduno habe sich stets der Einführung der beiden Gebühren widersetzt.[26]

59. Aduno erkennt keine Gegenleistung von MasterCard zur MVF. Eine Gegenleistung zu den MDF-Beiträgen erbringe MasterCard in konkreten Fällen in Form einer zweckgebundenen Reinvestition für Maestro-Projekte. Adunos MDF-Beiträge des zweiten Halbjahres 2010 seien von MasterCard tatsächlich reinvestiert worden. Im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Akzeptanzvertrages zwischen Aduno und [Händler] und der Ausrüstung sämtlicher [Händler]-Verkaufsstellen mit neuen Kartenzahlterminals der Aduno wurde […]. […], diese Terminals für Maestro-Zahlungen zu öffnen. Überdies habe Aduno […] die Öffnung derselben Terminals für MasterCard PayPass (d.h. kontaktlose) Zahlungen […].[27]

60. Auch Aduno hält fest, dass MasterCard alleine darüber entscheidet, welche Projekte mit welchem Betrag unterstützt werden. Die Mitsprache von Aduno bei der Auswahl der unterstützten Projekte sei sehr beschränkt.[28]

[23] Vgl. Antworten von SIX Multipay auf Fragebogen vom 22. März 2011, S. 2.
[24] Vgl. Antworten von SIX Multipay auf Fragebogen vom 22. März 2011, S. 2 f.
[25] Vgl. Antworten von SIX Multipay auf Fragebogen vom 22. März 2011, S. 4.
[26] Vgl. Antworten von Aduno auf Fragebogen vom 21. März 2011, S. 1 f.
[27] Vgl. Antworten von Aduno auf Fragebogen vom 21. März 2011, S. 3.
[28] Vgl. Antworten von Aduno auf Fragebogen vom 21. März 2011, S. 3.

61. Gemäss Aduno hat die Maestro-Durchdringung in der Schweiz einen hohen Grad erreicht. Die aktuellen Wachstumsraten bezeugten die weiterhin steigende Nachfrage nach Maestro-Debitkarten. Der Innovationsgrad der Maestro-Debitkarten in der Schweiz sei hoch. Dies gelte sowohl in Bezug auf den Sicherheitsstandard (CHIP-Technologie) als auch bezüglich der Funktionalität der Karte. Aus Sicht von Aduno besteht kein Innovationsrückstand in der Schweiz, und es sind keine zusätzlichen Fördermassnahmen für das Maestro-System erforderlich.[29]

62. Aduno könne zum jetzigen Zeitpunkt den mittel- bis langfristigen Umfang der Reinvestitionen aus den Maestro-Acquiringgebühren und deren Nutzen für die Maestro-Produkte nicht einschätzen. Aduno könne daher die Angemessenheit dieser Gebühren nicht beurteilen. Klar sei hingegen, dass die Einführung dieser Gebühren der Akzeptanz von Maestro-Prokukten generell schadeten, da sie – im Fall ihrer Überwälzung auf den Händler – die MSC erhöhten. Ausserdem schränkten sie Adunos Handlungsfreiheit bezüglich Investitionen in künftige Projekte erheblich ein. Ob, in welchem Betrag und für welche Projekte die Gebühren reinvestiert werden, bleibe für Aduno unsicher.[30]

63. Für Aduno bestehe keine Möglichkeit, die Abbuchung der Gebühren zu verhindern. Erstens verfüge Aduno als kleiner Wettbewerber nicht über genügend Verhandlungsmacht gegenüber MasterCard. Zweitens könne Aduno die Abbuchung der Gebühren technisch nicht verhindern, da MasterCard die Gebühren vom Guthaben von Aduno abziehe.[31]

64. Aduno führt die MVF seit dem […]und die MDF-Beiträge seit dem […]ab. Die zwischen dem […] und dem […] abgeführten MDF-Beiträge im Betrag von CHF […] wurden von MasterCard vollständig reinvestiert. Gemäss Aduno haben die MVF und MDF Gebühren einen erheblichen Anteil an den Kosten im Acquiringgeschäft.[32]

65. Aduno hat die MVF und MDF Gebühren bis anhin nicht auf die Händler überwälzt. […]. Langfristig werde Aduno die durch diese Gebühren verursachten zusätzlichen Kosten – sofern diese nicht in einer für Aduno sinnvollen und verbindlichen Art und Weise von MasterCard reinvestiert würden – sicherlich nicht alleine tragen können.

66. B&S Card Service GmbH (B&S) versteht die MVF als Assessment Fee, welche dazu dient, das Zahlungssystem insgesamt funktionsfähig zu halten. Für die MDF Gebühr sieht B&S derzeit keine Gegenleistung. B&S sind keine konkreten Massnahmen bekannt, die mit den Einnahmen aus den Gebühren finanziert worden sind. Aus Sicht von B&S besteht in Bezug auf Innovationen bei Maestro in der Schweiz gegenüber anderen Ländern kein Rückstand, und im Hinblick auf den derzeitigen Marktanteil von Maestro sind keine weiteren Fördermassnahmen für das Maestro-System notwendig. Während B&S die MVF als in Ordnung betrachtet, sei bei der MDF eine Berechtigung schwieriger zu begründen. Der Maestro-Markt in der Schweiz sei nicht unterentwickelt. B&S könne nicht sagen, wie die Gelder im Moment verwendet werden und kenne weder das Budget noch den Plan für anstehende Marketingmassnahmen. Die Gebühren seien Teil der Kalkulation von B&S. Die neu eingeführte MDF habe zu keiner Neuberechnung der Kommissionen geführt, sondern lediglich die Marge geschmälert.[33]

67. Gemäss ConCardis GmbH (ConCardis) dient die MVF der Aufrechterhaltung des Betriebs des Zahlungssystems durch MasterCard, insbesondere im Bereich der Markenführung, Regelwerke und Infrastruktur. Die MDF Gebühr soll die weitere Verbreitung von Maestro-Bezahlverfahren in der Schweiz im Präsenz- und eCommerce-Geschäft unterstützen. Die Gegenleistung bestehe in der Unterstützung von technischen Produktinnovationen. ConCardis hat Massnahmen für POS-Terminalzertifizierungen für die Maestro-Akzeptanz in der Schweiz bezahlt, wobei die Kosten von MasterCard erstattet wurden. ConCardis wurde dabei bei der Auswahl und Ausgestaltung der Massnahme einbezogen. ConCardis sieht bezüglich Innovationen bei Maestro in der Schweiz einen Rückstand, welcher jedoch durch die Entscheidungen der Issuer in der Schweiz bedingt sei. Zusätzliche Fördermassnahmen für das Maestro-System in der Schweiz seien erwünscht, um weitere Segmente des Bezahlens, insbesondere im Bereich der tiefen Kaufbeträge, für kartengestützte Zahlverfahren zu öffnen. Die MVF und MDF Gebühren werden insgesamt als angemessen betrachtet. ConCardis überwälzt die MDF Gebühr an die Kunden, nicht jedoch die MVF, da diese bereits seit 2007 Bestandteil der Kostenkalkulation sei. ConCardis hat mit Mitteln aus dem MDF erste kontaktlose Kartenleser bei [Händler] in der Schweiz aufgestellt. Weitere Terminaltypen seien in der technischen Abnahme und sollen nach Abschluss der Terminal Integration Tests bei Schweizer Händlern installiert werden.[34]

A.3.6.2.2. Standpunkte des Handels

68. Der Verband elektronischer Zahlungsverkehr (VEZ) hält zusätzliche Fördermassnahmen und Projekte durch MasterCard angesichts der Tätigkeit der bereits vorhandenen Grundorganisation für Entwicklungen des ep2-Systems und deren Finanzierung für nicht notwendig. Die durch MasterCard zu treffenden Massnahmen seien weder erwünscht noch sehe der Handel darin einen wirtschaftlichen Vorteil. Bei den verlangten Gebühren gehe es um eine beträchtliche Summe (CHF 10 Mio. jährlich), wofür keine erkennbare Gegenleistung bzw. kein erkennbarer Mehrnutzen für den Gesamthandel bestehe. Das geplante Gebührenmodell sei intransparent und mit einem fragwürdigen Cash-back-Verfahren versehen. Eine entsprechende Governance sei bis anhin nicht gegeben: Es erfolge keine Offenlegung der Projektfinanzierung und kein Nachweis über Verträge mit gewissen Händlern, es bestehe keine Überprüfbarkeit durch die Händler, die Leistung/Gegenleistung sei intransparent, und es gehe nicht um Projekte mit einem

[29] Vgl. Antworten von Aduno auf Fragebogen vom 21. März 2011, S. 4.
[30] Vgl. Antworten von Aduno auf Fragebogen vom 21. März 2011, S. 5.
[31] Vgl. Antworten von Aduno auf Fragebogen vom 21. März 2011, S. 6.
[32] Vgl. Antworten von Aduno auf Fragebogen vom 21. März 2011, S. 7.
[33] Vgl. Antworten von B&S auf Fragebogen vom 15. März 2011, S. 2 ff.
[34] Vgl. Antworten von Concardis auf Fragebogen vom 15. März 2011, S. 1 ff.

Gesamtnutzen für den Handel, sondern um spezielle Projekte für Einzelne. Der Gesamthandel sei grundsätzlich nicht interessiert an solchen Einzelprojekten und sei auch keinesfalls bereit, dafür zusätzliche separate Gebühren und eine entsprechende Vorfinanzierung zu leisten.[35]

69. Die VEZ-Mitglieder erkennen weder für die MVF noch für die MDF Gebühr eine konkrete Gegenleistung. MasterCard habe sich an keinem einzigen Projekt des Handels beteiligt, weder in finanzieller noch in anderer Art. Abgesehen von Werbemassnahmen, welche die Mitglieder gar nicht wollten und die ihnen und den Endkonsumenten keinen Mehrwert brächten, gebe es keine Aktivität in Bezug auf allfällige Gegenleistungen durch MasterCard.[36]

70. Gemäss VEZ ist die Maestro-Karte in der Schweiz nahezu flächendeckend verbreitet und bei Kunden und Händlern bestens etabliert. Sie stelle heute ein eigentliches Volkszahlungsmittel dar. In erster Linie habe der Handel zum Erfolg der Maestro-Karte beigetragen, indem er Maestro die hohen Transaktions- und Umsatzvolumen verschafft habe. Der Innovationsgrad bezüglich der Maestro-Karte wird von den Mitgliedern des VEZ als gering beurteilt. Die Grundfunktionen und die dafür benötigte Sicherheit deckten die Bedürfnisse der Karteninhaber bestens ab. Es bestehe in Bezug auf Innovationen bei Maestro in der Schweiz weder ein Rückstand noch Handlungsbedarf. Der Einsatz der Maestro-Karte im Internet oder im kontaktlosen Bereich sei nicht zwingend notwendig.[37]

71. Die VEZ-Mitglieder sehen keinen Bedarf an zusätzlichen Fördermassnahmen für die Maestro-Karte. Sowohl bezüglich Kartenvolumen als auch Akzeptanzstellen sei das Maestro-System in der Schweiz flächendeckend eingeführt und habe sich auch ohne spezielle Massnahmen als Marktführer im Debitkarten-Markt behauptet. Die Mitglieder des VEZ hätten namhafte Investitionen getätigt, um die Akzeptanz der Maestro-Karten zu gewährleisten. Zu keinem Zeitpunkt sei eine direkte Beteiligung seitens MasterCard erfolgt.[38] Die Maestro-Umsätze im Handel hätten sich in den letzten zehn Jahren mehr als verdoppelt. Diese Entwicklung stehe im Widerspruch zur Einführung neuer Gebühren durch MasterCard. Aufgrund von Skaleneffekten müssten die Gebühren eigentlich sinken.[39]

72. Der Handel geht basierend auf einem Maestro-Umsatz von CHF 20 Mia. davon aus, dass die Überwälzung der MVF und MDF auf die Händler zu einer jährlichen Belastung von über CHF 10 Mio. führt.[40] Inwiefern sich diese Gebühren letztlich auf den Endkonsumenten auswirken, kann nicht genau abgeschätzt werden.[41]

73. Neben dem VEZ wurden als Vertreter des Handels der Verband Schweizerischer Filialunternehmungen (VSF)[42], die Interessengemeinschaft Detailhandel Schweiz (IG DHS)[43], die Swiss Retail Federation[44], die Swiss Fashion Stores (SFS) [45], die Erdöl-Vereinigung (EV)[46], die AVIA Vereinigung[47], GastroSuisse[48] und der Schweizer Hotelier-Verein hotelleriesuisse[49] befragt. Die Antworten dieser Organisationen decken sich inhaltlich weitgehend mit den Ausführungen des VEZ. So werden die von MasterCard erhobenen Gebühren MVF und MDF übereinstimmend als unangemessen bzw. nicht notwendig betrachtet, und es wird kein Gegenwert für diese Gebühren erkannt. Den befragten Verbänden sind keine konkreten Massnahmen bekannt, welche bisher mit den Einnahmen aus diesen Gebühren finanziert worden wären. Ausserdem seien die Gebühren von MasterCard aufgrund ihrer starken Marktstellung einseitig und intransparent festgelegt worden.

74. Neben den vorerwähnten Verbänden wurden folgende Händler und Unternehmen befragt, welche Maestro als Zahlungsmittel akzeptieren: Coop-Genossenschaft[50], Denner AG[51], Dosenbach-Ochsner AG[52], Esso Schweiz GmbH[53], IKEA[54], Migros-Genossenschafts-Bund[55], Schweizerische Bundesbahnen SBB[56], Shell (Switzerland) AG[57], Swisscom (Schweiz) AG[58], Tamoil SA[59], und Valora Management AG[60]. Die Antworten fallen hinsichtlich der Frage nach Gegenleistungen für die MVF und MDF Gebühr und der Angemessenheit dieser Gebühren einheitlich aus. Die befragten Unternehmen erkennen keine konkreten Gegenleistungen für diese Gebühren und halten die Höhe der Gebühren mehrheitlich für unangemessen beziehungsweise die Gebühren an sich für unnötig. Ausserdem wird von mehreren befragten Unternehmen betont, dass die Gebühren von MasterCard einseitig und nicht verhandelbar festgelegt würden.[61]

[35] Vgl. Antworten auf Fragebogen und Stellungnahme des VEZ vom 21. März 2011, S. 1 ff.
[36] Vgl. Antworten auf Fragebogen und Stellungnahme des VEZ vom 21. März 2011, S. 2.
[37] Vgl. Antworten auf Fragebogen und Stellungnahme des VEZ vom 21. März 2011, S. 3 f.
[38] Vgl. Antworten auf Fragebogen und Stellungnahme des VEZ vom 21. März 2011, S. 5.
[39] Vgl. Antworten auf Fragebogen und Stellungnahme des VEZ vom 21. März 2011, S. 10.
[40] Vgl. Antworten auf Fragebogen und Stellungnahme des VEZ vom 21. März 2011, S. 6.
[41] Vgl. Antworten auf Fragebogen und Stellungnahme des VEZ vom 21. März 2011, S. 8.
[42] Vgl. Antworten auf Fragebogen des VSF vom 21. März 2011.
[43] Vgl. Antworten auf Fragebogen der IG DHS vom 18. März 2011.
[44] Vgl. Antworten auf Fragebogen der Swiss Retail Federation vom 21. März 2011.
[45] Vgl. Antworten auf Fragebogen der Swiss Fashion Stores vom 18. März 2011.
[46] Vgl. Antworten auf Fragebogen der EV vom 26. Februar 2011.
[47] Vgl. Antworten auf Fragebogen der AVIA Vereinigung vom 25. Februar 2011.
[48] Vgl. Antworten auf Fragebogen der GastroSuisse vom 22. März 2011.
[49] Vgl. Antworten auf Fragebogen der hotelleriesuisse vom 22. März 2011.
[50] Vgl. Antworten auf Fragebogen der Coop Genossenschaft vom 21. Februar 2011.
[51] Vgl. Antworten auf Fragebogen der Denner AG vom 21. März 2011.
[52] Vgl. Antworten auf Fragebogen der Dosenbach-Ochsner AG vom 8. März 2011.
[53] Vgl. Antworten auf Fragebogen der Esso Schweiz GmbH vom 23. Februar 2011.
[54] Vgl. Antworten auf Fragebogen der IKEA vom 7. März 2011.
[55] Vgl. Antworten auf Fragebogen des Migros-Genossenschaft-Bunds vom 22. Februar 2011.
[56] Vgl. Antworten auf Fragebogen der SBB vom 22. März 2011.
[57] Vgl. Antworten auf Fragebogen der Shell (Switzerland) AG vom 18. Februar 2011.
[58] Vgl. Antworten auf Fragebogen der Swisscom vom 21. März 2011.
[59] Vgl. Antworten auf Fragebogen der Tamoil SA vom 16. Mai 2011.
[60] Vgl. Antworten auf Fragebogen der Valora vom 21. März 2011.
[61] Vgl. Antworten auf Fragebogen der Coop Genossenschaft vom 21. Februar 2011, S. 5, des Migros-Genossenschafts-Bundes vom 22. Februar 2011, S. 5, der SBB vom 22. März 2011, S. 7, und der Valora vom 21. März 2011, S. 4.

75. Gemäss MasterCard hat [Acquirer] in der Schweiz im Jahr 2010 ein „Händler Akzeptanz Aktivierungsprogramm“ durchgeführt, mit dem Ziel, die POS Akzeptanz für Maestro Karten bei [Händler] zu erhöhen. Dieses Programm sei über den MDF finanziert worden. Gemäss MasterCard lief das Programm bis zum 31. Dezember 2010 und beinhaltete die Installation von [0-5‘000] POS Terminals für die Akzeptanz von Maestro Karten an Verkaufsstellen der [Händler]. [Händler] führt in den Antworten auf den Fragebogen aus, im Jahr 2010 die Akzeptanzstellen für Maestro auf praktisch 1‘200 erhöht zu haben. Bei der Ausbreitung der Zahlterminals sei ein neuer Acquirer-Vertrag mit [Aquirer] abgeschlossen worden. Gleichzeitig hat [Händler] keine Kenntnis von konkreten Massnahmen, die mit den Einnahmen aus der MDF-Gebühr finanziert worden sind, und verneint, bei der Ausgestaltung allfälliger Gegenleistungen für die Gebühr einbezogen worden zu sein.[62]

76. MasterCard nennt als weiteres Projekt „Purchase with Cashback“ mit [Acquirer].[63] Dieses habe aber bisher noch zu keinen spezifischen Aktionen oder Investitionen geführt, sei aber von [Acquirer] und […] als Projekt identifiziert und werde derzeit auf Acquirer- und auf Händlerseite geprüft. […] hält jedoch fest, es habe keinen Kontakt zwischen […] und MasterCard gegeben und es hätten folglich auch keine konkreten Projekte besprochen werden können.[64]

77. Weiter ist es gemäss MasterCard in Verhandlungen im Rahmen des Projekts „Contactless Payment“ mit [Acquirer][65] um das Erlangen der Akzeptanz für kontaktloses Bezahlen bei […] gegangen. Es sei jedoch noch zu keiner Einführung gekommen.[66] Diese Aussage wird von […] stark in Zweifel gezogen. Mögliche kontaktlose Zahlungsverfahren (PayPass) seien bei […] frühestens ab dem Jahr 2014 möglich, wenn die alten ep2 Terminals durch neue ersetzt würden.[67]

78. Gemäss MasterCard gilt das Aktivieren der Nutzung von Maestro-Karten in der Erdölindustrie bzw. die Aufrüstung bestehender POS Terminals bei Tankstellen hin zu EMV oder allenfalls zu PayPass in der Schweiz als eine der Hauptprioritäten.[68] MasterCard stehe mit verschiedenen Erdölgesellschaften in Kontakt (namentlich […]). Ausserdem verfolge MasterCard zusammen mit [Acquirer] und [Händler] ein Projekt betreffend die [Händler] Tankstellen. In ihren Antworten auf den Fragebogen führen aber […][69] und […][70] aus, keine Kenntnis von konkreten Projekten bzw. Gegenleistungen, welche durch Einnahmen aus dem MDF finanziert werden, zu haben. Auch der EV sind keine entsprechenden Projekte bekannt. Maestro werde im Schweizer Tankstellennetz bereits heute flächendeckend verwendet.[71]

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

80. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG). Sowohl MasterCard als auch die gegenwärtigen und künftigen MasterCard Acquirer sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

82. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 und 2 KG. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 und 2 KG wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.3 Wettbewerbsabrede betreffend MVF und MDF

83. Unzulässig sind laut Art. 5 Abs. 1 KG 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.

84. Eine unzulässige Wettbewerbsabrede liegt gemäss Art. 4 Abs. 1 KG vor, wenn folgende Tatbestandselemente erfüllt sind: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung. Dabei können die an der Abrede beteiligten Unternehmen auf gleicher (horizontal) oder auf verschiedenen (vertikal) Marktstufen tätig sein.

85. Die MVF und MDF Gebühren im Maestro-Debitkartensystem wurden durch Master-Card einseitig eingeführt. Auch die Höhe der Gebühren wird einseitig durch MasterCard festgelegt. Damit liegt keine (vertikale) Abrede zwischen MasterCard und den Acquirern von Maestro vor. Die Analyse der MVF und MDF Gebühren unter dem Blickwinkel von Art. 5 KG wird daher nicht weiter verfolgt.

86. Betreffend der MVF und MDF Gebühren für Maestro liegt keine Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG vor. Es handelt sich um einseitig von MasterCard eingeführte und festgesetzte Gebühren.

[62] Vgl. Antworten auf Fragebogen der […] vom 21. März 2011.
[63] Vgl. Antworten von MasterCard auf Fragebogen vom 4. März 2011, S. 11.
[64] Vgl. Antworten auf Fragebogen der […] vom 22. März 2011, S. 12.
[65] Vgl. Antworten von MasterCard auf Fragebogen vom 4. März 2011, S. 11.
[66] Vgl. Antworten von MasterCard auf Fragebogen vom 4. März 2011, S. 12.
[67] Vgl. Antworten von MasterCard auf Fragebogen vom 4. März 2011, S. 12.
[68] Vgl. Antworten von MasterCard auf Fragebogen vom 4. März 2011, S. 13.
[69] Vgl. Antworten auf Fragebogen der […] vom 23. Februar 2011.
[70] Vgl. Antworten auf Fragebogen von […] vom 18. Februar 2011.
[71] Vgl. Antworten auf Fragebogen der Erdölvereinigung vom 26. Februar 2011.

B.4 Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

B.4.1 Sachlich und räumlich relevanter Markt

87. Im Schlussbericht vom 31. Mai 2011 in Sachen Vorabklärung betreffend Maestro Fallback Interchange Fee und Debit MasterCard Interchange Fee hat das Sekretariat den Markt bei Debitkartensystemen abgegrenzt. Es gibt keinen Anlass, im vorliegenden Fall von dieser Marktabgrenzung abzuweichen, so dass an dieser Stelle auf die entsprechenden Ausführungen verwiesen wird.[72] Damit wird auch vorliegend der sachlich relevante Markt als der Markt für international funktionierende Vierparteiensysteme für Debitkarten abgegrenzt. In räumlicher Hinsicht werden sowohl der Markt für das Maestro-Issuing also auch für das Maestro-Acquiring national abgegrenzt.

B.4.2 Marktstellung

88. Wie im Schlussbericht der Sekretariats vom 31. Mai 2011 ausgeführt, bestehen Anhaltspunkte dafür, dass MasterCard mit seinem Debitkartensystem Maestro auf dem schweizerischen Debitkartenmarkt eine marktbeherrschende Stellung einnimmt.[73] Je nachdem, ob die Marktabgrenzung – wie vorliegend – enger (nur international funktionierende Vierparteien-Systeme für Debitkarten) oder weiter (auch national funktionierende Dreiparteien-Systeme für Debitkarten) gezogen wird, verfügt Maestro über einen Marktanteil von 100 % respektive von immerhin [50-100] %.

B.4.3 Möglicherweise unzulässige Verhaltensweise

89. Gemäss 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. In Art. 7 Abs. 2 KG werden solche Verhaltensweisen exemplarisch aufgezählt. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung handelt es sich dabei um eine nicht abschliessende Aufzählung von Verhaltensweisen, welche als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung in Frage kommen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die allgemeinen Kriterien von Art. 7 Abs. 1 KG in jedem Fall gegeben sein müssen. Dies bedeutet umgekehrt, dass die Generalklausel Sachverhalte erfasst, die im Beispielkatalog nicht erwähnt sind.[74]

90. In Art. 7 Abs. 1 KG werden zwei strukturell verschiedenartige Verhaltensweisen als missbräuchlich bezeichnet: einerseits die *Behinderungs*- und andererseits die *Ausbeutungssachverhalte*.[75] Im vorliegenden Fall stehen die Ausbeutungssachverhalte und namentlich die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG) im Vordergrund.

91. Die Bedenken der befragten Marktteilnehmer, namentlich der Acquirer und des Handels, hinsichtlich der MVF und MDF Gebühren sind grundsätzlicher Art und zielen nicht nur auf die Höhe, sondern auf die grundsätzliche Rechtfertigung dieser Gebühren ab. Einzelne Acquirer können keine Gegenleistung für die Gebühren wahrnehmen. Ausserdem beanstanden die Acquirer, dass MasterCard alleine entscheide, welche Projekte mit welchem Betrag unterstützt würden. Die befragten Vertreter des Handels erkennen keine konkreten Gegenleistungen für die MVF und MDF Gebühren und halten die Höhe der Gebühren mehrheitlich für unangemessen beziehungsweise unnötig. Schliessich wird von mehreren befragten Händlern darauf hingewiesen, dass die Gebühren von MasterCard einseitig und nicht verhandelbar festgelegt wurden.

92. Im Folgenden ist deshalb zu prüfen, ob Anhaltspunkte für einen Preismissbrauch im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG bestehen.

93. Gemäss Bundesverwaltungsgericht liegt ein Preismissbrauch im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG unter anderem dann vor, wenn „ein Angebotsmonopolist seine Stellung dazu benutzt (d.h. missbraucht), um ausbeuterische („wucherische“) Preise dem Nachfrager aufzuzwingen, im Wissen, dass dieser – angesichts des Monopols – über keine zumutbaren Alternativen verfügt, wenn er seinen Bedarf nach dem Gut des Monopolisten decken will oder muss“. Unangemessene Preise oder Geschäftsbedingungen gelten mit anderen Worten dann als missbräuchlich, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen sich das Fehlen von „wettbewerblich strukturierten Märkten“ zu Nutzen macht, indem es von der Marktgegenseite Preise oder Geschäftsbedingungen erzwingt, die nicht „wettbewerbsgerechten Marktergebnissen“ entsprechen.[76]

94. Das Bundesgericht hat die Anforderungen hinsichtlich des „Erzwingens“ von unangemessenen Preisen oder Geschäftsbedingungen präzisiert und festgehalten, dass für das Vorliegen des Erzwingens zumindest „die Marktgegenseite dem ökonomischen Druck, der sich auf die Marktbeherrschung stützt, nichts entgegenzusetzen hat bzw. diesem nicht ausweichen kann.“[77]

95. Entscheidend ist somit neben der aktuellen Konkurrenz, welche Marktzutrittsschranken bestehen. Je niedriger solche Schranken sind, umso wahrscheinlicher ist es, dass die marktbeherrschende Stellung durch den Zutritt neuer Wettbewerber erodiert. Werden diese Schranken aber als eher hoch erachtet, desto glaubhafter scheint die Ausbeutung durch das marktbeherrschende Unternehmen zu sein.[78]

[72] Vgl. Schlussbericht des Sekretariats *Maestro Fallback Interchange Fee und Debit MasterCard Interchange Fee* Rz 216 ff.
[73] Vgl. Schlussbericht des Sekretariats *Maestro Fallback Interchange Fee und Debit MasterCard Interchange Fee* Rz 312.
[74] MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 7 KG N 25 m.w.H.. Gemäss Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 242, 314 E. 4.5, *Swisscom/WEKO* stellt die Generalklausel des Art. 7 Abs. 1 KG aufgrund ihrer inhaltlichen Offenheit jedoch keine genügende Grundlage für eine Sanktionierung gemäss Art. 49a KG dar. Eine Sanktionierung ist danach nur dann möglich, wenn Art. 7 Abs. 1 KG in Verbindung mit einem in Art. 7 Abs. 2 KG aufgeführten Tatbestand angewendet wird.
[75] Vgl. zu den Ausbeutungssachverhalten Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 242, 314 E. 11.1.2, *Swisscom/WEKO*; BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 74), Art. 7 KG N 46.
[76] Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 242, 314 E. 11.1.2, *Swisscom/WEKO*; EVELYNE CLERC, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Tercier/Bovet (Hrsg.), 2002, Art. 7 KG N 185.
[77] BGE 137 II 199, E. 4.3.5 (=RPW 2011/3, 446 E. 4.3.5), *Eidg. Volkswirtschaftsdepartement/Swisscom und Swsscom/WEKO*.
[78] BSK KG-AMSTUTZ/CARRON (Fn 74), Art. 7 KG N 248.

96. Im Folgenden ist somit zunächst zu prüfen, ob sich die missbräuchliche Verhaltensweise auf einen Preis, respektive auf Geschäftsbedingungen bezieht. In einem weiteren Schritt ist zu beurteilen, ob das marktbeherrschende Unternehmen in der Lage ist, den Preis oder die Geschäftsbedingungen gegenüber seinen Nachfragern zu erzwingen.

97. Als drittes Tatbestandselement ist sodann die Unangemessenheit der Preise oder Geschäftsbedingungen zu untersuchen. Diese können dann unangemessen sein, wenn sie aufgrund der Umstände im konkreten Fall offensichtlich unbillig sind.[79] Im Einzelfall bedeutet dies, dass ein Preis dann unangemessen ist, wenn er in keinem angemessenen Verhältnis zur wirtschaftlichen Gegenleistung steht und deshalb „nicht Ausdruck von Leistungswettbewerb, sondern einer monopolnahen Dominanz auf dem relevanten Markt ist“.[80]

a) Preis

98. Im vorliegenden Fall zielt der Vorwurf des Missbrauchs durch MasterCard auf die Verpflichtung der in der Schweiz tätigen Maestro-Acquirer, die MVF und MDF Gebühren zu bezahlen. Die vertragliche Basis für die Erhebung der MVF und MDF Gebühr finden sich in den Maestro Global Rules. Gemäss Ziffer 15.1 der Maestro Global Rules sind die Teilnehmer zur Bezahlung sämtlicher Gebühren, die von der Kartenorganisation festgelegt wurden, verpflichtet.

99. Die zu untersuchende Verhaltensweise von MasterCard betrifft somit die Festsetzung eines Preises respektive einer Preiskomponente, welche die Acquirer zu bezahlen haben.

b) Erzwingung

100. Auf dem sachlich relevanten Markt bestehen aktuell keine Ausweichmöglichkeiten: MasterCard ist als Eigentümerin und Betreiberin des Maestro-Debitkartensystems auch in der Lage, Ziffer 15.1 der Maestro Global Rules gegenüber sämtlichen Maestro-Teilnehmern durchzusetzen. Besagte Bestimmung und die Global Rules als Ganzes sind Teil eines umfassenden Lizenzverhältnisses zwischen MasterCard und den Acquirern. Dabei erfolgt die Erzwingung im Rahmen des Lizenzverhältnisses, indem die Teilnehmer vor die Wahl gestellt werden, entweder den Lizenzvertrag inklusive die Festlegung von MVF und MDF für Maestro zu akzeptieren oder aber auf das Acquiring von Maestro zu verzichten.

101. Derzeit gibt es in der Schweiz neben Maestro kein anderes, international einsetzbares Debitkartensystem mit einer vergleichbaren Anzahl inländischer Karteninhaber sowie einem vergleichbaren Transaktions- und Umsatzpotential. Dazu kommt, dass die Maestro-Debitkarte in der Schweiz sowohl für den Handel wie auch für die Konsumenten neben Bargeld das volkswirtschaftlich bedeutendste Zahlungsmittel ist und in entsprechenden Studien als volkswirtschaftlich günstig bezeichnet wird.[81]

102. Die von Visa im Jahr 2009 angekündigte Lancierung des neuen Debitkartensystems V PAY wurde bisher nicht umgesetzt. Zwar wird zusätzlich zur Maestro-Debitkarte die Akzeptanz von V PAY Debitkarten in der Schweiz von den Acquirern schon seit 2006 angeboten.[82] Dennoch wurde bisher noch keine V PAY Debitkarte durch ein schweizerisches Finanzunternehmen emittiert, weshalb es auch am entsprechenden Transaktions- und Umsatzpotential fehlt. Mangels gleichwertiger Alternativen können die Acquirer somit nicht auf das Maestro-Acquiring verzichten, zumal sie dadurch einen hohen Umsatzverlust in Kauf nehmen müssten.

103. Selbst wenn der sachlich relevante Markt auch auf die inländischen Dreiparteien-Debitkartensysteme ausgedehnt würde, gäbe es weder für die Issuer noch für die Acquirer eine Ausweichmöglichkeit, da es sich bei den beiden bestehenden Systemen (Postfinance Card und M-Card) um proprietäre Systeme handelt, bei welchen – anders als bei den Systemen Maestro und V PAY – die Systembetreiber gleichzeitig sowohl Kartenherausgeber als auch Anwerber von Akzeptanzstellen sind.

104. Hinzu kommt, dass die Maestro-Systemteilnehmer gemäss den Maestro Global Rules verpflichtet sind, bei MasterCard ein Settlement-Konto zu führen, welches von der Zahlungsorganisation selbständig belastet werden kann. MasterCard ist so in der Lage, unilateral eingeführte Gebühren wie die MVF oder MDF Gebühr direkt den Konten der Acquirer zu belasten.

c) Unangemessenheit

105. Gemäss Angaben von MasterCard ist die MVF Bestandteil des vereinheitlichten SEPA-Pricings von MasterCard. Bei der MVF handle es sich um eine Lizenzgebühr, mit der abgegolten werde, dass sich der Acquirer das Maestro-System zunutze machen dürfe und von den Marketing- und Innovationsleistungen von MasterCard profitiere. Da auch die Schweiz SEPA-Mitglied und als SEPA-Land im Maestro System aufgeführt sei, habe MasterCard das SEPA-Pricing auf den 1. April 2006 auch in der Schweiz eingeführt. Mit dem SEPA-Pricing wende MasterCard im ganzen SEPA-Raum dieselben Gebühren einheitlich an. Die MVF stellt somit eine europaweit vereinheitlichte Lizenzgebühr dar, welche die Acquirer für die Bereitstellung des Maestro Systems entrichten müssen. Die Acquirer entschädigen dabei MasterCard auf der Basis ihres Transaktionsvolumens für das Bereitstellen der Marke „Maestro“ und der Infrastruktur des Systems sowie für Weiterentwicklungen des Systems.

106. Dass ein Unternehmen, auch wenn es wie MasterCard über eine sehr starke Marktstellung verfügt, von seinen Vertragspartnern Lizenzgebühren einziehen kann, ist kartellrechtlich grundsätzlich nicht unzulässig.

[79] Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), BBl 1995 468, 572 f.

[80] RPW 2008/4, 544 Rz 176, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern*.

[81] Aduno-Gruppe, Die Kosten des Bargeldes, Studie in Zusammenarbeit mit der Universität St. Gallen und der HTW Chur, 2007, 7 ff.

[82] Vgl. Pressemitteilung Visa Europe vom 5.10.2006 „Visa Europe gewinnt neuen V PAY Acquirer in der Schweiz und baut seine Kartenakzeptanz aus“, <www.vpay.com/de/press6.html> (14.6.2012).

Bezüglich der Höhe der MVF bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass diese systematisch überhöht festgelegt würde. Die MVF ist Bestandteil des SEPA-Pricings für Maestro, was – unabhängig von der Wettbewerbssituation in den verschiedenen SEPA-Ländern – zu einheitlichen Gebühren im ganzen SEPA-Raum führt. MasterCard verrechnet in der Schweiz also eine gleich hohe MVF wie in den anderen SEPA-Ländern. Im Übrigen ist die Höhe der MVF mit derzeit [<0.02] % des Maestro Umsatzes des jeweiligen Acquirers verhältnismässig gering. Seitdem das SEPA-Pricing in Europa angewendet wird, wurde es von keiner europäischen Wettbewerbsbehörde hinterfragt. Mit der einheitlichen Anwendung der MVF im Rahmen des SEPA-Pricings scheint MasterCard ihre starke Marktstellung in der Schweiz nicht dazu auszunutzen, um in der Schweiz eine höhere MVF festzulegen als in Ländern, in welchen Maestro stärkerem Wettbewerb ausgesetzt ist. Damit liegen bezüglich der MVF keine Anhaltspunkte für einen Preismissbrauch im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG vor.

107. Im Gegensatz zur MVF, bei welcher MasterCard die Einnahmen behält, werden die von den Schweizer Acquirern in den MDF einbezahlten Beträge gemäss Verpflichtung von MasterCard vollumfänglich in den Schweizer Markt reinvestiert. Die Investitionen sollen vor allem die Acquirer für Innovationsaufwendungen entschädigen. Sofern die Acquirer im Rahmen ihrer Einzahlungen von Projekten profitieren, die mit MDF-Geldern finanziert werden und die sie auch von sich aus durchgeführt hätten, ist der MDF aus Sicht der Acquirer in der Schweiz kostenneutral.

108. MasterCard hat aufgezeigt, dass seit der Einführung des MDF im Jahr 2010 die Anzahl gemeldeter Projekte konstant gestiegen ist. Seit Einführung des MDF und nachdem sich der MDF etabliert zu haben scheint, haben die verschiedenen Acquirer entsprechend den von ihnen eingezahlten Beträgen von MDF finanzierten Projekten profitiert. MasterCard hat seit Einführung des MDF kein MDF Projekt, das von Seiten der Acquirer vorgeschlagen wurde, abgelehnt. Sofern die MDF-Einnahmen proportional zur Bedeutung der einzelnen Acquirer reinvestiert werden, sind die Gebühren zumindest im Verhältnis zu den damit finanzierten Projekten für den einzelnen Acquirer verhältnismässig.

109. Gleichwohl stellt sich die Frage, ob die Erhebung einer MDF-Gebühr an sich unangemessen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG sein könnte. MasterCard begründet den MDF damit, dass der MDF dazu beiträgt, Innovationen für Maestro auf Seiten der Acquirer und Händler und POS-Transaktionen zu fördern, und die aktuelle Terminalinfrastruktur bei den Händlern zu verbessern. Die Sicht der Acquirer in Bezug auf den von MasterCard angeführten Innovationsrückstand für Maestro in der Schweiz ist nicht einheitlich. SIX Multipay, Aduno und B&S können im Vergleich zum Ausland keinen erheblichen Rückstand feststellen. ConCardis dahegen sieht bezüglich Innovationen bei Maestro in der Schweiz einen Rückstand. Fördermassnahmen für Maestro werden von SIX Multipay nicht grundsätzlich abgelehnt und von ConCardis explizit gewünscht. Aus Sicht von Aduno und B&S sind keine weiteren Fördermassnahmen für das Maestro-System in der Schweiz notwendig. Aus Sicht des Handles hat sich die Maestro-Karte in der Schweiz nahezu flächendeckend verbreitet und es bestehe in Bezug auf Innovationen bei Maestro in der Schweiz weder ein Rückstand noch ein Handlungsbedarf.

110. Mit insgesamt über 5,3 Mio. (Stand: 2010) in der Schweiz herausgegebenen Maestro-Debitkarten bei einer Bevölkerungszahl von ungefähr 6 Mio. Erwachsenen hat Maestro tatsächlich eine hohe Penetrationsrate erreicht: Beinahe jeder erwachsene Einwohner in der Schweiz verfügt über eine Maestro-Debitkarte. Mit über 75‘000 Akzeptanzstellen weist Maestro auch auf der Ebene des Handels eine hohe Verbreitung auf.

111. Auch wenn es sich bei Maestro aufgrund der grossen Akzeptanz und Verbreitung um ein gesättigtes System handeln dürfte, kann durchaus Raum für ökonomisch sinnvolle Innovationen bestehen. Dieser Innovationsbedarf wird denn auch von den meisten Maestro Acquirern nicht grundsätzlich bestritten. Wenn der MDF dazu dient, von den Acquirern als sinnvoll erachtete Innovationen im Maestro System zu finanzieren, ist der MDF kartellrechtlich nicht als grundsätzlich bedenklich einzustufen.

112. Als Systembetreiber dürfte MasterCard am ehesten dazu in der Lage sein, eine einheitliche Strategie zur Einführung neuer Technologien zu entwickeln und diese über die Finanzierung entsprechender Projekte bei den Acquirern zu implementieren. Ausserdem kann eine von MasterCard zentral gesteuerte Innovationsstrategie dazu dienen, das Trittbrettfahrerproblem auf Stufe der Acquirer zu überwinden. Die Trittbrettfahrerproblematik äussert sich darin, dass individuelle Innovationsmassnahmen eines bestimmten Acquierers auch das Geschäft von Händlern fördern, die bei einem anderen Acquirer angeschlossen sind. Dies kann dazu führen, dass die Acquirer weniger Innovationsaufwendungen unternehmen als eigentlich ökonomisch sinnvoll wären.

113. Im Übrigen stellt sich bezüglich der Einführung neuer Technologien möglicherweise ein „Huhn-Ei“-Problem. Ein Acquirer wird kaum in eine neue Technologie investieren, wenn dies sonst kein Acquirer tut, da er davon ausgehen muss, dass seine Investition auf Stufe des Gesamtsystems wirkungslos wäre. Diese Problematik ergibt sich auch aus der Struktur des Maestro-Systems (vgl. Rz 4). Ein Acquirer wird kaum in neue Technologien in seinen Terminals investieren, solange keine entsprechend ausgerüsteten Karten im Umlauf sind. Auf Seite des Issuers ist eine Aufrüstung der Karten aber nicht sinnvoll, solange es keine Lesegeräte dafür gibt. Der MDF als durch den Systembetreiber MasterCard eingeführte Massnahme kann dazu dienen, dieses Problem zu überwinden.

114. Solange die MDF Gebühr mit [<0.02] % verhältnismässig tief ausfällt und von MasterCard vollumfänglich bei den Acquirern reinvestiert wird, kann diese Gebühr kaum als unangemessen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG bezeichnet werden. Insbesondere ist die MDF Gebühr zu tief, um als Ersatz für die von MasterCard dem Sekretariat gemeldete Interchange Fee für Maestro[83] (durchschnittlich [0–0.5] %) aufgefasst werden zu können.

[83] Vgl. hierzu den Schlussbericht des Sekretariats *Maestro Fallback Interchange Fee und Debit MasterCard Interchange Fee*.

115. Im Übrigen werden Fonds wie der MDF in verschiedenen Ländern der Europäischen Union, namentlich […] eingesetzt, um sowohl Debit- als auch Kreditkartenprodukte von MasterCard zu fördern. Dies gilt auch für Länder, in welchen Maestro wie in der Schweiz bereits stark verbreitet ist. Die entsprechenden Gebühren wurden bisher von keiner europäischen Wettbewerbsbehörde als kartellrechtlich problematisch erachtet.

116. Auch bezüglich der MDF Gebühr liegen daher keine Anhaltspunkte für einen Preismissbrauch im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG vor.

B.4.4 Ergebnis

117. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Erhebung der MVF und MDF Gebühren eine missbräuchliche Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens darstellen könnte.

C Schlussfolgerungen

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

1. kommt zum Schluss, dass keine genügenden Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegen;
2. beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen;
3. teilt den Beteiligten die Einstellung der Vorabklärung mit;
4. beschliesst, diesen Schlussbericht zu publizieren.

1.1	3. Maestro Fallback Interchange Fee und Debit MasterCard Interchange Fee

Schlussbericht vom 31. Mai 2011 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Maestro Fallback Interchange Fee und Debit MasterCard Interchange Fee wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG und/oder unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG.

Inhaltsverzeichnis

A Sachverhalt 765

A.1 Gegenstand 765

A.2 Verfahren 765

A.3 Organisation von MasterCard 767

A.4 Das Maestro-Debitkartensystem in der Schweiz 768

A.4.1 Aktuelle Situation 768

A.4.2 Festlegung der geplanten DIF für Maestro 769

A.4.3 Bemessung der Maestro DIF 770

A.4.4 Die Maestro DIF im Vergleich zu ausländischen Domestic Rates 771

A.4.5 Standpunkte von MasterCard und anderen Marktteilnehmern betreffend die Einführung der DIF für Maestro 771

A.4.5.1 Standpunkte von MasterCard 771

A.4.5.2 Standpunkte von anderen Marktteilnehmern 773

A.4.5.2.1 Standpunkte der Issuer 773

A.4.5.2.2 Standpunkte der Acquirer 774

A.4.5.2.3 Standpunkte von anderen Betreibern von Debitkartensystemen 775

A.4.5.2.4 Standpunkte des Handels 775

A.5 Das für die Schweiz geplante Debit Master Card-System 777

A.5.1 Geplante Einführung von Debit MasterCard in der Schweiz 777

A.5.2 Festlegung der geplanten DIF für Debit MasterCard 778

A.5.3 Standpunkte von MasterCard und anderen Marktteilnehmern betreffend die Einführung der DIF für Debit MasterCard 779

A.5.3.1 Standpunkte von MasterCard 779

A.5.3.2 Standpunkte von anderen Marktteilnehmern 779

A.5.3.2.1 Standpunkte der Issuer 779

A.5.3.2.2 Standpunkte der Acquirer 781

A.5.3.2.3 Standpunkte von anderen Betreibern von Debitkartensystemen 782

A.5.3.2.4 Standpunkte des Handels 782

A.5.3.2.5 Standpunkte der Konsumentenschutzorganisationen 784

B Erwägungen 785

B.1 Wettbewerbsrechtliche Beurteilung durch MasterCard 785

B.1.1 Beurteilung nach Art. 5 KG 785

B.1.2 Beurteilung nach Art. 7 KG 786

B.2 Geltungsbereich 786

B.3 Vorbehaltene Vorschriften 787

B.4 Unzulässige Wettbewerbsabrede über Preise betreffend Maestro DIF 787

B.4.1 Wettbewerbsabrede 787

B.4.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken 787

B.4.1.2 Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung 788

B.4.1.3 Fazit Wettbewerbsabrede 789

B.4.2 Beseitigung respektive erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs 789

B.4.2.1 Vorliegen einer horizontalen Preisabrede 789

B.4.2.2 Umstossung der gesetzlichen Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG 789

B.4.2.2.1 Relevanter Markt 789

B.4.2.2.2 Marktstruktur auf den relevanten Märkten 793

B.4.2.2.3 Keine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs 795

B.4.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs 795

B.4.3.1 Qualitative Kriterien 795

B.4.3.2 Quantitative Kriterien 795

B.4.3.2.1 Intrabrand-Wettbewerb 796

B.4.3.2.2 Interbrand-Wettbewerb 796

B.4.3.3 Fazit Erheblichkeit 797

B.4.4 Rechtfertigung aus Effizienzgründen 797

B.4.4.1 Effizienzsteigender Zweck der DIF 797

B.4.4.2 Notwendigkeit der DIF 798

B.4.4.3 Angemessenheit der Höhe der DIF 799
B.4.4.4 Fazit Effizienzgründe 799
B.5 Ergebnis 799
B.6 Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung 799
B.7 Unzulässige Wettbewerbsabrede über Preise betreffend Debit MasterCard 802
B.7.1 Wettbewerbsabrede 802
B.7.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs bzw. erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs 802
B.7.2.1 Vorliegen einer horizontalen Preisabrede 802
B.7.2.2 Umstossung der gesetzlichen Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG 802
B.7.2.2.1 Relevanter Markt 802
B.7.2.2.2 Keine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs 805
B.7.2.2.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs 806
B.7.2.2.4 Rechtfertigung aus Effizienzgründen 807
B.8 Ergebnis 808
B.9 Anregungen des Sekretariats nach Art. 26 Abs. 2 KG 809
C Schlussfolgerungen 812

A Sachverhalt

A.1 Gegenstand

1. Mit Schreiben vom 24. Dezember 2008 haben MasterCard Inc., MasterCard International Inc. (beide mit Sitz in Purchase/NY, USA) und MasterCard Europe SPRL (mit Sitz in Waterloo, Belgien)[1] dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) in Anwendung von Art. 49a des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251) ein noch nicht umgesetztes Vorhaben gemeldet. Danach plant MasterCard als Eigentümerin und Lizenzgeberin der Marke „Maestro“ sowie Betreiberin des gleichnamigen internationalen Debitkartensystems die Einführung einer sogenannten Maestro Fallback Interchange Fee für domestische Debitkartentransaktionen per 1. Juni 2009.[2] Als domestisch gelten Debitkartentransaktionen, wenn diese an einem schweizerischen Verkaufspunkt (Point of Sale [POS]) mit einer in der Schweiz emittierten Maestro-Debitkarte durchgeführt werden.[3]

2. Mit Eingabe vom 1. März 2010 meldeten die gleichen Unternehmen ein weiteres Vorhaben, wonach per 1. Oktober 2010 die Einführung einer neuen Debitkarte unter der Marke „Debit MasterCard“ in der Schweiz erfolgen soll. Gleichzeitig mit der Einführung plant MasterCard auch die Festlegung einer Interchange Fee für domestische Transaktionen mit der Debit MasterCard (sogenannte Debit MasterCard Interchange Fee).

3. Bei den beabsichtigten „Default Intracountry Fees“[4] (DIF) handelt es sich um eine Gebühr pro Transaktion, welche von Unternehmen (Acquirer), die Händler zwecks Akzeptanz von Debitkartenzahlungen anwerben, an die Kartenherausgeber (Issuer) zu bezahlen ist. Sie gilt für sämtliche in der Schweiz künftig am Maestro-, respektive am Debit MasterCard-Zahlungssystem beteiligten Issuer und Acquirer, sofern diese untereinander keine bilateralen Vereinbarungen über Interchange Fees getroffen haben.

4. Mit der Vorabklärung soll geklärt werden, ob Anhaltspunkte bestehen, welche die geplante Einführung der von MasterCard festgelegten DIF für Maestro und Debit MasterCard als unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 KG respektive als missbräuchliche Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 KG qualifizieren lassen.

5. Ein ähnliches Vorhaben wurde bereits 2004 von Credit Suisse, RBA Zentralbank, Schweizer Verband Raiffeisenbanken, UBS AG, Verband Schweizer Kantonalbanken und der damaligen Telekurs Multipay AG (heute SIX Multipay AG) gemeldet. Gegenstand dieser Meldung nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG war die Einführung einer Domestic Multilateral Interchange Fee (DMIF) in der Höhe von 0.4 % für das Maestro-Debitkartensystem. Das Sekretariat kam im Rahmen einer Vorabklärung zum Schluss, dass Anhaltspunkte für eine möglicherweise unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 KG bestünden und kündigte für den Fall der Einführung der geplanten DMIF die Eröffnung einer Untersuchung an.[5]

A.2 Verfahren

6. MasterCard trat erstmals am 4. Juli 2007 mit dem Sekretariat in Kontakt und orientierte dieses über die gesellschaftsrechtliche Umstrukturierung und den Börsengang vom Mai 2006 sowie über die dadurch veränderten Kompetenzen bei der Festlegung von Interchange Fees innerhalb der MasterCard-Organisation.

[1] Im Folgenden wird vereinfacht von „MasterCard“ ausgegangen, wenn sich die Ausführungen auf alle drei meldenden Unternehmen beziehen oder wenn allgemein auf die von MasterCard betriebenen Zahlungsverkehrssystemen Bezug genommen wird.

[2] Zur Funktionsweise eines solchen Zahlungssystems siehe RPW 2009/2, 123 f. Rz 11 ff., *Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem Visa V PAY*.

[3] Nicht-domestische respektive grenzüberschreitende Transaktionen (oder geläufiger „Cross Border-Transaktionen“) sind Transaktionen, bei welchen nur ein Systemteilnehmer (Kreditkartenherausgeberin oder Händler) in der Schweiz ansässig ist. Wird beispielsweise mit einer Schweizer Maestro-Debitkarte bei einem ausländischen Händler eingekauft, handelt es sich um eine grenzüberschreitende Transaktion.

[4] Sowohl bei der gemeldeten Maestro Fallback Interchange Fee als auch bei der Debit MasterCard Interchange Fee handelt es sich um eine „Default Intracountry Fee“, welche von MasterCard in ihrer Funktion als Systembetreiberin festgelegt wird. Wo nötig, wird im Folgenden auf die einzelnen Interchange Fees Bezug genommen.

[5] RPW 2006/4, 601 ff., *Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen und geplantes Preismodell von Telekurs Multipay AG*.

7. Mit Schreiben vom 1. September 2007 ergänzte MasterCard die im Juli gemachten Angaben. Gleichzeitig lieferte das Unternehmen zusätzliche Informationen zu der bei der Festsetzung von Interchange Fees angewandten Methodologie sowie zu denjenigen nationalen Debitkartensystemen, welche innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR) ohne eine Interchange Fee betrieben werden.

8. Am 19. Dezember 2007 untersagte die Europäische Kommission in einem Verfahren gegen MasterCard die multilateralen Interchange Fees für grenzüberschreitende Transaktionen innerhalb des EWR, welche u.a. mit Debitkarten der Marken MasterCard oder Maestro getätigt werden.[6] Gleichzeitig stellte sie MasterCard frei, die vom Verbot betroffenen Interchange Fees wettbewerbsrechtskonform auszugestalten. Da innerhalb der vorgegebenen Zeit der EU-Kommission keine Alternativen unterbreitet werden konnten, kündigte MasterCard im Juni 2008 einen temporären Verzicht auf solche Interchange Fees für grenzüberschreitende Transaktionen innerhalb des EWR an.[7] Im Nachgang zu dieser Ankündigung gelangte das Sekretariat am 18. Juni und am 25. September 2008 erneut mit einem Informationsbegehren an MasterCard.

9. Am 24. Dezember 2008 reichte MasterCard sodann eine Meldung im Sinne von Art. 49a Abs. 3 KG ein, welche die Einführung einer DIF für das Maestro-Debitkartensystem zum Gegenstand hatte. Im darauffolgenden Widerspruchsverfahren forderte das Sekretariat das Unternehmen zu einer Präzisierung einzelner Aspekte der Meldung auf. Zusätzlich wurden ausgewählte Maestro-Lizenznehmer aus den Bereichen Issuing (Cornèr Banca SA [Cornèr Banca], Credit Suisse AG [Credit Suisse], UBS AG [UBS], Viseca Card Services AG [Viseca], Zürcher Kantonalbank [ZKB], Raiffeisen Schweiz [Raiffeisen]) und Acquiring (SIX Multipay AG [SIX Multipay], Aduno S.A. [Aduno]), mögliche Konkurrenten von MasterCard im Debitkartenbereich (Visa Europe, Die Schweizerische Post) sowie zwei Verbände des Handels (Verband elektronischer Zahlungsverkehr [VEZ] und Erdöl-Vereinigung [EV]) eingeladen, zum gemeldeten Vorhaben Stellung zu nehmen. Die angeschriebenen Unternehmen und Verbände reichten ihre Stellungnahmen zwischen Mitte Februar und Ende März 2009 ein.

10. Am 1. April 2009 informierte MasterCard zudem das Sekretariat über eine Interimslösung, welche mit der EU-Kommission im Nachgang zum Verbotsentscheid vom Dezember 2007[8] gefunden werden konnte. Danach erlaubt die EU-Kommission unter bestimmten Voraussetzungen die Festlegung von „interim Intra-EEA cross border consumer fallback interchange fees“ für die Kredit- und Debitkartenprodukte durch MasterCard.[9]

11. Am 6. Mai 2009 eröffnete das Sekretariat vor Ablauf der fünfmonatigen Widerspruchsfrist eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG gegen MasterCard. Mit Schreiben vom 20. Mai 2009 teilte MasterCard daraufhin mit, dass auf die Einführung der DIF für Maestro vorerst verzichtet und eine Lösung mit den Wettbewerbsbehörden angestrebt werde.

12. Auf Wunsch des VEZ fand sodann am 12. Juni 2009 ein Hearing mit dem Sekretariat statt. Anlässlich dieses Hearings nahm der Verband mündlich Stellung zum geplanten Vorhaben von MasterCard. Im Anschluss daran reichte der VEZ weitere schriftliche Unterlagen ein, so mit Schreiben vom 4. Dezember 2009 und 11. Februar 2010.

13. Auch MasterCard erhielt am 25. Juni und am 9. Oktober 2009 nochmals Gelegenheit, sich mündlich zum geplanten Vorhaben zu äussern und ihre eigene Position darzulegen.

14. Die zweite Meldung nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG reichte MasterCard mit Schreiben vom 1. März 2010 beim Sekretariat ein. Diese betraf sowohl die Einführung des neuen Produkts Debit MasterCard sowie die Festlegung einer DIF für das gleichnamige Debitkartensystem. Aufgrund des ähnlichen Sachverhalts und den sich analog stellenden kartellrechtlichen Fragen verzichtete das Sekretariat jedoch im Rahmen des Widerspruchsverfahrens auf eine schriftliche Befragung der Marktteilnehmer und eröffnete am 30. April 2010 direkt eine weitere Vorabklärung gegen MasterCard. Gleichzeitig vereinigte es diese Vorabklärung mit derjenigen in Sachen DIF für Maestro.

15. Anlässlich der Eröffnung und Verfahrensvereinigung versandte das Sekretariat einen Fragebogen zum neuen Vorhaben von MasterCard an zahlreiche Marktteilnehmer.[10] Zudem forderte es MasterCard mit Schreiben vom 14. Juni 2010 auf, eine aktuelle Version sämtlicher in der Schweiz für den Betrieb der Debitkartensysteme Maestro und Debit MasterCard massgeblichen Systemregeln und Gebührenvorgaben einzureichen.

16. Zwischen Mai und Juli 2010 gingen zahlreiche Stellungnahmen der angeschriebenen Unternehmen und Vereinigungen ein, welche sich zur geplanten Einführung von Debit MasterCard und einer Default Intracountry Interchange Fee äusserten. Im Anschluss an die Auswertung der verschiedenen Eingaben lud das Sekretariat MasterCard anfangs 2011 zu einer ersten Präsentation der Resultate ein.

[6] Pressemitteilung der EU-Kommission vom 19. Dezember 2007 (IP/07/1959): „Antitrust: Commission prohibits MasterCard's intra-EEA Multilateral Interchange Fees”, publiziert auf: http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/1959&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=fr (zuletzt besucht am: 18.5.2011).

[7] Vgl. Pressemitteilung der EU-Kommission vom 12. Juni 2008 (MEMO/08/397): “Antitrust: Commission notes MasterCard's decision to temporarily repeal its cross-border Multilateral Interchange Fees within the EEA”, publiziert auf: http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/08/397&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en (zuletzt besucht am 18.5.2011).

[8] Entscheid der EU-Kommission vom 19. Dezember 2007 in Sachen COMP/34.579 – MasterCard, publiziert auf: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/34579/34579_1888_1.pdf (zuletzt besucht am 31.5.2011).

[9] Vgl. Pressemitteilung der EU-Kommission vom 1. April 2009 (IP/09/515): “Antitrust: Commissioner Kroes takes note of MasterCard’s decision to cut cross-border Multilateral Interchange Fees (MIFs) and to repeal recent scheme fee increases” (und dazugehöriges MEMO/08/397), publiziert auf: http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/515&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en (zuletzt besucht am 27.12.2010).

[10] Im Wesentlichen handelt es sich um dieselben Unternehmen und Unternehmensverbände, welche bereits im Rahmen des Widerspruchsverfahrens betreffend DIF für Maestro befragt worden sind.

17. Anlässlich des Meetings vom 23. März 2011 äusserte das Sekretariat mündlich seine Bedenken gegenüber MasterCard hinsichtlich der geplanten Einführung einer DIF sowohl für das Maestro-, als auch für das Debit MasterCard-Debitkartensystem. Gleichzeitig präsentierte es aber einen möglichen Lösungsvorschlag, welcher vom Unternehmen zwecks vertiefter Prüfung entgegen genommen worden war.

18. MasterCard hat sich mit Schreiben vom 21. April 2011 mit den vorgeschlagenen Massnahmen des Sekretariats einverstanden erklärt und entsprechende Verpflichtungszusagen abgegeben. Auf Aufforderung des Sekretariats hin wurden mit Schreiben vom 30. Mai 2011 die Zusicherungen inhaltlich noch präzisiert.

A.3 Organisation von MasterCard

19. Unter dem Label „MasterCard Worldwide“ bietet MasterCard seinen Lizenznehmern weltweit Zugang zu Zahlungsverkehrsprodukten und -dienstleistungen an, darunter auch zu den beiden international operierenden Debitkartensystemen Maestro und Debit MasterCard. Entsprechend dem Aufbau als Vierparteiensystem vergibt MasterCard Lizenzen für das Issuing sowie das Acquiring. Weiter wickelt MasterCard über entsprechende Plattformen selbst Zahlungstransaktionen ab, führt Branchenanalysen durch und erbringt Beratungsdienstleistungen. Die Regeln über das Maestro-Debitkartensystem sind im Wesentlichen im Handbuch „Maestro Global Rules“ von MasterCard enthalten, diejenigen für Debit MasterCard im Handbuch „MasterCard Rules and Regulations“.

20. Die Zahlungsorganisation MasterCard besteht aus den folgenden drei Gesellschaften[11]:

21. **MasterCard Inc.** ist eine seit 2006 börsenkotierte US-Aktiengesellschaft, welche weltweit für die Geschäftsführung und die Vermarktung des Labels „MasterCard Worldwide“ verantwortlich ist.

22. Das Aktienkapital von MasterCard Inc. ist in drei Anteilskategorien unterteilt:

- Class A-Aktien: 87,7 % der stimmberechtigten Class A-Aktien befinden sich in börsenkotiertem Streubesitz, die restlichen 12,3 % stehen der unabhängigen MasterCard Foundation zu. Der Anteil der Class A-Aktien am gesamten Aktienkapital von MasterCard Inc. betrug 2007 59 %, der Stimmrechtsanteil 100 %.[12]
- Class B-Aktien: Die stimmrechtslosen Class B-Aktien werden ausschliesslich von den Mitgliedern der Zahlungsorganisation MasterCard gehalten. Diese werden in die Kategorien MasterCard Principal Member, Travellers Cheque Member, MasterCard Association Member und Affiliate MasterCard Member eingeteilt. Der Anteil der Class B-Aktien am gesamten Aktienkapital von MasterCard Inc. betrug im Jahre 2007 41 %.[13]
- Class M-Aktien: Mit Ausnahme der Kategorie Affiliate MasterCard Member verfügen alle anderen Mitglieder der Zahlungsorganisation MasterCard über je eine Class M-Aktie. Die Class M-Aktie gewährt diesen Mitgliedern ein Wahlrecht für 3 von 12 Mitgliedern des Board of Directors, des Exekutivorgans von MasterCard Inc.

23. **MasterCard International Inc**. ist ein US-Verein, dessen stimmberechtigten Mitgliedsrechte (Class B Membership) ausschliesslich von MasterCard Inc. gehalten werden, während die Class A Membership-Anteile sowohl von MasterCard Inc. wie auch von Teilnehmern der Zahlungsorganisation MasterCard (MasterCard Principal Members, Travellers Cheque Members) gehalten werden.

24. **MasterCard Europe SPRL** ist eine voll konsolidierte Tochtergesellschaft von MasterCard Inc., deren Board of Directors aus dem Präsidenten von MasterCard Europe SPRL sowie je einem Vertreter von MasterCard Inc. und MasterCard International Inc. besteht. MasterCard Europe SPRL wickelt für MasterCard Inc. die Aktivitäten im Debitkartengeschäft innerhalb von Europa ab. Dazu gehört u.a. die Lizenzierung für die Maestro- und MasterCard-Debitkartensysteme und in einem geringen Ausmass die Abwicklung von Zahlungstransaktionen.

25. Bereits vor dem Börsengang im Jahre 2006 beruhte das Beteiligungskonzept der Zahlungsorganisation MasterCard im Wesentlichen auf den Mitgliedschaftsrechten der Finanzinstitute an MasterCard International Inc. Jedes Institut, welches ein Zahlungsmittel aus der Markenpalette von MasterCard emittieren respektive Händler für die Akzeptanz solcher Zahlungsmittel anwerben wollte, musste Mitglied der Organisation werden, wobei es drei verschiedene Kategorien mit unterschiedlichen Mitgliedschaftsrechten und -pflichten hinsichtlich von Entscheidprozessen und Mitgliedschaftsgebühren gab (Associate, Principal und Affiliate Member). Diese Struktur wurde nach dem Börsengang beibehalten.[14]

26. Vor dem Initial Public Offering waren bestimmte Entscheidprozesse, insbesondere aber auch die Festsetzung von Interchange Fees, den sogenannten Regional Boards überlassen. Entsprechend wurde die Zahlungsorganisation weltweit in sechs verschiedene Regionen unterteilt. Dazu gehört auch die heute noch bestehende Europe Region[15]. Das bis zu diesem Zeitpunkt bestehende European Board of Directors setzte sich aus Vertretern von Mitgliedsbanken zusammen, deren Entscheide nur vom Global Board von MasterCard Inc. unter Beachtung eines bestimmten Quorums umgestossen werden konnten.[16]

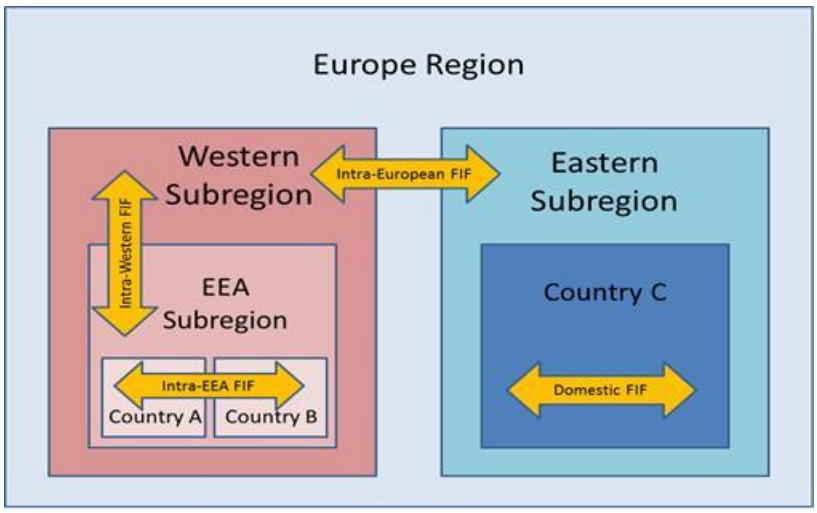
[11] MasterCard, Meldung vom 24. Dezember 2008, S. 4 ff., und vom 1. März 2010, S. 4 ff.
[12] Entscheid der EU-Kommission vom 19. Dezember 2007 in Sachen COMP/34.579 – *MasterCard*, Rz 69.
[13] Entscheid der EU-Kommission vom 19. Dezember 2007 in Sachen COMP/34.579 – *MasterCard*, Rz 70.
[14] Entscheid der EU-Kommission vom 19. Dezember 2007 in Sachen COMP/34.579 – *MasterCard*, Rz 42 ff.
[15] Vgl. Rn. 29.
[16] Entscheid der EU-Kommission vom 19. Dezember 2007 in Sachen COMP/34.579 – *MasterCard*, Rz 46 ff.

27. Nach dem Börsengang wurden sämtliche Regional Boards mit Ausnahme des European Board of Directors aufgehoben. Dessen Entscheidkompetenzen blieben trotz Neuordnung von MasterCard – mit Ausnahme der Festlegung von Interchange Fees, welche an das Global Board delegiert wurde – mehrheitlich bestehen.[17]

28. Seit 2009 ist nur noch das Global Board für alle geschäftlichen Belange von MasterCard in Europa zuständig. Dem bisherigen European Board of Directors wurden mit Beschluss des Global Boards vom 9. Juni 2009 sämtliche verbliebenen Vollmachten entzogen. Seitdem verfügt der European Board of Directors nur noch über eine Beratungsfunktion.[18] Die Kompetenz zur Festlegung von Interchange Fees war dem European Board of Directors bereits seit dem Börsengang von 2006 ausdrücklich entzogen.[19]

29. Die Europe Region wird von MasterCard weiter unterteilt und zwar in eine Western sub-region[20] , welche mit der EEA sub-region noch eine zusätzliche Unterkategorie enthält, und in eine Eastern sub-region[21]. Zwischen diesen Sub-Regionen gelten unterschiedliche Systemregeln, insbesondere auch hinsichtlich der Höhe der anzuwendenden Interchange Fees: Für grenzüberschreitende Zahlungstransaktionen[22] innerhalb der Western sub-region gelten die Intra-Western Fallback Interchange Fees mit Ausnahme der Fälle, in denen sowohl die Kartenherausgeberin als auch der Händler in der EEA sub-region ansässig sind. Diesfalls gelten die Intra-EEA Fallback Interchange Fees. Auf Transaktionen zwischen der Eastern sub-region und den beiden anderen Sub-Regionen werden sodann die Intra-European Fallback Interchange Fees angewandt.[23]

Grafik 1: Übersicht zur Europe Region inklusive anwendbarer (Fallback-) Interchange Fees



A.4 Das Maestro-Debitkartensystem in der Schweiz

A.4.1 Aktuelle Situation

30. Zwischen 1998 und 2000 wurde Maestro mittels Co-Branding als Ergänzung zur bestehenden ec-Karte in der Schweiz eingeführt und ermöglichte erstmals das weltweite Bezahlen an elektronischen Terminals und den Bezug an Geldautomaten. Mit dem Verzicht auf die Kartengarantie und die Ausstellung von eurocheques verlor die ec-Karte ab dem Jahr 2002 an Bedeutung. Deren weitere Verwendung als Debitkarte im nationalen Debitkartensystem ec-Direct wurde zudem von MasterCard nicht mehr unterstützt. Die Schweizer Banken entschieden sich daraufhin, ec-Direct ab 2004 durch das internationale Debitkartensystem Maestro abzulösen.

31. Die Maestro-Debitkarte ist, wie die ec-Karte als ihre Vorläuferin, eine Ergänzung zum Bankkonto und den damit verbundenen Zahlungsverkehrsdienstleistungen und wird in der Schweiz von beinahe allen Banken an die eigene Kundschaft herausgegeben. Gemäss MasterCard wird Maestro in der Schweiz als offenes Vierparteiensystem betrieben. Entsprechend können mehrere Unternehmen in den unterschiedlichen Rollen als Issuer und/oder als Acquirer im System mitwirken.[24]

[17] Im Zeitpunkt der Meldung von MasterCard betreffend DIF für Maestro verfügte das European Board noch über eine begrenzte Anzahl Kompetenzen, darunter namentlich die Aufnahme neuer Mitglieder, die Schaffung intraregionaler Regeln für die Durchführung des Maestro-Debitkartensystems sowie die Entwicklung und Erweiterung von Produkten innerhalb der Region (vgl. Meldung vom 24. Dezember 2008, S. 4).

[18] MasterCard, Meldung vom 1. März 2010, S. 5 f.

[19] Vgl. Beilagen 2 und 3 zur Meldung von MasterCard vom 1. März 2010, S. 6.

[20] Die EEA sub-region besteht aus sämtlichen 30 EWR-Staaten sowie: Andorra, Faröer Inseln, Französisch Guayana, Gibraltar, Grönland, Guadeloupe, Martinique, Monaco, La Réunion San Marino und Vatikanstadt. Die Western sub-region besteht aus der EEA sub-region und den folgenden Nationen respektive Gebieten: Schweiz, Israel, Türkei, Antarktika, Falkland Inseln, Sankt Helena, Svalbard und Jan Mayen.

[21] Zur Eastern sub-region gehören: Albanien, Armenien, Aserbeidschan, Belarus, Bosnien und Herzegowina, Kroatien, Georgien, Kasachstan, Kirgistan, Mazedonien, Moldawien, Montenegro, Russische Föderation, Serbien, Tadschikistan, Turkmenistan, Ukraine, United Nations Mission to Kosovo und Usbekistan.

[22] Vgl. Fn 3.

[23] Vgl. hierzu die Ausführungen von MasterCard im Schreiben vom 27. Februar 2009, S. 4 f.

[24] MasterCard, Meldung vom 24. Dezember 2008, S. 11 f.

32. In der Schweiz verfügen die folgenden Unternehmen über eine sogenannte Maestro Principal License:

- Cornèr Banca S.A. (Issuing und Acquiring)
- Die Schweizerische Post (Issuing und Acquiring)
- SIX Multipay (Issuing und Acquiring)
- Viseca Card Services S.A. (Issuing und Acquiring)
- GE Money Bank (nur Issuing)
- Swiss Bankers Prepaid Services AG (nur Issuing)

33. Nicht alle diese Maestro-Lizenznehmer sind zwingend aktiv in einem oder in beiden Geschäftsfeldern. So betreibt die Cornèr Banca lediglich das Issuing, während die Viseca Card Services SA und die Schweizerische Post bis heute weder das Issuing noch das Acquiring direkt betreiben. Auch GE Money Bank emittiert keine klassischen Maestro-Debitkarten, vertreibt dafür aber die Maestro-Prepaidkarte Travel Cash von Swiss Bankers Prepaid Services AG.

34. Weitere 258 Finanzinstitute in der Schweiz verfügen über eine sogenannte Affiliate License. Der Grossteil davon (161) ist berechtigt, beide Geschäftsaktivitäten, also sowohl Issuing als auch Acquiring, durchzuführen. 96 Institute verfügen lediglich über eine Issuing-Unterlizenz und ein einziges Institut, die Aduno, ist nur im Besitz einer Acquiring-Unterlizenz.

35. Mit Ausnahme der Aduno haben alle Affiliate Licensees ihre Sublizenzen von der SIX Multipay als Sponsoring Member erhalten. Als Teil eines seit Langem bestehenden Gemeinschaftswerks der Schweizer Banken erbringt die SIX Multipay via ihre Schwestergesellschaft SIX Card Solutions AG für diese Finanzinstitute auch das sogenannte Issuing-Processing, d.h. die technische Verarbeitung der Maestro-Zahlungstransaktionen (Cash-Management, Risk-Management, Help-Line und Karten-Sperrdienstleistungen, Beratung etc.). Sponsoring Member für die Aduno ist die Viseca Card Services S.A. Beide Gesellschaften gehören zur Aduno Holding AG.

36. Trotz einer grossen Zahl von Finanzinstituten mit (Sub-)Lizenzen für das Acquiring sind derzeit hauptsächlich die SIX Multipay sowie die Aduno im Maestro-Acquiring tätig. Bei den beiden weiteren in der Schweiz operierenden Maestro-Acquirer B&S Card Service GmbH (B&S) und Concardis GmbH (Concardis) handelt es sich um deutsche Lizenznehmer, die ihre Acquiring-Dienstleistungen auch in der Schweiz anbieten. Sie gelten entsprechend als Cross Border-Acquirer.

37. Das Maestro-Debitkartensystem basiert auch in der Schweiz auf den Maestro Global Rules[25]. Darüber hinaus sind auch sogenannte Maestro Domestic Rules zulässig.[26] Für die Festlegung solcher Maestro Domestic Rules, welche für die Schweiz Gültigkeit haben[27], wurde von den Issuern und Acquirern das Maestro Card Committee (MAECC) gegründet. Diesem gehören derzeit vier Vertreter aus dem Issuing (UBS, Credit Suisse, Raiffeisen und der Verband Schweizer Kantonalbanken) sowie zwei aus dem Acquiring (SIX Multipay und Aduno) an. Jedes dieser Mitglieder hat einen Mindestanteil von 5 % am inländischen Issuing-, respektive Acquiring-Volumen.

38. Das MAECC ist unter anderem für die folgenden Geschäfte zuständig:

- die Festlegung subsidiärer Regeln für das „Swiss Maestro-System“, welche die Herausgabe, Entgegennahme und Verarbeitung von „Swiss Maestro-Debitkarten“ und „Swiss Maestro-Transaktionen“ behandeln;[28]
- die gemeinsame Betrugsprävention und die Festlegung von Sicherheitsstandards;
- die Festlegung von Regeln und die Planung für die Kommunikation der Dachmarke Maestro.

39. Die Vertreter des MAECC haben im Herbst 2008 neue Maestro Domestic Rules erlassen, welche diejenigen aus dem Jahre 2005 ersetzten. Dabei wurde die multilaterale Vereinbarung zur Interchange Fee für Maestro-Transaktionen in ihrer ursprünglichen Version beibehalten und wie bis anhin eine DMIF von 0 % festgelegt.[29] Das Schweizer Maestro-Debitkartensystem enthält somit im Grundsatz eine DMIF für inländische Zahlungstransaktionen, deren Wert jedoch Null beträgt.

A.4.2 Festlegung der geplanten DIF für Maestro

40. Aufgrund einer Änderung der Maestro Global Rules im September 2008 hat sich MasterCard das Recht vorbehalten, sämtliche Interchange Fees selbst festzulegen. Dies gilt namentlich bei der Festlegung von Interchange Fees für interregionale und intraregionale Transaktionen[30]. Bei domestischen Transaktionen (Intracountry Transactions) kann MasterCard grundsätzlich auch von diesem Recht Gebrauch machen. In jedem Fall gehen aber bilaterale Vereinbarungen zwischen Mitgliedern der Organisation vor:[31]

> “The Organization has the right to establish default interchange fees and default service fees (hereafter referred to as “interchange fees,” “service fees,” or collectively, “fees”), it being understood that all such fees set by the Organization apply only if there is no applicable bilateral interchange fee or service fee agreement between two Members in place. The Organization establishes all fees for Interregional Transactions and Intraregional Transactions, and ***may*** establish fees for Intracountry Transactions. (..). Unless an applicable bilateral interchange fee or service fee agreement between two Members is in place, any intraregional or interregional fees established by the Organization are binding on all Members.”

[25] Maestro Global Rules, Beilage 1 zum Schreiben von MasterCard vom 29. Juni 2010.
[26] Ziff. 1.1, Maestro Global Rules.
[27] Maestro Domestic Rules Switzerland, Beilage 3 zum Schreiben von MasterCard vom 29. Juni 2010.
[28] Als „Swiss Maestro-System“ wird das internationale Debitkartensystem von Maestro, ergänzt durch die „Maestro Domestic Rules Switzerland“ verstanden.
[29] Appendix 2 zu Maestro Domestic Rules Switzerland.
[30] Vgl. dazu oben Rn. 29.
[31] Ziff. 10.7 Maestro Global Rules (Hervorhebung durch Sekretariat).

41. Bezüglich der hier interessierenden Intracountry Transactions lässt es MasterCard in den Maestro Global Rules also offen, ob die Interchange Fees von der Zahlungsorganisation festlegt werden oder ob die Mitglieder diese selbständig bestimmen können. Für den Fall, dass die Interchange Fees durch die Mitglieder bestimmt werden, sehen die Maestro Global Rules zwei Möglichkeiten vor:

- eine multilaterale Vereinbarung durch die Maestro-Mitglieder[32];
- bilaterale Vereinbarungen zwischen Maestro-Mitgliedern[33].

42. Bilateral vereinbarte Interchange Fees haben stets Vorrang gegenüber allen anderen Interchange Fees. Bestehen keine bilateralen Vereinbarungen, gelten die Vorgaben von MasterCard, welche immerhin den multilateral vereinbarten Interchange Fees vorgehen. Haben weder MasterCard noch die Mitglieder selbst die Interchange Fees festgelegt, so gelten die Intra- oder die Interregional Interchange Fees als Default Intracountry Fees:[34]

> "For any Transaction that is subject to a bilateral agreement between two Members, the interchange and service fees set forth in the bilateral agreement prevail.
>
> For any Transaction that is not subject to a bilateral agreement between two Members, the default intracountry fees established by the Organization apply, or if none, the default intracountry fees established by Members pursuant to these Rules apply, or if none, the intraregional fees apply, or if none, the interregional fees apply. Any multilateral Member fee agreement must comply with all requirements set forth in section 10.8.1. The Organization reserves the right to determine if multiple bilateral agreements are deemed to be a multilateral agreement."

43. Im Rahmen der Neuordnung von MasterCard wurde die Kompetenz zur Festlegung von Interchange Fees und deren Höhe an den Präsidenten und CEO von MasterCard Inc. delegiert. Dieser kann auch alle weiteren Entscheidungen treffen, die für die Handhabung der Interchange Fees nötig oder förderlich sind. Dies beinhaltet namentlich das Recht, Mitgliedern von MasterCard in einem bestimmten Land zu erlauben, Interchange Fees und deren Höhe festzulegen.[35]

44. Für Europa hat der Präsident und CEO die Kompetenz zur Festlegung der Intraregional und Intracountry Interchange Fees an den President Global Markets weiterdelegiert. Letzterer hat am 24. September 2008 die Interchange Fees für inländische Maestro-Transaktionen[36] in der Schweiz mit Geltung ab 1. Juni 2009 wie folgt geregelt:

[Tabelle 1: DIF für Maestro-Transaktionen an Verkaufsstellen: Geschäftsgeheimnis]

45. […]

46. […]

47. […]

A.4.3 Bemessung der Maestro DIF

48. Nach Aussage von MasterCard wird die geplante DIF für Maestro so an die lokalen Marktbegebenheiten angepasst sein, dass der Nutzen für die Karteninhaber und die Händler maximiert wird. Dabei sollen eine Vielzahl von Parametern berücksichtigt werden wie zum Beispiel die Kosten der Kartenherausgeber, die Arten und Anzahl der Karten im Umlauf, das Transaktionsvolumen über diese Karten und die Arten und Anzahl Transaktionen, die bei den einzelnen Händlern abgewickelt werden.

49. Speziell die folgenden Faktoren sind gemäss MasterCard für die Festlegung der geplanten Maestro DIF herangezogen worden:[37]

- *geschätzte Gesamtkosten für die Herausgabe der Maestro-Debitkarte*: Eine von MasterCard selbst durchgeführte Kostenstudie zu Maestro habe aufgezeigt, dass sich die vollen Issuing-Kosten innerhalb des EWR im Durchschnitt auf […] belaufen würden;
- *geschätzte Netto-Interchange-Kosten*: […];
- *Meldung der Schweizer Banken aus dem Jahre 2004*: Die Schweizer Banken hätten den Wettbewerbsbehörden im Jahre 2004 eine domestische multilaterale Interchange Fee in der Höhe von 0.40 % gemeldet;
- *geschätzte Kosten von Bargeld*: Es sei – auch unter Berücksichtigung von Angaben des VEZ sowie einer Studie der Universität St. Gallen aus dem Jahre 2007[38], welche die Kosten von Maestro und Bargeld verglichen habe – davon auszugehen, dass die Handhabungskosten von Bargeld für die Händler pro Transaktion ungefähr 0.5 % des Transaktionsbetrages ausmachen würde. Die Studie sei dabei zum Schluss gekommen, dass jede zusätzliche Maestro-Transaktion über CHF 12.00 in der Schweizer Volkswirtschaft die Gesamtkosten für Zahlungen weniger ansteigen liessen als Bargeld;
- [Weiterer Faktor: Geschäftsgeheimnis];
- *Wettbewerb*: Letztlich sei auch der Wettbewerb durch V Pay, PostFinance Card, M-Card, Bargeld und andere Zahlungsformen zu berücksichtigen.

50. […]. Im Vergleich zu der von den Schweizer Banken im Jahr 2004 gemeldeten Interchange Fee von 0.4 %, […]. Dieser vermeide ungerechtfertigte Gebühren auf der Acquiring-Seite. Zudem widerspiegle die geplante DIF das Resultat einer genauen Kenntnis und Analyse der Präferenzen der Karteninhaber und Händler, der Ökonomie von Zahlungen, des wettbewerblichen Umfelds und der verfügbaren Technologien.

[32] Ziff. 10.8.1 Maestro Global Rules.
[33] Ziff. 10.8.3 Maestro Global Rules.
[34] Ziff. 10.8 Maestro Global Rules.
[35] MasterCard, Meldung vom 24. Dezember 2008, S. 9.
[36] Es handelt sich somit um die Default Intracountry Fee (DIF).
[37] MasterCard, Meldung vom 24. Dezember 2008, S. 30 ff.
[38] Minsch/Fauceglia/Bernegger, Die Kosten des Bargelds, St. Gallen 2007

51. Im Übrigen sei es für MasterCard schwierig abzuschätzen, wie die DIF für Maestro das Niveau der Händlerkommission (Merchant Service Charge; MSC) in der Schweiz beeinflussen werde. Es sei aber anzunehmen, dass die Gesamtkosten für die Akzeptanz von Maestro ungefähr jenen der Barzahlung entsprechen oder sogar geringer sein würden. […] sei deshalb davon auszugehen, dass Maestro aus Sicht des Handels die günstigere Lösung bleiben werde.

A.4.4 Die Maestro DIF im Vergleich zu ausländischen Domestic Rates

52. Aufgrund der Angaben von MasterCard zur Höhe der Maestro Fallback Interchange Fee in anderen europäischer Ländern ergibt sich der folgende Ländervergleich:

[**Tabelle 2**: Ländervergleich betreffend Maestro Fallback Interchange Fee : Geschäftsgeheimnis][39]

53. [Entwicklung in einem Vergleichsland: Geschäftsgeheimnis].

54. MasterCard erwartet in der Schweiz ähnliche Entwicklungen und begründet dies damit, dass die Lizenznehmer jederzeit bilateral auch abweichende Interchange Fees einführen könnten. Die Händler hätten überdies den Vorteil, dass sie für die Kartenakzeptanz nicht nur zwischen verschiedenen Acquirer, sondern auch zwischen konkurrierenden Technologien und Ausrüstungen wählen könnten. Sie müssten sich somit nicht auf Gesamtlösungen beschränken, wie sie von den anderen Acquirern im Ausland angeboten würden.

A.4.5 Standpunkte von MasterCard und anderen Marktteilnehmern betreffend die Einführung der DIF für Maestro

A.4.5.1 Standpunkte von MasterCard

55. MasterCard begründet die Einführung einer DIF für Maestro mit deren Zweck: Demnach soll die DIF der Optimierung des ganzen Maestro-Debitkartensystems dienen, indem mittels einer Beteiligung der Issuer an der MSC der Acquirer die Nachfrage der Karteninhaber mit der Nachfrage der Händler ausgeglichen wird. Das System generiere für beide Seiten die nötigen finanziellen Anreize, Produkte und Dienstleistungen gegenüber Händlern und Karteninhabern so auszugestalten, dass die Anzahl der sich im Umlauf befindlichen Karten und der beim Händler getätigten Transaktionen maximiert und optimiert würden.

56. Nach Auffassung von MasterCard seien Interchange Fees nötig, um die Banken zur Herausgabe von Zahlkarten an ihre Kunden zu bewegen. Werde eine Interchange Fee zu tief oder sogar bei Null angesetzt, habe dies zwar eine Ausweitung der Nachfrage bei den Händlern zur Folge, da deren Kosten am System eher gering seien. Gleichzeitig gäbe es aber für die Banken kaum genügend Anreize, Maestro-Debitkarten zu einem für Karteninhaber vertretbaren Preis zu emittieren. Umgekehrt würden die Händler bei zu hohen Interchange Fees die Karten nur widerwillig oder gar nicht akzeptieren. Statt dessen würden sie andere Zahlungsmittel bevorzugen. Langfristig trete deshalb ein Ungleichgewicht beim Maestro-System ein.[40]

57. Weiter hält MasterCard fest, dass Interchange Fees keine direkten Entschädigungen für spezifische Kosten oder Dienstleistungen der Issuer seien. Vielmehr sollen mit den Interchange Fees generell die Bereitschaft der Issuer gefördert werden, Investitionen in neue Zahlkartenprodukte, Sicherheit und Technologie zu tätigen und die die Betriebskosten für Kartenproduktion und -vertrieb, Kundenwerbung, Risikobeurteilung, Rechnungsstellung, Verwaltung etc. zu tragen. Diesen Kosten stünden die Einnahmen der Acquirer gegenüber, welche diese aus der MSC erhielten. Das bestehende Kostenungleichgewicht zwischen Issuer und Acquirer sei deshalb über die Interchange Fee auszugleichen.[41]

58. Nach MasterCard spiele die DIF zudem eine entscheidende Rolle für den Intrabrand-Wettbewerb, welcher aufgrund des offenen Vierparteien-System von Maestro zusätzlich zum Interbrand-Wettbewerb stattfindet. Karteninhaber könnten so unter mehreren Kartenherausgebern wählen und Händler hätten ebenfalls eine grössere Auswahl sowohl bei den verschiedenen Acquirern als auch bei den unterschiedlich einsetzbaren Technologien und Kundenterminals. Damit der systeminterne Wettbewerb jedoch funktioniere, müssten unter den verschiedenen Akteuren gleiche Wettbewerbsbedingungen herrschen, was mit einer DIF garantiert werden könne. Zudem schaffe diese die notwendige Transparenz, was besonders dort wichtig sei, wo Issuer gleichzeitig Anteile an Acquirer halten würden (wie beispielsweise bei der SIX Multipay), oder wo Issuer sogar gleichzeitig als Acquirer tätig sein würden und darum die kartenbezogenen Dienstleistungen quersubventionieren könnten. Gelte die Interchange Fee nicht für alle Acquirer gleichermassen, könne dies einen Markteintritt unabhängiger Acquirer oder Issuer erschweren.

59. In Bezug auf die MSC bringt MasterCard vor, diese sei nach Einführung von Maestro in der Schweiz im Jahre 1998 von 0.3 % auf 0.15-0.2 % gesunken. Dagegen habe der Marktanteil von SIX Multipay im gleichen Zeitraum nicht abgenommen, obwohl neue Acquirer in den Schweizer Markt eingetreten seien. Dies belege, dass SIX Multipay von grossen Transaktionsvolumina mit erheblichen Kostenvorteilen durch Skaleneffekte profitiere. Die Einführung einer DIF für Maestro sei deshalb eine wirksame Abhilfemassnahme, um die tatsächliche Höhe der Interchange Fee und somit der Kostenfaktoren der MSC transparent zu machen. Mit der DIF würden unter den Maestro-Acquirern gleiche Wettbewerbsbedingungen geschaffen, unabhängig davon, ob die Acquirer mit den Kartenherausgebern verbunden oder von diesen unabhängig seien.

[39] Die meisten aktuellen Raten (2012) sind auf der Homepage von MasterCard abrufbar; vgl. für die MasterCard Intra-EEA Fallback POS Interchange Fees: www.mastercard.com/us/company/en/whatwedo/interchange/Intra-EEA.html (08.10.2012) und für die MasterCard Intra-Country Interchange Fees: www.mastercard.com/us/company/en/whatwedo/interchange/Country.html (08.10.2012).

[40] MasterCard, Meldung vom 24. Dezember 2008, S. 12 f.

[41] MasterCard, Meldung vom 24. Dezember 2008, S. 13.

60. Weiter vertritt MasterCard den Standpunkt, Maestro könne als Vierparteiensystem ohne eine Interchange Fee nicht weiterbetrieben werden. Seit der Einführung von Maestro in der Schweiz gelte für inländische Maestro-Transaktionen eine multilaterale Interchange Fee von Null. Dieser Zustand führe zu den folgenden Missständen im Maestro-System:

- Die kartenherausgebenden Finanzinstitute könnten ihre Kosten über die Kartengebühren nicht vollständig decken und somit keine angemessenen Kapitalrenditen erzielen. Das Maestro-System in der Schweiz sei aus Sicht der Kartenherausgeber defizitär;
- Steigende Kartengebühren seien nicht im Interesse des Maestro-Systems und führten zu Verzerrungen und Ineffizienzen. Zahlreiche Schweizer Issuer hätten sich in den letzten Jahren veranlasst gesehen, die Kartengebühren um CHF 10.00 bis 20.00 zu erhöhen;
- Im Bereich der Kreditkarten, bei welchen die schweizerischen Wettbewerbsbehörden eine Interchange Fee erlaubt hätten, seien verschiedene Co-Branding Karten wie beispielsweise M-Budget MasterCard oder Coop SUPERCARDplus MasterCard ohne jährliche Kartengebühr auf den Markt gekommen; und dies, obwohl es sich dabei um Gratis-Kreditkarten handle und von den Kartenherausgebern sogar eine zinsfreie Periode für offene Beträge mit einer Laufzeit zwischen 25 und 30 Tagen gewährt werde. Kürzlich hätten die SBB sogar eine Visa-Kreditkarte mit dem Halbtax-Abonnement eingeführt, bei welcher nicht nur die jährliche Gebühr entfalle, sondern für den Kunden noch ein zusätzlicher Anreiz geschaffen werde, indem der Preis für das Halbtax-Abonnement um CHF 25.00 reduziert sei gegenüber dem herkömmlichen Angebot.
- Der Erfolg des Maestro-Systems hänge davon ab, dass möglichst viele Karten im Umlauf seien und dass neue, attraktive Technologien eingesetzt würden, die Kunden anziehen. Solche Technologien seien etwa der fälschungssichere EMV-Chip[42], globale E-Commerce Lösungen und Erweiterungen wie beispielsweise SecureCode und das „Maestro Advanced Registration Programme“ für Amazon, iTunes und andere Web-Stores oder der kontaktlose Zahlungsvorgang. Der Einsatz solcher Technologien erfordere von den Kartenherausgebern ständig neue Investitionen und dies über einen Zeitraum von mehreren Jahren. Wenn das Maestro-System für die Kartenherausgeber aber defizitär sei, würden neue Technologiefortschritte nicht umgesetzt. Dies wiederum sei für die Verbreitung und den Nutzen der Maestro-Debitkarte negativ.
- Zahlreiche Fakten würden ausserdem zeigen, dass die Maestro-Debitkarte in der Schweiz nur halbherzig vermarktet werde. Die Kartenherausgeber sähen darin kein wirtschaftlich tragfähiges Produkt, weil sie nicht an den durch jede Maestro-Transaktion generierten Einnahmen der Acquirer teilhaben könnten. Im Vergleich dazu sei in Österreich die Internet-Zahlung mittels Maestro-Debitkarte und Maestro-Prepaidkarte eingeführt worden, weil dort seit jeher eine inländische Interchange Fee verrechnet werde und die Herausgeber in neue Innovationen investierten. Andere Länder, in denen die Kartenherausgeber Lösungen im Bereich von E-Commerce umgesetzt hätten, seien Spanien, das Vereinigte Königreich und Russland. In all diesen Ländern komme ebenfalls eine Interchange Fee zur Anwendung.

61. Die Tatsache, dass Maestro-Debitkarten in der Schweiz nicht zufriedenstellend vermarktet würden, zeige sich nach MasterCard auch in der Entwicklung der Anzahl der sich in der Schweiz im Umlauf befindlichen Maestro-Debitkarten während der letzten Jahre sowie im Vergleich zur MasterCard-Kreditkarte, bei der eine Interchange-Fee implementiert sei:

Tabelle 3: Entwicklung der in der Schweiz herausgegebenen Karten

Jahr 2002 = Index 100	**Anzahl Karten**	**Index**	**Index Total der Schweizer Karten (Stat. Monatsheft, www.snb.ch)**
Maestro Q3/2008	[43]		131 (Debit)
MasterCard Q3/2008			134 (Kredit)

Quelle: Meldung vom 24. Dezember 2008.

62. Gemäss MasterCard werde der Investitionsdruck für die Kartenherausgeber inskünftig noch zunehmen. So stünden für das Maestro-System weitere Entwicklungen an, wie zum Beispiel auf bestimmte Konsumenten-Segmente oder Altersgruppen gerichtete Mehrwert-Angebote, verbesserte Schnittstellen für die Karteninhaber zur Kontrolle und Sicherheit und Innovationen für

[42] EMV steht für „Europay MasterCard Visa“ und bezeichnet eine Spezifikation für Zahlungskarten, die mit einem Prozessorchip ausgestattet sind, und für die zugehörigen Chipkarten-Lesegeräte (POS-Terminals und Geldausgabeautomaten).

[43] Die Zahlen in der Meldung wurden von MasterCard als Geschäftsgeheimnisse deklariert. Aus öffentlichen Quellen ergeben sich folgende Zahlen: Anzahl Maestro-Karten per Ende 2008: 5‘063‘000 (per Ende 2011 waren es 5‘705‘000); vgl. http://www.vez-epay.ch/de/markt-kredit-debitkarten.html > Statisitiken Debitkarten (08.10.2012).

spezifische Kunden-Segmente wie beispielsweise Maestro für Kleinunternehmen.

63. In der Schweiz sei zudem vor Kurzem das neue, kontaktlose Zahlungsverfahren „PayPass“[44] im Handel eingeführt worden. Dieses Verfahren spare dem Konsumenten und dem Händler Zeit und erhöhe den Umsatz des Händlers, weil mehr Transaktionen in derselben Zeit abgewickelt werden könnten. Das neue Verfahren sei aber ausschliesslich in Verbindung mit einer MasterCard-Kreditkarte, nicht aber mit Maestro einsetzbar. Nach Auffassung von MasterCard hänge dies damit zusammen, dass für die Issuer zu wenig Anreize bestünden, Neuentwicklungen im Debitkartenbereich – wie zum Beispiel die Bestückung von Maestro-Debitkarten mit einem für die Funktechnologie einsetzbaren RFID-Chip – zu übernehmen und anzubieten.

64. Sodann würden gegenwärtig alle Schweizer Maestro-Debitkarten auf neue Chips umgerüstet. Dadurch können die Sicherheit und die Abwicklungsgeschwindigkeit verbessert sowie Zusatzfunktionen eingeführt werden. Studien zu den Debit- und Kreditkarten, so u.a. aus dem Vereinigten Königreich würden belegen, dass der Missbrauch dieser Zahlungsmittel in den letzten Jahren sowohl national wie auch international zugenommen habe. Insbesondere in jüngster Zeit sei ein dramatischer Anstieg betrügerischer Kartentransaktionen festzustellen gewesen. Die Kosten für die Umrüstung der Karten seien deshalb für die Issuer beträchtlich.

65. Schliesslich stehe V Pay in der Schweiz kurz vor der Markteinführung. Das V Pay-System sehe eine Domestic Interchange Fee vor und beruhe ebenfalls auf neuen Technologien für die kontaktlose Zahlung. Wie auf der Website von Visa festgehalten werde, habe sich bereits die UBS neben anderen europäischen Banken verpflichtet, V Pay-Karten herauszugeben. SIX Multipay und Aduno würden V PAY-Akzeptanz in der Schweiz schon anbieten. Um den Maestro-Herausgebern die Investition in neue Technologien zu ermöglichen, sei die Maestro DIF deshalb unumgänglich. Ansonsten führe die Situation zu einer Wettbewerbsverzerrung zwischen V Pay und Maestro.

66. Im Übrigen entspreche die Einführung einer Interchange Fee auch der Praxis der Wettbewerbsbehörden, welche im Jahr 2005 für Kreditkarten eine Interchange Fee im Rahmen einer einvernehmlichen Regelung gutgeheissen habe. Die damaligen Erwägungen der Wettbewerbsbehörden seien aufgrund der Vergleichbarkeit mit dem Vierparteiensystem bei der MasterCard-Kreditkarte auch auf das Maestro-Debitkartensystem anzuwenden.

A.4.5.2 Standpunkte von anderen Marktteilnehmern

67. Zwecks Prüfung der Frage, ob innerhalb der fünfmonatigen Widerspruchsfrist eine Vorabklärung oder eine Untersuchung einzuleiten sei, hat das Sekretariat mehrere Marktteilnehmer um eine Stellungnahme betreffend die geplante Einführung der DIF gebeten. Eingeladen wurden sowohl Issuer wie auch Acquirer des Maestro-Systems. Weiter erhielten auch andere Betreiber von Debitkartensystemen sowie der Handel Gelegenheit zur Stellungnahme.

A.4.5.2.1 Standpunkte der Issuer[45]

68. Die Schweizer Issuer begrüssen im Grundsatz die Einführung einer Interchange Fee und pflichten unter Verweis auf das geplante Vorhaben von Visa betreffend Einführung von V PAY dem Argument MasterCards bei, dass eine Interchange Fee für die Implementierung und den nachhaltigen Betrieb eines Debitkartensystems notwendig sei, um längerfristig im Wettbewerb zu anderen Zahlungsmitteln wie beispielsweise Kreditkarten bestehen zu können. Weiter wird auch argumentiert, dass eine DIF den Markteintritt neuer Issuer oder Acquirer erleichtere, da auf bilaterale Verhandlungen verzichtet werden könne.

69. Demgegenüber wird die Aussage von MasterCard, die DIF diene den Issuern als finanzieller Anreiz zur Kartenherausgabe und führe so zu einer Optimierung des Gesamtsystems, von den Issuern nicht geteilt. Hier vertreten die Issuer die Ansicht, dass allfällige Einnahmen aus einer DIF zur Deckung des bestehenden Defizits, welches durch die Herausgabe und die Verwaltung der Maestro-Debitkarten entstanden sei, verwendet würden. Zudem liege die von MasterCard vorgeschlagene DIF unter dem von den Issuer im Jahr 2004 kalkulierten Wert und reiche deshalb nicht einmal zur Deckung des dieses Defizits aus.

70. Nicht einverstanden sind die Issuer auch mit der Überlegung von MasterCard, die Kosten für die Herausgabe und Verwaltung von Maestro-Debitkarten über die allgemeinen Kontoführungsgebühren abzudecken. Solche Kosten seien bisher bei der Bank verblieben und hätten entsprechend die Erfolgsrechnung belastet. Dies sei mithin ein Grund gewesen, weshalb die Banken bisher keine Investitionen in die Weiterentwicklung und Attraktivitätssteigerung der Maestro-Debitkarte getätigt hätten. Eine DIF müsse deshalb zu einem verursachergerechten Ausgleich für die von den Issuer getragenen Systemkosten führen. Am Beispiel der Kreditkarten zeige sich gerade, dass bei Vorliegen einer genügenden Rentabilität die Weiterentwicklung von Produkten auch stattfinden könne. Die Credit Suisse hält in ihrer Stellungnahme hierzu fest, dass ein Bankkonto und eine Maestro-Debitkarte zwei separate Produkte seien und Letzteres nicht automatisch bei Eröffnung eines Bankkontos abgegeben würde.

71. Die UBS vertritt sodann die Ansicht, dass infolge der Verweigerung einer Interchange Fee durch die Wettbewerbsbehörden das Maestro-Debitkartensystem diskriminiert werde gegenüber den bestehenden Dreiparteien-Systemen von PostFinance (Postfinance Card), Migros (M-Card) und American Express. Diese verfügten über eine implizite Interchange Fee, welche von der Acquiring- auf die Issuing-Seite fliesse, ohne dass die Wettbewerbsbehörden hier regulierend eingegriffen hätten.

[44] Siehe unten Rz 110 (9. Bullet-Point). Vgl. auch: www.paypass.com (zuletzt besucht am 31.5.2011).

[45] Befragt wurden Cornèr Banca SA, Credit Suisse, GE Money Bank AG, UBS AG und Viseca Card Services AG.

72. Sämtliche Issuer halten zudem fest, dass MasterCard in eigener Kompetenz und ohne eine Absprache mit den Banken über die Einführung einer DIF entschieden habe.

A.4.5.2.2 Standpunkte der Acquirer[46]

73. Die Aduno begrüsst im Grundsatz die Einführung einer DIF für inländische Maestro-Transaktionen, verweist aber auf besondere Umstände, welche den Wettbewerb im Acquiring zufolge der Einführung einer DIF für Maestro entscheidend beeinträchtigen könnten. Hierzu gehört nach Ansicht von Aduno vor allem die marktbeherrschende Stellung ihrer Konkurrentin SIX Multipay: Die SIX Multipay profitiere von Grössenvorteilen wie beispielsweise tieferen Kosten durch Skaleneffekte. Nicht weniger bedeutend sei auch die Tatsache, dass SIX Multipay das Issuing Processing von Maestro-Transaktionen für sämtliche Issuer in der Schweiz abwickle. Im Gegensatz zu Aduno sei die SIX Multipay dadurch in der Lage, sämtliche inländischen Transaktionen direkt in das eigene Issuing-System weiterzuleiten, ohne diese über das kostenpflichtige Netz von MasterCard verarbeiten lassen zu müssen.

74. Aduno widerspricht sodann der Behauptung MasterCards, die Einführung einer domestischen Interchange Fee würde den Wettbewerb unter den Acquirer fördern. Die Interchange Fee stelle für die Acquirer lediglich einen zusätzlichen Kostenblock dar, welcher in die MSC einfliesse. Zudem würden die ausländischen Maestro-Acquirer aufgrund ihrer geringen Marktanteile kaum ins Gewicht fallen. Und auch die beiden anderen Debitkartensysteme PostFinance Card und M-Card seien nicht in der Lage, die marktbeherrschende Stellung von SIX Multipay anzugreifen, zumal diese andere Kundenbedürfnisse und -segmente abdecken würden. Im Gegenteil werde die Stellung von SIX Multipay durch die geplante Einführung der DIF zusätzlich begünstigt: Aufgrund der Grössenvorteile könne SIX Multipay die zusätzlich entstehenden Kosten besser absorbieren und müsse die DIF deshalb nicht vollumfänglich auf die Händler überwälzen. […]..

75. Weiter weist Aduno die von MasterCard verlangte Gleichbehandlung mit V PAY hinsichtlich Einführung einer Interchange Fee als nicht sachgerecht zurück. Demnach handle es sich bei V PAY um ein neues Produkt, mit dem Visa erstmals auf den Debitkartenmarkt trete. […]. Dadurch würde gemäss Aduno der bisher unwirksame Intrabrand-Wettbewerb intensiviert, insbesondere weil die SIX Multipay im V PAY-System nicht über die gleichen Grössen- und Kostenvorteile verfüge, wie beim Maestro-System.

76. SIX Multipay teilt ebenfalls die Ansicht, dass die Einführung einer Interchange Fee grundsätzlich notwendig sei, um einen effizienten Interessenausgleich und eine optimale Kunden- respektive Händlerpenetration zu erreichen. Gleichzeitig bezweifelt SIX Multipay aber, dass eine optimale Interchange Fee durch einseitige Verordnung von MasterCard erreicht und dadurch der Wettbewerb zwischen den Acquirer beeinflusst werden könne. […].

77. Sodann geht SIX Multipay davon aus, dass eine erfolgsneutrale Übernahme der zusätzlichen Kosten durch die Acquirer nicht möglich sein werde, weshalb diese die DIF auf die Händler abwälzen müssten.[47] In diesem Zusammenhang rechnet SIX Multipay mit einer Gesamtbelastung von über CHF […] pro Jahr zulasten der eigenen Unternehmensrechnung. […][48]. Auch sei davon auszugehen, dass die jährlichen Kartengebühren der Issuer die in der Meldung aufgeführten Herausgabe- und Verwaltungskosten zumindest teilweise zu decken vermochten.

78. Weiter hebt SIX Multipay hervor, dass das Maestro-Debitkartensystem, wie es derzeit als offenes Vierparteiensystem gehandhabt werde, grundsätzlich funktionsfähig sei. Dies zeige sich dadurch, dass seit dem Markteintritt von Aduno, B&S und Concardis im Jahre 2005 zwischen den Acquirer ein erheblicher Wettbewerb bestehe, zumal die beiden deutschen Acquirer über wesentlich grössere Transaktionsvolumina verfügten und deshalb von MasterCard bessere Konditionen für Dienstleistungen wie Processing, Clearing, Settlement oder für die geschuldeten Volume- und Brand-Fees erhielten. Die aktuelle Situation führe deshalb nicht, wie das von MasterCard vorgebracht werde, zu ungleichen Wettbewerbsbedingungen. Im Gegenteil sei es so, dass die Wettbewerbssituation unter den Maestro-Acquirer nicht über die Höhe einer Interchange Fee beeinflusst werde.

79. Allerdings sei eine geringe Investitionsbereitschaft der Issuer in Bezug auf die Verbesserung von bestehenden und das Angebot von neuen Anwendungen festzustellen. Es würden nur die absolut notwendigen Investitionen, so namentlich für die Sicherheit der Karten und deren Abwicklung getätigt. Der Konsument erhalte in der Tat ein Produkt, das nicht dem aktuellen Stand der Entwicklung entspreche und zahlreiche Funktionalitäten wie beispielsweise E-Commerce oder Contactless Payment, welche im Ausland verfügbar seien, vermissen liesse. Durch die Einführung einer optimalen Interchange Fee liesse sich die Attraktivität und Innovativität des Maestro-Debitkartensystems gegenüber anderen Zahlungsmitteln verbessern.

80. Für SIX Multipay nicht nachvollziehbar sei sodann das Argument von MasterCard, die DIF würde für sämtliche Beteiligten die notwendige Transparenz schaffen. Diese sei schon nach heutigem Stand mit einer DMIF von Null gegeben. Eine zusätzliche Transparenz lasse sich jedenfalls mit der Einführung der DIF nicht fördern. Deshalb mache es auch keinen Sinn, wenn MasterCard betone, dass bilaterale und somit von der DIF abweichende Interchange Fees nach wie vor möglich seien.

[46] Befragt wurden Aduno SA, B+S Card Service GmbH (Deutschland), Concardis (Schweiz) AG sowie SIX Multipay AG.

[47] SIX Multipay kündigte in diesem Zusammenhang an, ein neues Preismodell für die von ihr abgewickelten Maestro-Transaktionen zwecks Prüfung nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG der Wettbewerbsbehörde vorzulegen. Siehe hierzu die Meldung von SIX Multipay vom 16. März 2010 betreffend die Maestro Volume Fee und den Maestro Development Fund (Vorabklärung 22-0398).

[48] Gemäss Angaben von SIX Multipay betrug die maximale Händlerkommission im Zeitpunkt der Stellungnahme (März 2009) CHF […] und im Schnitt CHF […] pro Transaktion.

81. Ferner stünde die Aussage von MasterCard, es seien in der Schweiz vermehrt betrügerische Transaktionen festzustellen, im Widerspruch zur Realität. Die für sicherheitsrelevante Technologien (wie beispielsweise EMVI'08) notwendigen Investitionen seien – unter finanzieller Mithilfe der Issuer – auch ohne Einführung der Interchange Fee getätigt worden und weitere Verbesserungen stünden bereits in Planung.

82. Im Übrigen sei SIX Multipay von MasterCard abhängig. Wegen dem vollumfänglichen Verzicht auf das frühere nationale ec-System und den Anschluss an das Maestro-Debitkartensystem könne sich SIX Multipay […] der Einführung der DIF nicht widersetzen. […].

A.4.5.2.3 Standpunkte von anderen Betreibern von Debitkartensystemen[49]

83. Visa Europe begrüsst ebenfalls die Einführung einer Interchange Fee bei Vierparteiensysteme und erachtet diese als notwendig, stellt aber den von MasterCard geplanten Zeitpunkt der Einführung einer DIF in Frage. […]. Maestro sei bis anhin keinem Wettbewerbsdruck ausgesetzt gewesen. Der Markteintritt von Visa durch V PAY würde dagegen MasterCard zu Innovationen wie zum Beispiel kontaktfreies Zahlen zwingen.

84. Sodann bringt Visa vor, im Gegensatz zur gemeldeten DMIF für das V PAY-System, das immerhin auf denjenigen Kostenprinzipien beruhe, welche im EU-Freistellungsentscheid von 2002 sowie in der einschlägigen Praxis der Schweizer Wettbewerbsbehörden im Bereich der Kredit- und Debitkarten dargelegt worden seien, würde sich die DIF für das Maestro-System gerade nicht auf solche Regeln stützen.

85. Kritisiert werden auch die Aussagen von MasterCard zur Marktstellung von Visa. So gäbe es gerade keine Anzeichen dafür, dass die Banken in der Schweiz rasch auf V PAY ausweichen könnten, zumal das V PAY-System noch gar nicht lanciert worden sei. Diesbezüglich versuche MasterCard lediglich, ihre eigene Marktstellung im Debitkartensegment herunterzuspielen. Für Visa sei auch unklar, wie bei der aktuellen Marktsituation durch die Einführung einer DIF die Wettbewerbsintensität im Schweizer Acquiring massgeblich verbessert werden könne. Anders sehe dies bei V PAY aus, wo die Einführung aber zur einer echten Belebung des Wettbewerbs im Acquiring führe.

86. Auch positiv zur Einführung einer DIF äussert sich die Schweizerische Post: Diese erleichtere im Sinne eine übergeordneten Regelung den Marktzutritt von neuen Issuer, welche sonst nicht als gleichberechtige Marktteilnehmer auftreten und verhandeln könnten. Die Post verweist in diesem Zusammenhang auf ihre Erfahrungen im Bereich der Kreditkarten, wonach die Kosten des Issuing sich allein aus den Kartengebühren nicht hätten decken lassen und ein Markteintritt ohne Interchange Fess kaum in Frage gekommen wäre.[50]

87. Ähnlich sieht die Schweizerische Post die Situation für die Acquirer: Müssten Markteinsteiger die Interchange Fee mit etablierten Issuer aushandeln, wären diese kaum in der Lage, ihren Kunden eine attraktive MSC anzubieten und gleichzeitig kostendeckend zu arbeiten. Die DIF würde deshalb einen Markteintritt sowohl auf Seiten des Issuing als auch des Acquiring erleichtern und dadurch den Wettbewerb intensivieren.

88. Die Genehmigung einer Interchange Fee ausschliesslich für V PAY würde sodann einen massiven Wettbewerbsnachteil zulasten des Maestro-Systems darstellen. Die Einführung einer DIF für Maestro sei MasterCard somit ebenfalls zu gestatten, um den Wettbewerb zwischen den beiden Systemen zu intensivieren.

A.4.5.2.4 Standpunkte des Handels[51]

89. Der Handel erachtet die Einführung einer Interchange Fee als kartellrechtlich problematisch. Gemäss VEZ stellt die bewusste und gewollte Mitwirkung sämtlicher Acquirer und Issuer an der Einführung der DIF zumindest eine abgestimmte Verhaltensweise dar. Gleichzeitig könne die Einführung auch als vertikale Abrede zwischen MasterCard und den Issuer respektive Acquirer qualifiziert werden. Da die DIF als Preisbestandteil gelte, sei eine Anwendbarkeit von Art. 5 Abs. 4 KG nicht ausgeschlossen.

90. Darüber hinaus weise der Umstand, dass MasterCard einseitig eine DIF vorschreiben könne, auf eine alleinige marktbeherrschende Stellung von MasterCard respektive auf eine kollektiv marktbeherrschende Stellung von MasterCard und Visa hin. Die Stellung werde durch das Erzwingen unangemessener Preise oder sonstiger Geschäftsbedingungen missbraucht, was zu einem enormen volkswirtschaftlichen Schaden führe, da ein internationales Kartensystem wie Maestro mangels Konkurrenz in der Schweiz keinem wirksamen Wettbewerb ausgesetzt sei und deshalb MasterCard eine Monopolrente generieren könne. Diese Monopolrente werde durch Erhöhung der Lizenzgebühren bei den Issuer abgeschöpft. Über die Einführung der DIF für Maestro würden sich diese schadlos halten.

91. Weiter hält der VEZ in seiner Stellungnahme fest, dass aufgrund der hohen Konzentration der Anbieter, der Sättigungstendenzen im Debitkartenbereich (rund 7 Mio. Debitkarten im Einsatz) sowie der gegenseitigen (finanziellen) Verflechtungen zwischen Issuer und Acquirer von einem schwachen Wettbewerb unter den Issuer auszugehen sei. Der schwache Wettbewerb sei dabei auch auf das „Dual Branding" und damit den fehlenden Interbrand-Wettbewerb zurückzuführen.

[49] Befragt wurden Migrosbank, Schweizerische Post sowie Visa Europe.

[50] Gemäss der Post sei die Situation sodann auch vergleichbar mit derjenigen der Einführung von SEPA Direct Debit. Hier sehe das dazugehörige Regelwerk ebenfalls ein Multilateral Balancing Payment vor, welches zumindest teilweise einen ähnlichen Zweck verfolge.

[51] Befragt wurden VEZ und EV.

92. Dass eine DIF letztlich nur den Issuer zum Vorteil gereiche und zwischen den Acquirer kein eigentlicher Wettbewerb stattfinde, zeige sich insbesondere daran, dass Interchange Fees von den Acquirer in Form höherer Gebühren auf die Händler überwälzt würden, während eine Überwälzung auf den Kunden durch den Handel infolge stärkeren Wettbewerbs nur eingeschränkt möglich sei. Zudem sei für den Händler eine Preisdifferenzierung zwischen Barzahlung und Debitkarte nicht möglich, da Debitkarten von den Kunden mittlerweile als nationales Zahlungsmittel betrachtet würden.

93. Weiter führt der VEZ aus, die Maestro-Debitkarte sei ein Instrument der Kundenbeziehung und diene nur sekundär dem Zahlungsverkehr am POS. Entsprechend müssten bei der Kostenkalkulation auch Zusatzeinnahmen wie Kontogebühren, Zinseinnahmen etc. mitberücksichtigt werden. Zudem seien auch die Einsparungen der Issuer (Wegfall Schalterpersonal, Geldausgabeautomaten, Delkredere-Risiko etc.) einzukalkulieren.

94. Der Aussage von MasterCard, wonach die Einführung einer DIF Effizienzvorteile aufweise, da der Zahlungsprozess dadurch in keiner Art und Weise verändert werde, wird vom VEZ widersprochen: Effizienzen im Sinne von Rechtfertigungsgründen seien nur dann gegeben, wenn der Karteninhaber die höheren Kosten für zusätzliche Leistungen oder Produktverbesserungen zu tragen habe, was beim vorliegenden Projekt gerade nicht der Fall sei. Im Übrigen könnten die in der Meldung aufgeführten Innovationen auch ohne Einführung einer DIF erfolgen, da sie letztlich im Interesse des Karteninhabers stünden und eine erfolgreiche Marktentwicklung von Maestro in der Schweiz auch ohne Interchange Fee stattgefunden habe.

95. Laut VEZ würden die von MasterCard geplanten Innovationen vom Handel letztlich gar nicht gewünscht, da diese nicht dem heutigen ep2 Standard[52] entsprächen, welcher zwischen den Acquirer und dem Handel entwickelt worden sei.

96. Seit der Einführung von EFT/POS[53] in der Schweiz habe der Handel einen erheblichen Beitrag an das Maestro-System geleistet. Namentlich die Infrastruktur am Verkaufspunkt sei vom Handel bisher unentgeltlich zur Verfügung gestellt worden. Dies im Unterschied zu anderen europäischen Ländern, wo die Banken die Infrastruktur zur Verfügung stellten und auch finanzieren würden. Dadurch habe der Handel wesentlich zur Förderung des Maestro-Systems beigetragen und dieses zu einem eigentlichen Volkszahlungsmittel gemacht. Durch die Anbindung der Verkaufspunkte an den elektronischen Zahlungsverkehr hätten auch die Banken in den letzten Jahrzehnten erheblich profitiert: Durch den Verzicht auf Filialen und Personal hätten diese massive Einsparungen realisieren können.

97. Mit ep2 verfüge die bestehende EFT/POS-Infrastruktur über einen sehr hohen Sicherheitsstandard, welcher die Ausfallwahrscheinlichkeit für die Kartenanbieter beträchtlich reduziere. In diesem Sinne würden die von MasterCard erwähnten Innovationen hinsichtlich der Betrugssicherheit (EMV-Chip, PIN-Technologie, SEPA-Konformität) bereits seit mehreren Jahren durch den ep2-Standard abgedeckt. Letzterer erfülle sogar die neuesten Sicherheitsanforderungen und sei auch SEPA-konform. Der Handel zahle die dadurch entstehenden Entwicklungskosten über den Preis der POS-Terminals.

98. Sodann sei eine Gesamtkosten-, respektive Nutzenrechnung für das ganze Maestro-Debitsystem anzustellen. Zu den Kosten der Issuer seien auch die Kosten des Handels für die Zurverfügungstellung der ganzen EFT/POS-Infrastruktur hinzuzufügen. Den Kosten der kartenherausgebenden Banken seien auch die Einnahmen entgegenzustellen. Diese Einnahmen würden sich zum einen aus der Jahresgebühr für die Maestro-Debitkarte selbst, aber auch aus anderen Einnahmequellen ergeben, welche direkt mit dem Gebrauch der Debitkarten zusammenhängen würden, so namentlich die Kontogebühren, Währungsgewinne, Gebühren für Bargeldbezüge im Ausland, Kommission für Auslandtransaktionen, Zinsgeschäfte auf dem Bodensatz der Maestro-Konten, Valutagewinne etc. Zudem hätten die Banken dank der grossen Verbreitung der Maestro-Debitkarten auch Einsparungen gehabt wie beispielsweise rückgängig IT-Kosten, Kosteneinsparungen durch höhere Sicherheitsstandards und Verminderung des Zahlungsausfalles etc.

99. Das Maestro-System habe sich in den letzten Jahren zu einem günstigen und beliebten Volkszahlungsmittel entwickelt. Dieses habe im Jahre 2009 ca. 22 % des gesamten schweizerischen Detailhandelsumsatzes abgedeckt. Die volkswirtschaftliche Bedeutung von Maestro lasse sich auch an der Zunahme der Anzahl Transaktionen (+132 %), des Umsatzvolumens (+112 %) und des Kartenbestandes (+61 %) für den Zeitraum von 2000 bis 2009 belegen. Demgegenüber habe der Detailhandelsumsatz im gleichen Zeitraum nur um 15 % zugenommen.

100. Als Benchmark kann gemäss VEZ auf das System der Postfinance Card verwiesen werden. Danach sei die Kostenbasis und –struktur dieses Systems im 2008 vom Preisüberwacher geprüft worden. Gestützt auf diese Überprüfung habe die Post eine Senkung veranlasst, welche aktuell zu einer Transaktionsgebühr [Merchant Service Charge] zwischen 5 und 23 Rappen pro Transaktion führe. Damit würden aber nicht nur die Acquiringgebühren der Post gedeckt, sondern auch sämtliche Weiterentwicklungskosten. Im Vergleich dazu sei die aktuelle Maestro-Transaktionsgebühr etwas höher und liege zwischen 8 und 30 Rappen pro Transaktion.

101. Weiter könne eine signifikante Verlagerung vom Bargeld zum elektronischen Zahlungsverkehr festgestellt werden. Während dem die Anzahl Bezüge (+ 24 %) und

[52] Über ep2: „Mit dem ep2 Standard wird die gesamte EFT/POS-Infrastruktur von Kredit- und Debitkarten Terminals sowie von Verkaufsautomaten in der Schweiz definiert. Das Resultat ist ein offenes System, welches auf internationalen Standards (beispielsweise EMV) und Empfehlungen der Zahlkartenindustrie beruht. Der ep2 Standard wurde am 31. Mai 2003 eingeführt und erfüllt alle Anforderungen eines modernen, bargeldlosen Zahlungsinstruments“, auf (zuletzt besucht am 18.5.2011): http://www.eftpos2000.ch/website/cms/front_content.php?idcat=3&lang=1.

[53] Die Abkürzung EFT/POS bedeutet Electronic Funds Transfer at the Point of Sale und wird in Fachkreisen in Zusammenhang mit der Infrastruktur (Kartenterminals, Kassensysteme) am Verkaufspunkt des Händlers verwendet.

das Volumen (+1,7 %) am Geldautomaten (Bancomat und Postomat) zwischen 2000 und 2009 nur ein marginales Wachstum verzeichneten, sei der Zuwachs bei den Zahlungen am POS namhaft.

102. Als wichtig erachtet der Handel auch den Vergleich der Gebühren der beiden Debitkartensystemen Maestro und PostFinance Card. Zwar anerkennt der Handel, dass die PostFinance Card im Gegensatz zur Maestro-Debitkarte nicht an Verkaufspunkten im Ausland einsetzbar ist. Dennoch könne das erheblich kleinere Debitkartensystem von Postfinance auf der Grundlage der bisherigen MSC finanziert werden. Diese betrage je nach Händler zwischen 5 und 23 Rappen pro Transaktion. Demgegenüber sei die MSC bei Maestro höher und liege bereits heute zwischen 8 und 30 Rappen pro Transaktion. Werde nun zusätzlich eine Interchange Fee eingeführt, verteuere dies das Maestro-System für den Händler beträchtlich. Da die Maestro-Debitkarte zugleich auch den Zugang zum Bankkonto garantiere, könne der Handel nicht auf die PostFinance Card ausweichen. Die Einführung einer DIF für Maestro führe deshalb beim einzelnen Händler zu einer Verteuerung zwischen […] % und belaste die Schweizer Volkswirtschaft mit ca. CHF […] pro Jahr.

103. Letztlich hält der Handel fest, dass die Marktverhältnisse in der Schweiz sich anders präsentieren würden als im Ausland und ein direkter Vergleich nicht sachgerecht sei. Anders als in vielen Ländern bestehe in der Schweiz seit dem Wechsel von ec-Direct zu Maestro kein nationales Debitsystem mehr. Demgegenüber würden europäische Länder wie Norwegen (Bankaxept), Finnland (Luottokunta), Niederlanden (PIN) und Dänemark (Dankort) günstige nationale Debitkartensysteme kennen, welche ebenfalls ohne Interchange Fees funktionierten. In diesen Ländern sei der Anteil an Maestro-Debitkarten sehr gering und MasterCard müsse deshalb die Gebühren der eigenen Produkte den nationalen Systemen anpassen, was für einen intakten Wettbewerb sorge. In der Schweiz fehle aber ein zweiter Anbieter mit einer vergleichbaren Karte wie Maestro. Zudem könne beim Handel ein Wechsel zu einem anderen Anbieter weder kurz- noch mittelfristig erfolgen.

104. Der VEZ kommt deshalb zur Ansicht, dass MasterCard über eine monopolähnliche Stellung im schweizerischen Debitkartenmarkt verfüge und diese missbrauche, um unangemessene Preie zu erzwingen.

105. Die EV hat sich vollumfänglich den Argumenten des VEZ angeschlossen. Sie hebt zudem hervor, dass es sich in Anbetracht des zeitlich kongruenten Vorgehens von Visa und MasterCard um ein koordiniertes Verhalten handeln könnte, welches die Schaffung eines „fait accompli“ bezwecke.

A.5 Das für die Schweiz geplante Debit MasterCard-System

A.5.1 Geplante Einführung von Debit MasterCard in der Schweiz

106. Im Zeitpunkt der Meldung war die Einführung von Debit MasterCard mit einer DIF für den 1. Oktober 2010 geplant. Ab diesem Zeitpunkt sollten interessierte Issuer in der Schweiz diese Debitkarte herausgeben können.

107. Nach Aussage von MasterCard ist die Debit MasterCard weltweit bereits in mehreren Regionen (USA, Lateinamerika, Australien, Asien/Pazifik) verfügbar. In Europa wurde sie erst vor Kurzem eingeführt: Im Jahre 2008 wurde das Produkt erstmals im Vereinigten Königreich und in Finnland lanciert. 2009 erfolgte die Markteinführung in Polen, Irland und Dänemark. Neben der Schweiz sollte die Debit MasterCard im Jahre 2010 auch in Norwegen und Schweden eingeführt werden.

108. Gemäss der Zahlungsorganisation soll das neue Produkt die in Europa etablierte Debitkarte „Maestro“ ergänzen. Im Unterschied zur Maestro-Debitkarte, welche auf einer eigenen Plattform basiert, werden die Transaktionen der Debit MasterCard über die Produktplattform von MasterCard, über welche auch die Transaktionen der MasterCard-Kreditkarte laufen, verarbeitet.

109. Trotz den in mancherlei Hinsicht ähnlichen Eigenschaften soll sich die Debit MasterCard von der Maestro-Debitkarte dadurch unterscheiden, dass sie über gewisse Charakteristiken einer MasterCard-Kreditkarte verfügt und damit den kartenherausgebenden Unternehmen mehr Wahlmöglichkeiten bezüglich der Produktgestaltung zur Verfügung stellen soll[54].

110. Gemäss MasterCard lässt sich die Debit MasterCard durch die folgenden Charakteristiken beschreiben:

- Im Unterschied zu Maestro ist es nicht nötig, dass die Debit MasterCard mit einem Konto einer kartenherausgebenden Bank verbunden ist. Die Transaktion kann einem beliebigen Konto – z.B. mittels Lastschriftverfahren oder Debit Direct auch bei einer Fremdbank oder bei der Schweizerischen Post – belastet werden. Der Karteninhaber kann sogar unabhängig von einem Bank- oder Postkonto über ein vorfinanziertes Kartenkonto (Prepaid) verfügen. Dadurch können auch Unternehmen, die keine Bankdienstleistungen anbieten, das Produkt Debit MasterCard emittieren (analog Kreditkarten) und der Karteninhaber kann das Produkt auch unabhängig von seiner Bankverbindung beziehen.
- Bei der Debit MasterCard erfolgt die Karteninhabererkennung entweder durch eine PIN-Eingabe oder durch die Unterschrift des Karteninhabers (ähnlich der heutigen Kreditkarten). Eine Verwendung der Debit MasterCard ist deshalb auch dann möglich, wenn die elektronische Verbindung zwischen dem Händler und dem Acquirer ausnahmsweise nicht funktioniert. Demgegenüber ist die Maestro-Debitkarte ein sicherheitsorientiertes, online-autorisiertes und ausschliesslich PIN-basiertes Produkt. Entfällt die Verbindung zwischen Händler und Acquirer, kann der Karteninhaber keine Transaktion durchführen.

[54] Siehe Beilage „Comparison Debit MasterCard to Maestro and MasterCard (credit)“ (Folie 5 der Präsentation von MasterCard vom 25. Januar 2010 beim Sekretariat).

- Im Gegensatz zur Maestro-Debitkarte werden die Transaktionen der Debit MasterCard nicht direkt dem Konto des Karteninhabers, sondern innerhalb einer kurzen Zeitspanne von bis zu drei Tagen belastet. Die Debit MasterCard gewährt dem Karteninhaber jedoch weder eine monatlich konsolidierte Belastung, noch eine zusätzliche Zahlungsfrist nach Erhalt der Rechnung. Der Karteninhaber erhält auch keine zinsfreie Nachfrist. In dieser Hinsicht unterscheidet sich das neue Produkt von den typischen Eigenschaften einer Kreditkarte.
- Die Akzeptanz der Debit MasterCard ist wesentlich grösser, da das Logo von MasterCard weltweit und auch in der Schweiz von mehr Händlern akzeptiert wird als dasjenige von der Maestro-Debitkarte.
- Durch die Verbindung mit einem Karteninhaber-Prüfcode (sogenannter Cardholder-Verification-Code) auf der Rückseite lässt sich die Debit MasterCard sodann mit einer Vielzahl von On- und Offline-Transaktionsarten verwenden. Den Karteninhabern werden dadurch auch Verkaufskanäle (Telefon- und Versandhandel, E-commerce) zugänglich, welche bisher nur den Besitzern von Kreditkarten vorbehalten waren.
- Neben den eigentlichen Funktionen wie Zahlung am POS oder Bargeldbezug am Geldausgabeautomaten besteht neu auch die Gelegenheit, beim Händler Bargeld zu beziehen (Purchase-with-Cashback), der Rückerstattung eines Betrages durch den Händler in einem grösseren Umfang als des ursprünglichen Transaktionsbetrages und der Geldüberweisung von Karte zu Karte. Möglich ist auch das Abweichen vom autorisierten Transaktionsbetrag zwecks Gewährung von Trinkgeldern oder anderen Zuschlägen.
- Das Produkt kann als Co-Branding in einer Partnerschaft mit Dritten herausgegeben werden. Bei solchen Partnern kann es sich um grosse Handelsgesellschaften oder Fluggesellschaften handeln. Auch kann das Produkt gemeinsam vermarktet werden, allenfalls zusätzlich mit einem Bonus- oder Kundenbindungsprogramm, welches durch den Issuer und/oder durch den Partner des Co-Branding finanziert wird.
- Zusätzlich zu den Kundenbindungsprogrammen hat der Issuer die Möglichkeit, unterschiedliche Versionen einer Debit MasterCard wie z.B. eine Standard- und eine Gold-Karte herauszugeben. Dies erlaubt dem Issuer, dem Karteninhaber erweiterte Dienstleistungen anzubieten und dessen Loyalität zu gewinnen. Insbesondere kann ein Issuer, der schon mit MasterCard arbeitet, seine eigenen und auch die Gold-Dienst-leistungen von MasterCard (Concierge-Dienste, Help-Lines, Versicherungen etc.) ausbauen, indem er ein weiteres Premium-Produkt anbietet.
- Debit MasterCard kann auch mit einem PayPass-Chip ausgestellt werden. Dabei handelt es sich um eine kontaktlose Chip-Technologie, welche eine bequeme und schnellere Zahlung von niedrigen Beträgen an einem POS ohne PIN oder Unterschrift ermöglicht sowie den Zugang zu öffentlichen Verkehrsmitteln, Skiliften, Sportstadien und verschiedenen Veranstaltungen erleichtert.
- MasterCard bietet das inControl-System an, welches den Issuer und Karteninhabern die Möglichkeit gibt, die Debit MasterCard ihren Bedürfnissen anzupassen. Über eine Webschnittstelle können Karteninhaber mehrere Nutzungsparameter definieren, z.B. einen Höchstbetrag pro Tag, Woche oder für eine andere Zeitperiode, Gesamtausgabelimiten, Ausgabelimiten pro Handelskategorie, Limiten nach geographischen Regionen oder sie können ausgewählte SMS-Warnungen festlegen. Diese einzigartige Plattform erlaubt den Karteninhabern, die Nutzung der Karte effizient zu verwalten and sie gewährt den Karteninhabern einen besseren Überblick und eine erhöhte Transparenz in Bezug auf ihre Ausgaben.

111. Nach eigener Aussage hat sich MasterCard für eine Strategie mit zwei Produktplattformen entschieden, welche die Maestro- und MasterCard-Produkte parallel unterstützen. Dadurch soll den Issuern eine breite Palette an Kartenprodukten zur Auswahl stehen. Zudem können diese bei Debit MasterCard aus verschiedenen Funktionalitäten auswählen, um das Kartenprodukt entsprechend zu ergänzen. Insofern hängt die Produktdifferenzierung namentlich gegenüber der Maestro-Debitkarte von den Präferenzen des einzelnen Issuers bei den Funktionalitäten ab.

A.5.2 Festlegung der geplanten DIF für Debit MasterCard

112. Die Regeln über das Debitkartensystem Debit MasterCard sowie über die Festsetzung von Domestic Interchange Fees sind im Handbuch „MasterCard Rules“ enthalten. Danach wird die DIF von MasterCard als Systembetreiberin festgesetzt. Solche standardisierten Gebühren kommen dann zur Anwendung, wenn keine bilateralen Interchange Fees zwischen den Lizenznehmern vereinbart worden sind.[55] Eine bilateral vereinbarte Interchange Fee hat somit gegenüber der DIF Vorrang.[56] Demgegenüber ist eine multilateral vereinbarte DIF nach den aktuellen Regeln nicht mehr zulässig.

113. Bereits im Rahmen der Restrukturierung von MasterCard im Jahre 2006 wurden die Kompetenzen zur Definition sämtlicher globaler, intraregionaler und inländischer Fallback Interchange Fees, zur Festlegung deren Höhe sowie zur Bestimmung der Vorgehensweisen und Abläufe bei der Festsetzung und Verwaltung von Interchange Fees vom Board of Directors an den Präsidenten und CEO von MasterCard Inc. oder an dessen Beauftragen delegiert.[57] Dieser kann auch alle weiteren Entscheidungen treffen, die für die Handhabung der

[55] MasterCard Rules, Section 9.4 und 9.5.
[56] MasterCard, Meldung vom 1. März 2010, S. 22.
[57] MasterCard, Meldung vom 1. März 2010, S. 23.

Interchange Fees nötig oder förderlich sind. Die Befugnisse beinhalten auch das Recht, Lizenznehmern von MasterCard in einem bestimmten Land zu erlauben, Interchange Fees und deren Festlegung selbst zu bestimmen.[58] Für das Gebiet der Schweiz liegt keine entsprechende Entscheidung vor.

114. Betreffend die intraregionalen und inländischen Interchange Fees in Europa wurden die Befugnisse zur Festlegung an den President Global Markets von MasterCard Worldwide delegiert. Im Zuge dieser Ermächtigung hat der President Global Markets am 1. Februar 2010 für inländische Debit MasterCard-Transaktionen die folgenden DIF für Verkaufsstellen, gültig ab 1. Oktober 2010, festgelegt:

[**Tabelle 4**: Inländische DIF für die Schweiz (Verkaufsstellen): Geschäftsgeheimnis]

115. [Festlegung der DIF: Geschäftsgeheimnis].

116. [Wert der DIF: Geschäftsgeheimnis].

117. Da die Debit MasterCard auch für das Aufladen von Mobiltelefonen über Geldautomaten genutzt werden kann, wurden von MasterCard die folgenden Gebühren festgelegt:

[**Tabelle 5**: Inländische DIF für die Schweiz (Aufladen von Mobiltelefonen): Geschäftsgeheimnis]

118. Gemäss MasterCard wurde die geplante DIF so kalkuliert, dass der Nutzen für alle Systemteilnehmer optimiert sein soll. […].

119. Weiter führt MasterCard aus, dass in denjenigen europäischen Ländern, in welchen die Debit MasterCard bisher eingeführt worden ist, das System ebenfalls mit einer Interchange Fee betrieben werde und der Durchschnittswert für die Schweiz zu den tieferen Werten in Europa gehöre. Die jeweilige Höhe der Durchschnittswerte wird in der folgenden Tabelle aufgeführt:

[**Tabelle 6**: Durchschnittliche inländische Interchange Fee für Debit MasterCard in EU-Ländern: Geschäftsgeheimnis]

A.5.3 Standpunkte von MasterCard und anderen Marktteilnehmern betreffend die Einführung der DIF für Debit MasterCard

A.5.3.1 Standpunkte von MasterCard

120. Zur Begründung der Notwendigkeit einer DIF für Debit MasterCard verweist MasterCard hauptsächlich auf die Markteinführung: Ein Markteintritt sei nicht möglich, wenn die Issuer zur Aufrechterhaltung eines angemessenen Geschäftsnutzens keine Einnahmen aus der DIF erzielen könnten. Ohne DIF würden diese die Debit MasterCard kaum in ihr Produkteportfolio aufnehmen. Erst recht würden die Issuer kein Produkt anbieten wollen, das vom Bankkonto abgekoppelt ist und sich somit nicht durch Kontoführungsgebühren quersubventionieren lässt.

121. Weiter bringt MasterCard vor, die DIF diene auch der Optimierung des ganzen Debitkartensystems, indem die Nachfrage der Karteninhaber und die Nachfrage der Händler durch eine Beteiligung der Issuer an der MSC der Acquirer ausgeglichen würden. Dieses System enthalte für beide Seiten die nötigen finanziellen Anreize, Produkte und Dienstleistungen gegenüber Händlern und den Karteninhabern so auszugestalten, dass die Zahl der sich im Umlauf befindlichen Karten und der getätigten Transaktionen maximiert und damit die Effizienz des Systems gesteigert werde.

122. Werde eine Interchange Fee zu tief oder bei Null angesetzt, so habe dies zwar eine Ausweitung der Nachfrager bei den Händlern zur Folge. Gleichzeitig seien aber für die Banken kaum Anreize vorhanden, die von den Kunden nachgefragten Karten zu einem Preis anzubieten, welchen diese zu zahlen bereit seien. Umgekehrt würden bei zu hohen Interchange Fees Händler die Karten nur widerwillig oder gar nicht und statt dessen andere Zahlungsmittel akzeptieren. Langfristig würde deshalb ein Ungleichgewicht eintreten.

123. Die Interchange Fee sei sodann keine direkte Entschädigung für spezifische Kosten oder Dienstleistungen der Issuer, sondern diene lediglich als Anreiz, die beträchtlichen Investitionen in neue Zahlkartenprodukte, Sicherheit und Technologie sowie in die Betriebskosten (Kartenproduktion und -vertrieb, Kundenwerbung, Risikobeurteilung, Rechnungsstellung, Verwaltung etc.), zu tragen. Demgegenüber erwirtschafte die Acquiring-Seite aus der MSC erhebliche Einnahmen, denen keine vergleichbaren Kosten entgegenstünden. Dieses Kostenungleichgewicht sei deshalb durch die Interchange Fee auszugleichen.

A.5.3.2 Standpunkte von anderen Marktteilnehmern

124. Im Folgenden werden die Stellungnahmen einer Auswahl von anderen Marktbeteiligten zusammengefasst wiedergegeben. Wo nötig wird auf einzelne Stellungnahmen Bezug genommen.

A.5.3.2.1 Standpunkte der Issuer[59]

125. Für die befragten Issuer stellt die Debit MasterCard nur insofern ein neues Produkt dar, als damit bestimmte Funktionalitäten, welche bisher entweder nur der Kreditkarte oder nur der klassischen Debitkarte zu eigen waren, neu auf einer Karte vereint werden. Von einer eigentlichen technischen Innovation könne aber nicht gesprochen werden, wie dies von MasterCard hervorgehoben werde. So würden heute Kreditkarten auch als Debit- oder als Prepaidkarte herausgegeben[60], was die Positionierung der Debit MasterCard im Markt erschwere.

126. Anders als die Kreditkarte gewähre die Debit MasterCard nicht eine eigentliche „pay later“-Funktion, d.h. Abrechnung (clearing) und Abwicklung (settlement) erfolgten innerhalb von nur zwei Arbeitstagen. Zudem enthalte die Debit MasterCard auch keine Kreditfunktion, weshalb sie zu den klassischen Debitkartenprodukten („pay now“) zu zählen sei.

[58] MasterCard, Meldung vom 1. März 2010, S. 23.

[59] Befragt wurden Cornèr Banca SA, GE Money Bank AG, Swiss Bankers Prepaid Services AG, Viseca Card Services AG, Credit Suisse AG, Migrosbank AG, Bank Coop AG, UBS AG, der Verband Schweizerischer Kantonalbanken, Raiffeisen Schweiz Genossenschaft, RBA Holding AG, Verband der Auslandbanken in der Schweiz und die Vereinigung Schweizerischer Privatbankiers.

[60] Vgl. z.B. „Prepaid-MasterCard“ der Viseca Card Services AG oder “CornèrCard Reload” (Visa) von Cornèr Banca SA.

127. Insbesondere die folgenden Eigenschaften der neuen Debit MasterCard erachten die Issuer als positiv:

- die Unabhängigkeit von einem Bankkonto, was den Vertrieb durch Nichtbanken erlaube;
- die dank E-Commerce (Abwicklung von Distanzgeschäften per Internet), Telefon oder Telefax verbesserten Einsatzmöglichkeiten und dadurch eine breitere Akzeptanz der Debit MasterCard gegenüber der Maestro-Debitkarte;
- die Möglichkeit eines Co-Branding, was vor allem für den Handel attraktiv sein könne
- und die Funktion PayPass, welche die Verarbeitungszeit am POS im Interesse von Karteninhaber und Handel verkürze.

128. Diese Eigenschaften waren bisher lediglich bei den Kreditkarten vorhanden, soweit die Kartenherausgeber diese unterstützten. Die gleichen oder ähnliche Eigenschaften könnten gemäss den befragten Issuer jedoch auch auf der bestehenden Maestro-Debitkarte implementiert werden. Da das Maestro-System in der Schweiz aber ohne Interchange Fee auskommen müsse, hätten die Issuer mangels wirtschaftlicher Anreize bisher auf eine Implementierung verzichtet.

129. Als negatives Kriterium wird dagegen von den meisten Issuern das erhöhte Ausfallrisiko genannt. Dadurch, dass die Debit MasterCard eine Offline-Autorisierung erlaube, bestünde für die Issuer ein erhebliche Risiko, insbesondere wenn die Forderung im Zeitpunkt der Belastung beim Karteninhaber nicht gedeckt sei. Eine online-Prüfung des Guthabens eines Karteninhabers sei aber für eine Debitkarte zentral.

130. Ebenso wird von vielen Issuer in Frage gestellt, ob und inwiefern die Karteninhaber überhaupt von der Funktion InControl profitierten. In diesem Zusammenhang weist ein Issuer auf den Umstand hin, dass gewisse Funktionalitäten wie z.B. InControl nur dann den Kunden angeboten werden könnten, wenn für das Issuing-Processing ein Wechsel auf die Verarbeitungsplattform von MasterCard erfolge.

131. Die Mehrheit der Issuer erachtet die Einführung einer Interchange Fee für die Herausgabe der Debit MasterCard und für deren effizienten Betrieb als unerlässlich, um mit diesem Produkt auch längerfristig marktfähig bleiben zu können. Ohne Interchange Fee entstünden für die Issuer keine wirtschaftlichen Anreize, die im Vergleich zu Maestro höheren Betriebs- und Risikokosten zu übernehmen. Eine kritische Masse könne ohne Interchange Fee kaum im Markt erreicht werden, ohne dass die Kosten unter allen am Zahlungsprozess beteiligten involvierten Parteien aufgeteilt würden. Von zentraler Bedeutung sei dabei vor allem auch die Zahlungsgarantie, welche der Issuer gegenüber dem Handel abgebe. Ein Issuer erwähnt in diesem Zusammenhang zusätzlich, dass durch eine bessere Produkterentabilität aufgrund der DIF auch der Wettbewerb über die Investitionen gefördert werden könne.

132. Ein Teil der Issuer hält eine rasche Ablösung von Maestro durch Debit MasterCard nur dann für realistisch, wenn die DIF für das neue Debitkartensystem genügend hoch sei und das Maestro-System weiterhin ohne Interchange Fee auskommen müsse. Insbesondere müsse die DIF ausreichend sein, um die hohen Kosten für eine Umstellung ganz oder zumindest teilweise zu decken. Ohne einen genügenden Deckungsbeitrag bleibe das Interesse an einem Austausch eher gering, zumal sich das bisherige Maestro-System bewährt habe.

133. Andere Issuer bezweifeln eher, dass es zu einem plötzlichen Austausch der Kartenbestände komme. Ein solcher sei selbst dann nicht wirklichkeitsnah, wenn Maestro weiterhin ohne DIF funktioniere. Zu unterschiedlich seien die Produkteigenschaften zwischen Maestro und Debit MasterCard, weshalb das neue Produkt eher eine Ergänzung im Kartenportfolio eines Issuers darstelle, als dass es zu einem Markenwechsel komme.

134. Bezüglich Wettbewerb unter den Zahlkartenprodukten äussern die Issuer die Ansicht, dass künftige technische Innovationen und auch Kombinationen von bereits bestehenden Produkten den Wettbewerb auf den Zahlkartenmärkten generell intensivierten, indem sie dem Issuer erlaubten, Produkte im Kartenportfolio differenziert zu positionieren und damit unterschiedliche Kundenbedürfnisse abzudecken.

135. Im vorliegenden Fall wird insbesondere die fehlende Bindung zum Bankkonto als grosser Vorteil gegenüber der Maestro-Debitkarte genannt. Dies erlaube auch Nichtbanken (z.B. Detailhändler), als Drittanbieter in den Markt einzutreten, was den Intrabrand-Wettbewerb auf der Issuing-Seite erhöhen könne. Weiter sei auch die Möglichkeit von E-Commerce sowie die höhere Dichte des Akzeptanzstellennetzes für die Debit MasterCard ein Vorzug. Aufgrund der kombinierten Eigenschaften von Debit MasterCard sei deshalb eine stärkere Konkurrenzierung der Kreditkarten- und der klassischen Debitkartenprodukte zu erwarten.

136. Vereinzelte Issuer haben auch Kritik am Vorhaben MasterCards geäussert. So haben mindestens zwei Issuer in ihren Stellungnahme die Ansicht vertreten, der Zahlkartenmarkt in der Schweiz könne mit einer Verteilung von 1,25 Debitkarten und 0,75 Kreditkarten pro erwachsene Person als gesättigt betrachtet werden und es bestünde kein Bedarf mehr an einem zusätzlichen Produkt, zumal die wesentlichen Eigenschaften wie z.B. die Entkoppelung von einem Bankkonto oder die Möglichkeit von E-Commerce schon heute über die Kreditkarten genutzt werden könnten.

137. Von wesentlicher Bedeutung für die Issuer ist insbesondere die „Honor all Cards-Rule“ (HACR), welche dem Händler eine Differenzierung nach Aussteller einer Zahlkarte verbietet. Nach Ansicht der Issuer dürfe es für den Händler keine Rolle spielen, von welchem Issuer die Debit MasterCard herausgegeben worden sei. Ein Karteninhaber müsse darauf vertrauen können, dass seine Karte am Verkaufspunkt mit entsprechendem Signet vorbehaltlos akzeptiert werde. Dennoch sollten die Händler zwischen verschiedenen Produkten desselben Kartenanbieters (z.B. von MasterCard oder von Visa) frei wählen können, weshalb eine HACR über verschiedene Produkte derselben Zahlungsorganisation nicht sinnvoll sei. Händler, welche bereits Maestro akzeptierten und sich die Annahme von Debit MasterCard überlegen würden, sollten nicht zusätzlich und gegen ihren Willen die Kreditkarte von MasterCard akzeptieren müssen, nur

weil die Debit MasterCard mit der gleichen Handelsmarke vertrieben werde wie die Kreditkarte. Die Aussage von MasterCard in der Meldung zu Debit MasterCard deute jedoch darauf hin, dass die HACR auf die verschiedenen Produkte von MasterCard, namentlich auf die MasterCard-Kreditkarte und die Debit MasterCard anwendbar sei.

138. Ein Issuer hält in diesem Zusammenhang fest, dass es für eine solche Koppelung zweier Kartenprodukte gar keine sachlichen Gründe gäbe. Zudem werde aufgrund der HACR den Acquirern verunmöglicht, mit einem Händler einen Vertrag über die Akzeptanz von Debit MasterCard abzuschliessen, wenn dieser bereits einen Vertrag über die Akzeptanz von MasterCard-Kreditkarten mit einem anderen Acquirer habe.

139. Alles in allem begrüssen die Issuer die Förderung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs und werten das wachsende Angebot grundsätzlich als positiv. Allerdings verlangt eine Mehrheit der befragten Issuer, dass die Kosten unter den Systembeteiligten, also auch dem Handel und den Karteninhabern aufgeteilt werden müssten.

A.5.3.2.2 Standpunkte der Acquirer[61]

140. Auch die befragten Acquirer bestreiten, dass es sich bei den von MasterCard in den Vordergrund gestellten Eigenschaften um technische Neuheiten handeln würde. Viel eher seien mi der Debit MasterCard verschiedene Funktionalitäten der klassischen Kredit- und Debitkarten auf einer einzigen Karte vereint worden.

141. Als wichtigste Eigenschaften der Debit MasterCard werden von den Acquirern die Entbindung vom Bankkonto und das Co-Branding genannt. Dadurch könnten auch Dritte eine Debit MasterCard emittieren und in Konkurrenz zu den etablierten Anbietern treten, wie das Beispiel der Travel Cash Karte von Swiss Bankers Prepaid Services AG[62] anschaulich zeige. Allerdings entstehe infolge des Wegfalls der Kontoverbindung und der Möglichkeit zur Durchführung von Offline-Autorisationen ein wesentlich höheres Ausfallrisiko, als dies bei der Maestro-Debitkarte der Fall sei.

142. Einige Acquirer weisen darauf hin, dass die Maestro-Debitkarte heute bis zu einem gewissen Grad mit einer Co-Branding-Funktionalität ausgestattet werden könne.[63] Auch Kundenbindungsprogramme seien mit der Maestro-Debitkarte möglich. So könnten beispielsweise mit der Maestro-STUcard der Kantonalbanken auch Bonuspunkte (sogenannte „Credits“) gesammelt werden. Verhandlungen mit dem Handel über die generelle Einführung von Kundenbindungsprogrammen seien jedoch vor wenigen Jahren erfolglos abgebrochen worden, da von beiden Seiten unterschiedliche Erwartungen formuliert worden seien. Weiter seien auch die Funktionen PayPass, E-Commerce und InControl problemlos auf der Maestro-Debitkarte implementierbar, wie dies in den Ländern Spanien, Vereinigtes Königreich oder Österreich bereits seit einigen Jahren praktiziert werde.

143. Für einen Teil der Acquirer ist eine DIF für die Einführung der Debit MasterCard unerlässlich. Begründet wird dies mit dem Hinweis darauf, dass die Issuer über einen wirtschaftlichen Anreiz verfügen müssten, um überhaupt ein neues Debitkartenprodukt zu lancieren. Gleichzeitig wird von den Acquirern vorgebracht, dass eine höhere DIF für Debit MasterCard als für Maestro kaum Anreize für die Händler setzen werde, das neue Produkt zu akzeptieren. Letztlich sei aber entscheidend, ob die Kosten, welche den Acquirern durch die DIF entstünden, erfolgsneutral an die Händler in Form der MSC überwälzt werden könnten.

144. Die Mehrheit der Acquirer schliesst sodann einen schlagartigen Austausch der Maestro-Debitkarte durch die Debit MasterCard aus und zwar auch für den Fall, dass das Maestro-System ohne oder nur mit einer geringen Interchange Fee auskommen müsse. Zu unterschiedlich sind nach Ansicht der Acquirer die Produkteigenschaften der beiden Karten und zu hoch die Kosten für die Issuer. Von einem Acquirer wird zudem ausgeführt, dass bei einem abrupten Wechsel von Maestro zu Debit MasterCard der Handel die Einführung derselben generell ablehnen könnte.

145. Was den Wettbewerb unter den Zahlkartenprodukten betrifft, so stellt sich ein Teil der Acquirer auf den Standpunkt, dass die Debit MasterCard dem Karteninhaber keinen signifikanten Mehrwert schaffe. Es sei deshalb bei dieser Gruppe von Systemteilnehmern nicht mit einem massenhaften Wechsel von einem anderen Kartenprodukt zu Debit MasterCard zu rechnen. Aus Sicht des Handels sei sodann entscheidend, wie teuer das neue Debitkartensystem im Vergleich zu den anderen Kartensystemen werde. Zu hohe MSCs würden beim Handel zu einer Ablehnung führen.

146. Ein Acquirer führt aus, dass es kaum zu Wettbewerb unter den Produkten von MasterCard und namentlich zwischen Maestro und Debit MasterCard kommen werde. Als Grund hierfür wird das höhere Risikoprofil der Debit MasterCard infolge der Möglichkeit von Offline-Autorisationen genannt. Dagegen sei eine Konkurrenz zwischen den Kartensystemen von Visa und MasterCard sehr wohl vorstellbar. Dieser Systemwettbewerb finde jedoch in erster Linie auf der Issuing-Seite statt. Die Issuer hätten eher die Möglichkeit, den Wettbewerb zwischen den Systemen zu beeinflussen, da diese ihr Kartenportfolio entsprechend gestalten können.

147. Andere Acquirer widersprechen dieser Ansicht und gehen von einer Intensivierung des Wettbewerbs im Zahlkartenmarkt generell, aber auch zwischen den verschiedenen Zahlkartenprodukten von MasterCard aus. Eine solche sei in Anbetracht der ungleichen Verteilung der Marktanteile im Acquiring sogar zu begrüssen.

148. Im Weiteren weisen die Acquirer darauf hin, dass ausländische Debit MasterCard-Karten bereits heute aufgrund der HACR in der Schweiz akzeptiert würden. Die Transaktionen seien bisher analog einer Transaktion

[61] Befragt wurden Aduno SA, B+S Card Services GmbH (Deutschland), Concardis (Schweiz) AG und SIX Multipay AG.

[62] Bei der Travel Cash Karte von Swiss Bankers Prepaid Services AG handelt es sich um eine Prepaidkarte von Maestro. Swiss Bankers Prepaid Services AG ist ein Gemeinschaftsunternehmen der Schweizer Banken Credit Suisse AG, Verband Schweizer Kantonalbanken, Entris Banking AG, Raiffeisen Schweiz und American Express Travel Related Services Company Inc. Das Unternehmen verfügt über eine Banklizenz.

[63] Genannt werden die Maestro-STUcard der Kantonalbanken oder die von der Basellandschaftlichen Kantonalbank speziell entwickelte Maestro Jobs for Juniors-Debitkarte.

mittels einer MasterCard-Kreditkarte verarbeitet worden. Sollte die HACR aber wegfallen und die Debit MasterCard unter einer eigenständigen Marke eingeführt werden, führe dies zu erheblichen Kosten für die Acquirer, da die Systeme entsprechend angepasst werden müssten.

149. Generell erachten die Acquirer die fortgesetzte Migration von Bargeld zu elektronischem Zahlungsverkehr als notwendig und volkswirtschaftlich sinnvoll.

A.5.3.2.3 Standpunkte von anderen Betreibern von Debitkartensystemen[64]

a) Standpunkte von Visa Europe

150. Visa Europe erachtet die Einführung einer Interchange Fee in einem Vierparteiensystem grundsätzlich als notwendig, um ein solches effizient betreiben zu können. Jedoch schliesst Visa Europe nicht aus, dass aufgrund der aktuellen Situation im schweizerischen Debitkartenmarkt die Lancierung des neuen Produkts die Marktstellung von MasterCard noch zusätzlich verstärkt. Weder sei ein genügender Wettbewerbsdruck auf MasterCard durch die bestehenden Dreiparteien-Systeme (Postfinance Card, M-Card) zu erwarten, noch erzeuge die Einführung eines Produktes aus dem gleichen Hause denselben Wettbewerbsdruck wie der Markteintritt eines neuen Wettbewerbers.

151. Weiter befürchtet Visa Europe auch, dass die Marktführerschaft von MasterCard zusätzlich zementiert werden könnte, falls der Wechsel von Maestro zu Debit MasterCard für die Acquirer günstiger ausfalle, als ein Wechsel zu einem neuen Produkt eines anderen Anbieters. Dies könne bei Debit MasterCard aber der Fall sein, da dieses System für das Acquiring-Processing (Verarbeitung der Transaktionen auf der Acquiring-Seite) die gleiche Plattform verwende, wie die MasterCard-Kreditkarten. Entsprechend würden die Wechselkosten bei Debit MasterCard für die Acquirer günstiger ausfallen.

152. Der Innovationsgrad bei den Funktionen der Debit MasterCard wird auch von Visa Europe in Frage gestellt. So bringt Visa Europe beispielsweise vor, die V PAY-Debitkarte ermögliche über die Funktion PayWave ebenfalls das kontaktlose Zahlen. Ausserdem würden auch Eigenschaften wie Co-Branding, Kundenbindungsprogramme und E-Commerce von der V PAY-Karte utnerstützt. Darüber hinaus werde das Produkt V PAY als bisher einzige Debitkarte in der Schweiz mit der „EMV/Chip and PIN“-Technologie ausgerüstet, wodurch die Sicherheit im Vergleich zu den Produkten mit Magnetstreifen wie Debit MasterCard wesentlich erhöht werden könne.

153. Weiter geht Visa Europe aufgrund der Meldung von MasterCard davon aus, dass die Händler über die HACR gezwungen sein werden, sowohl die Kreditkarten als auch die Debit MasterCard zu akzeptieren. Demgegenüber können Händler zwischen den einzelnen Debit- und Kreditkartenprodukten von Visa frei wählen.

154. Letztlich erachtet Visa Europe eine Fortsetzung der Migration weg von teureren und wenig effizienten Zahlungsarten wie z.B. Barzahlung oder Checks als für alle Beteiligten vorteilhaft.

b) Standpunkte der Schweizerischen Post

155. Nach Auffassung der Schweizerischen Post stellt die Debit MasterCard nur insofern ein neues Produkt dar, als sie Funktionalitäten sowohl einer Kreditkarte als auch einer Debitkarte vereint. Hingegen hätten die einzelnen Kriterien keinen Neuigkeitscharakter und könnten deshalb auch nicht als innovativ bezeichnet werden. Die von MasterCard aufgezählten Funktionalitäten würden bereits in vielen ausländischen Märkten und teilweise auch in der Schweiz eingesetzt. Das Bedürfnis der Konsumenten nach E-Commerce werde heute in der Schweiz beispielsweise über die Kreditkarte gedeckt. Die Funktion könne aber sehr wohl auch auf der bestehenden Maestro-Debitkarte implementiert werden.

156. Gemäss Ansicht der Schweizerischen Post hängt die Verbreitung von Debit MasterCard in der Schweiz davon ab, ob das neue Produkt die Kundenbedürfnisse treffe und ob die Herausgeber eine Interchange Fee erhalten werden. Wegen der sehr hohen Verbreitung sowohl von Debitkarten als auch Kreditkarten sei es fragwürdig, ob ein Kundenbedürfnis nach der Debit MasterCard überhaupt bestehe. Ein gewisser Nachfragebedarf könne sich allenfalls aus der Verbindung der unterschiedlichen Funktionalitäten in einem Kartenprodukt ergeben.

157. Sodann ist es nach der Schweizerischen Post fraglich, ob die von MasterCard in Aussicht gestellten Investitionskosten überhaupt notwendig seien, zumal gegenwärtig jede erwachsene Person über zwei Zahlkarten (meist eine Kredit- und eine Debitkarte) verfügten. Hinter dem Vorhaben könne die Absicht MasterCards stehen, die Maestro-Debitkarte durch die Debit MasterCard auszutauschen, um auf diesem Weg eine Interchange Fee einzuführen. Dabei sei ein rascher Austausch der Maestro-Kartenbestände um so eher vorstellbar, sollte das Maestro-System auch künftig nicht mit einer DIF betrieben werden dürfen. Andernfalls dürften die Issuer kein wirkliches Interesse an der Einführung des neuen Produkts haben, da die Unterschiede zwischen Debit MasterCard und Maestro zu unbedeutend seien.

158. Dem ungeachtet erwartet die Schweizerische Post infolge der Einführung von Debit MasterCard eine Belebung des Marktes und dadurch einen höheren Konkurrenzdruck, welcher sich auch auf die PostFinance Card auswirken werde. Allerdings werde die Debit MasterCard aufgrund des erhöhten Ausfallrisikos kaum eine vergleichbar hohe Verbreitung erreichen. Ob die Debit MasterCard Marktanteile zulasten von Maestro gewinnen werde, hänge letztlich aber von der Einführung einer DIF ab.

A.5.3.2.4 Standpunkte des Handels[65]

159. Der Handel lehnt die Einführung von Debit MasterCard wie auch eine Interchange Fee für den Debitkartenmarkt vollumfänglich ab. Zur Begründung dieser Haltung werden vom VEZ die folgenden Argumente angeführt:

[64] Befragt wurden Visa Europe und die Schweizerische Post.

[65] Befragt wurden VEZ, Swiss Retail Federation (SRF), Swiss Fashion Stores (SFS), EV, Schweizerischer Reisebüro-Verband, GastroSuisse, hotelleriesuisse, Schweizerischer Gewerbeverband (SGV).

- die Einführung einer Interchange Fee bei Debit MasterCard führe zu einer Verteuerung des Zahlungsprozesses bei Debitkarten, welche letztlich über das Preisniveau der Waren und Dienstleistungen vom Endkonsument bezahlt werden müsse;
- Debit MasterCard schaffe gegenüber vergleichbaren Karten weder für die Kunden noch für den Handel einen Mehrwert, da dem Produkt der angebliche Neuigkeitsgehalt fehle und der Zahlungsprozess verteuert werde;
- der Schutz der Konsumenten hinsichtlich Verschuldung könne nicht vollständig gewährleistet werden und das Zahlungsausfall- und Betrugsrisiko sei erhöht;
- durch die Einführung der Debit MasterCard werde der Wettbewerb nicht gefördert und
- die Einführung der Debit MasterCard mit einer Interchange Fee müsse als Umgehungsgeschäft qualifiziert werden, da die Einführung einer Interchange Fee bei Maestro durch das Kartellrecht verhindert werde.

160. Gemäss Handel verfolge MasterCard mit der Einführung einer Interchange Fee für Debit MasterCard das Ziel, die für die Banken angeblich unrentable Maestro-Debitkarte abzuschaffen und durch teurere Zahlungsmittel zu ersetzen. Diese Strategie führe zu einer massiven Verteuerung des gesamten Zahlungsverkehrssystems in der Schweiz. Zudem sei es problematisch, wenn MasterCard aufgrund ihrer marktbeherrschenden Stellung die Gebühren, Preise und Konditionen für das nationale Zahlungssystem beliebig diktieren könne.

161. Die vom Handel auf die Preise für Waren und Dienstleistungen geschlagenen Zusatzkosten verteuerten das Preisniveau in der Schweiz generell und würden zu einer Beeinträchtigung der Wettbewerbsfähigkeit im internationalen Kontext führen. Demgegenüber habe sich die Maestro-Debitkarte zu einem eigentlichen „Volkszahlungsmittel“ entwickelt, das gut funktioniere und ein preisgünstiges, nationales Zahlungssystem sei.

162. Hinsichtlich des Innovationsgehalts stellt der Handel in Abrede, dass es sich bei Debit MasterCard um ein Zahlungsmittel mit neuen Funktionalitäten handle. Vielmehr handle es sich bei diesem Produkt lediglich um eine Kombination der Maestro-Debitkarte mit der MasterCard-Kreditkarte. Diese Karten würden aber über gleiche oder ähnliche Zusatzfunktionen wie die Debit MasterCard verfügen.[66] Entsprechend handle es sich bei den angeblich neuen Funktionalitäten (Co-Branding, Kundenbindungsprogramme, PayPass, inControl, E-Commerce etc.) lediglich um Schein-Innovationen. Entgegen den Darstellungen von MasterCard seien diese Zusatzfunktionen auch nicht für alle Karteninhaber gleichermassen erhältlich. Entscheidend sei nämlich die Bereitschaft des einzelnen Issuers, entweder diese Funktionen auf der Karte zu implementieren oder darauf zu verzichten. Es handle sich zudem um Optionen, die sich auch auf anderen Zahlungsmitteln realisieren liessen. So seien beispielsweise bei der Maestro-Debitkarte die technischen Spezifikationen für diese Optionen bereits heute vorhanden, nur würden diese von den Issuern nicht angeboten.

163. Weiter hält der Handel fest, dass die Debit MasterCard hinsichtlich der Sicherheit im Zahlungsverkehr eher einen Rückschritt darstelle, werde doch das Risiko für Zahlungsausfall und Betrug durch das neue Produkt (Entkoppelung vom Bankkonto, verzögerte Belastung beim Karteninhaber, Offline-Transaktionen) erhöht, was aus Sicht des Handels unerwünscht sei. MasterCard behindere dadurch die jahrelangen Anstrengungen des Handels, gemeinsam mit den Schweizer Banken den Zahlungsverkehr mittels ep2-Standard so sicher wie möglich zu machen. Überdies trage MasterCard durch die Entkoppelung der Debit MasterCard vom Bankkonto zur Gefahr einer Überschuldung der Karteninhaber bei. Letztlich habe MasterCard die Verzögerung bei der Belastung des Karteninhabers sogar bewusst eingeführt, um bei der Festlegung der DIF eine variable Preiskomponente einführen zu können.

164. Zusätzlich gibt der Handel zu bedenken, dass MasterCard bereits mit Maestro sehr stark im schweizerischen Debitkartenmarkt verankert sei: Mit einer Verbreitung von über 5,3 Mio. Karten verfüge MasterCard klar über eine marktbeherrschende Stellung, die es ihr erlaube, Gebühren, Preise und Konditionen beliebig zu diktieren. Es sei deshalb nicht ersichtlich, weshalb für die Debit MasterCard in Analogie zu V PAY eine Interchange Fee eingeführt werden dürfe.

165. Bedenken äussert der Handel auch in Zusammenhang mit der aktuellen Situation beim Maestro-System: Da die Issuer bisher auf die Einführung einer Interchange Fee für das Maestro-System verzichtet respektive auf den Wert Null fixiert haben, könnte der Markteintritt von Debit MasterCard mit einer Interchange Fee nun die Issuer dazu verleiten, Maestro schlagartig mit dem neuen Produkt zu ersetzen. MasterCard respektive die Banken seien aufgrund der marktbeherrschenden Stellung des Maestro-Systems in der Lage, dieses rasch durch die Debit MasterCard auszutauschen. Die Beteiligten würden einen Austausch namentlich dann vornehmen, wenn die Einführung einer DIF für Maestro weiterhin blockiert, bei Debit MasterCard jedoch ermöglicht werde. Dass ein solcher abrupter Wechsel nicht gänzlich unmöglich sei, lasse sich am Beispiel der früheren ec-Direct-Karten zeigen. Dort sei innert wenigen Jahren der ganze Kartenbestand ausgewechselt worden, ohne dass der Handel dabei habe Einfluss nehmen können.

166. Dagegen dürfte MasterCard nach Ansicht des Handels auf die Einführung des neuen Produkts verzichten, sollte die Interchange Fee für Maestro als kartellrechtlich unbedenklich erachtet werden. Für diesen Fall dürfte die Zahlungsorganisation an einer Einführung kein Interesse mehr haben, da die Marketingkosten zu hoch seien für eine Karte, welche die Gewinnsituation kaum zu verbessern vermöge und gegen den Willen der Händler und Konsumenten eingeführt würde.

[66] Anhang 1 zum Schreiben VEZ vom 3. Juni 2010.

167. Als schädlich für den freien Wettbewerb und insbesondere für die Wahlfreiheit des Händlers wird vom Handel auch die in den Akzeptanzverträgen verwendete HACR erachtet. Mit der HACR verfüge MasterCard über ein Instrument, mit welchem von den Händlern quasi eine „Abnahmeverpflichtung zu diktierten Konditionen" erzwungen werden könne. Auf diese Weise werde der Handel genötigt, die Debit MasterCard selbst dann zu akzeptieren, wenn deren Gebühren ungerechtfertigt seien. Zudem erleichtere die HACR den bereits erwähnten Wechsel von Maestro zu Debit MasterCard. Aus diesen Gründen sei die HACR grundsätzlich abzuschaffen.

168. Entgegen dem Standpunkt von MasterCard betreffend einer zu erwartenden Wettbewerbsintensivierung vertritt der Handel die Meinung, dass mit einer solchen kaum gerechnet werden dürfe. Der Wettbewerb könne nicht mit der Einführung eines weiteren Produkts durch den aktuellen Monopolisten belebt werden. An dieser Feststellung würden auch die angeblich neuen Funktionalitäten der Debit MasterCard nichts ändern. Und auch der fehlende Mehrwert für die Karteninhaber sowie der höhere Preis seien keine Faktoren, welche einen Wettbewerb erstärken liessen. Darüber hinaus sei es fraglich, ob der Eintritt von alternativen Issuern, wie dies von MasterCard gepriesen werde, nicht durch hohe Markteintrittsschranken wie beispielsweise regulatorische Anforderungen erschwert werde. Die Annahme von Kundengeldern setze immerhin eine Banklizenz voraus.

169. Letztlich begrüsst der Handel zwar die Fortsetzung der Migration von Bargeld zu elek-tronischen Zahlungsmitteln und erachtet den elektronischen Zahlungsverkehr auch als volkswirtschaftlich sinnvoll. Gleichzeitig warnt er jedoch vor einer Verteuerung des Zahlungsverkehrs zulasten der Händler und – via erhöhte Preise für Waren und Dienstleistungen – der Konsumenten. In diesem Zusammenhang fordert der Handel eine verursachergerechtere Verteilung der Kosten. So müssten u.a. Kosten für Dienstleistungen, von denen nur der Karteninhaber profitiere, von diesem getragen werden. Solche Kosten dürften nicht über eine Interchange Fee auf die Händler abgewälzt werden, da diese letztlich die Preise für Produkte und Dienstleistungen generell verteuern und zu einer Quersubventionierung führen würden.

A.5.3.2.5 Standpunkte der Konsumentenschutzorganisationen[67]

170. Aus Sicht der Konsumentenschutzorganisationen wird bezweifelt, ob die Einführung der Debit MasterCard zu mehr Wettbewerb führen werde, insbesondere weil das neue Produkt, gleich wie Maestro, auch zu MasterCard gehört. Die Konsumentenschutzorganisationen befürchten im Gegenteil, dass die Debit MasterCard von der bisherigen Marktstellung MasterCards auf dem Debitkartenmarkt profitiere und dadurch die Position MasterCards zusätzlich verstärke. Da die von MasterCard angepriesenen Zusatzfunktionen wie zum Beispiel das Bezahlen im Internet auch auf der Maestro-Debitkarte implementiert werden könnten, sei ein weiteres Debitkartenprodukt gar nicht nötig.

171. Nach Meinung der Konsumentenschutzorganisationen lässt sich die Debit MasterCard weder klar als Debitkarte noch als Kreditkarte einordnen. Mit der Kreditkarte gemeinsam habe die Debit MasterCard den Vorteil, dass der Karteninhaber nicht an ein bestimmtes Konto gebunden sei, sondern den Issuer frei wählen könne. Gleichzeitig fehle es der Debit MasterCard aber an der Kreditfunktion, was sie eher zur Debitkarte mache. Dies sei ebenfalls ein Vorteil, da sich dadurch das Verschuldungsrisikos des einzelnen Karteninhabers limitieren lasse. Gleichzeitig aber schränke die verzögerte Belastung eine Kontrolle des Karteninhabers über dessen Ausgaben ein. Zudem sei zu befürchten, dass Bargeldbezüge an Geldausgabeautomaten mit der Debit MasterCard künftig selbst bei der eigenen Hausbank kostenpflichtig sein werden.

172. Zu den weiteren Vorteilen der Debit MasterCard zählen die Konsumentenschutzorganisationen die Möglichkeit, Käufe auch im Internet zu tätigen, die grössere Zahl an Akzeptanzstellen im Ausland, das Co-Branding sowie die Funktion InControl. Durch das Co-Branding könnten die Karteninhaber unter Umständen von einem verbilligten Produkt oder einer verbilligten Dienstleistung profitieren.[68] Und die Funktion InControl erlaube dem Karteninhaber, das Zahlungsmittel mittels Alarme und Bezugslimiten kontrolliert einzusetzen.

173. Dagegen halten die Konsumentenschutzorganisationen die Treueprogramme, welche ebenfalls auf der Debit MasterCard eingeführt werden können, eher für konsumenten-feindlich, da sie zum einen die Vergleichbarkeit der einzelnen Zahlungsmittel erschwerten und zum anderen den Karteninhabern gegenüber falsche Anreize setzten, indem diese über das Notwendige hinaus einkaufen würden, um die angestrebten Rabatte oder Boni zu erhalten. Gesammelte Bonuspunkte könnten zudem nur bei bestimmten Händlern eingesetzt werden.

174. Auch das PayPass-Verfahren wird von den Organisationen als Nachteil für den Karteninhaber beurteilt. Zwar würde dadurch die Transaktionsgeschwindigkeit am Verkaufspunkt erhöht und der Zahlungsfluss gesteigert. Jedoch berge das Verfahren auch ein Missbrauchsrisiko, weil der rechtmässige Karteninhaber weder über seinen PIN-Code noch über seine Unterschrift identifiziert werde.

175. Ablehnend stehen die Konsumentenschutzorganisationen auch der Einführung einer Interchange Fee für Debit MasterCard gegenüber. Die vergangenen Verfahren gegen Visa und MasterCard hätten gezeigt, dass die Einnahmen der Issuer aus den Interchange Fees zu hoch seien und der Konsument erhebliche Nachteile trage, weil dieser beim Händler trotz unterschiedlicher Kosten von Zahlungsmitteln den gleichen Preis für ein Produkt oder eine Dienstleistung zahlen müsse. Die

[67] Befragt wurden Fédération Romande des Consommateurs (FRC), Stiftung für Konsumentenschutz (SKS) und Associazione Consumatrici e Consumatori della Svizzera Italiana (ACSI).

[68] In diesem Zusammenhang wird vom Handel auf das Beispiel des Halbtax-Abonnements der SBB verwiesen. Kunden, welche ein Halbtax-Abonnement gleichzeitig mit einer Kreditkarte oder einer Prepaidkarte von Visa bestellen, erhalten das Halbtax-Abonnoment zu einem ermässigten Preis (siehe auch: http://mct.sbb.ch/mct/halbtax-mit-visa-karte: zuletzt besucht am 18.5.2011).

bestehende Quersubventionierung zwischen den verschiedenen Zahlungsmitteln verhindere die notwendige Transparenz über die entsprechenden Kosten derselben. Inakzeptabel sei auch der Umstand, dass weder Konsumentenschutzorganisationen noch Händlervereinigungen an den Verhandlungen über die Interchange Fees teilnehmen könnten, obwohl sie letztlich direkt davon betroffen seien.

176. Weiter vertreten die Konsumentenschutzorganisationen die Auffassung, die Einführung der Interchange Fee für Debit MasterCard diene lediglich der Umgehung der bisherigen Rechtslage. Die Wettbewerbsbehörden seien dem Vorhaben betreffend Einführung einer Interchange Fee für das Maestro-System bisher immer ablehnend gegenübergestanden. Mit der geplanten Einführung von Interchange Fees für Debit MasterCard werde die Zahlungsorganisation nunmehr die Issuer dazu bewegen können, die Maestro-Debitkarte durch das neue Produkt zu ersetzen, weil aus ihrer Sicht das neue Produkt mit einer Interchange Fee viel rentabler sei. Dadurch könnten auch andere Konkurrenten vom Debitkartenmarkt verdrängt werden.

177. Bedenken äussern die Konsumentenschutzorganisationen auch hinsichtlich der Wettbewerbsrechtskonformität der HACR. Danach seien die Händler aufgrund der HACR gezwungen, sämtliche Karten eines Herausgebers zu akzeptieren. Dies entspräche aber weder den Interessen der Händler, noch der Absicht der Wettbewerbskommission (Weko), welche mit ihrem Entscheid in Sachen Kreditkarten – Interchange Fees aus dem Jahre 2005[69] den Wettbewerb unter den Zahlungsmitteln fördern wollte. Im Gegenteil, der Händler werde durch die HACR von den Zahlungssystemen dermassen abhängig, dass MasterCard ihre dominante Marktposition ausnutzen und entsprechend zulasten der Händler schlechtere Vertragskonditionen durchsetzen könne. Dies wiederum veranlasse die Händler, die überhöhten Kosten via Verkaufspreise an die Konsumenten weiterzugeben.

178. Letztlich fordern die Konsumentenschutzorganisationen, dass eine klare Unterscheidung zwischen Kredit- und Debitkarten erhalten bleibe, weil nur eine solche Differenzierung dem Konsumenten erlaube, das Verschuldungsrisiko klein zu halten und mit der Debitkarte ein einfaches und kostengünstiges Zahlungsmittel zu benützen. Vor diesem Hintergrund sei die Forderung nach Erhalt des bisherigen Maestro-Systems legitim. Zudem sei den Händlern zu erlauben, für jedes Zahlungsmittel die entsprechenden Kosten separat auszuweisen. Dadurch könne eine Quersubventionierung unter den verschiedenen Zahlungsmitteln verhindert werden und die Konsumenten könnten je nach Präferenzen zwischen verschiedenen Zahlungsmitteln frei wählen.

B Erwägungen

B.1 Wettbewerbsrechtliche Beurteilung durch MasterCard

179. Entsprechend den Erwägungen zur Frage der kartellrechtlichen Zulässigkeit einer DMIF für das Maestro-Debitkartensystem im Schlussbericht zur Vorabklärung aus dem Jahre 2006[70] und insbesondere zur Frage des Interbrand-Wettbewerbs zwischen den verschiedenen Debitkartensystemen meldete MasterCard die beiden geplanten Vorhaben sowohl unter dem Gesichtspunkt von Art. 5 KG als auch Art. 7 KG.

B.1.1 Beurteilung nach Art. 5 KG

180. MasterCard stellt nach eigener Darstellung keine Unternehmensvereinigung der schweizerischen (oder anderer) Finanzinstitute dar, sodass die Einführung einer DIF je für Maestro und Debit MasterCard nicht als horizontale Abrede qualifiziert werden könne. MasterCard handle weder aufgrund einer Abrede noch einer abgestimmten Verhaltensweise mit den Lizenznehmern. MasterCard diene den Lizenznehmern auch nicht als verhaltenskoordinierendes Forum.

181. Dass diese Beurteilung richtig sei, zeige sich gerade am Beispiel des kürzlich vor Bundesgericht abgeschlossenen Verfahrens in Sachen DMIF für Maestro[71]: Die Schweizer Banken hätten sich bisher nicht durchringen können, beim Maestro-System eine von Null abweichende DMIF einzuführen. Im Gegenteil würden diese eine abwartende Haltung einnehmen, was zeige, dass zum heutigen Zeitpunkt die Einführung einer Interchange Fee für Maestro nicht dem Wunsch der Banken entspreche.

182. Weiter hält MasterCard eine Aufteilung ein- und desselben Produkts in einen Issuing- und einen Acquiring-Markt für künstlich. Sowohl Maestro als auch Debit MasterCard seien ganzheitliche Kartenzahlungssysteme für Konsumenten und Händler, welche gemeinsam von den Issuern, den Acquirern und von MasterCard angeboten würden. Die verschiedenen Dienstleistungen, welche im Rahmen der beiden Debitkartensystemen erbracht werden, seien Folge einer Aufteilung von operativen Aufgaben zwischen MasterCard und den Lizenznehmern, welche gegenüber den Karteninhabern und Händlern eine ganzheitliche Dienstleistung, nämlich die Bezahlung mittels Bezahlkarte, erbringen würden. Die Verteilung der operativen Aufgaben beruhe dabei auf betriebswirtschaftlichen und ökonomischen Analysen, um die Kartenschemen möglichst effizient und wettbewerbsfähig auszugestalten. Daher könne sich diese Aufgabenteilung nicht auf die Abgrenzung der relevanten Märkte auswirken. Die operativen Aufgaben im System seien voneinander abhängig und könnten nicht zum Zweck der Marktabgrenzung einzeln isoliert werden.

183. Ausserdem hänge das Vorliegen einer Preisabrede gemäss Praxis der Weko von der Frage ab, welchen Teil des Endpreises eine Vereinbarung über die Höhe und Überwälzung eines Preiselements ausmache. Sei nämlich nur ein verhältnismässig geringer Teil des Endpreises von einer Abrede betroffen, so könne dies auf dem Markt des Endprodukts keine preisharmonisierende

[69] Siehe RPW 2006/1, 65 ff., *Kreditkarten - Interchange Fees* und RPW 2010/3, 473 ff. – *Vorsorgliche Massnahmen in Sachen Kreditkarten - Interchange Fees II*.

[70] RPW 2006/4, 601 ff., *Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen und geplantes Preismodell von Telekurs Multipay AG*.

[71] RPW 2009/1, 109 ff. - *Urteil vom 12. Dezember 2008 Credit Suisse, Raiffeisen Schweiz Genossenschaft, UBS AG, Zürcher Kantonalbank gegen Wettbewerbskommission betr. Gesuch um Eröffnung einer Untersuchung bzw. Erlass einer Feststellungsverfügung (Maestro Interchange Fee).*

Wirkung zur Folge haben. Da die DIF nur einen marginalen Teil des Preises für das vom Händler vertriebene Produkt respektive für die Dienstleistung ausmache, handle es sich bei ihr nicht um eine Preisabrede.

184. Im Übrigen könne die DIF für Maestro und Debit MasterCard auch nicht als Wettbewerbsabrede qualifiziert werden, da deren Zweck gerade sei, das jeweilige System aufrecht zu erhalten und dessen Wettbewerbsfähigkeit gegenüber anderen Systemen zu steigern. Durch die Einführung der neuen Debit MasterCard werde der Wettbewerb sogar zusätzlich intensiviert. Eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung ergäbe sich aus dem Grund nicht, weil die DIF überhaupt erst Transparenz schaffe und dadurch den Wettbewerb unter den Acquirern fördere. Zusätzlich senke eine DIF die Marktzutrittsschranken für neue Acquirer.

185. Für die von MasterCard geltend gemachten Rechtfertigungsgründe kann auf die obenstehenden Ausführungen (Rz 55 ff. für Maestro und Rz 120 ff. für Debit MasterCard) verwiesen werden. Dies gilt auch für die Ausführungen zur Angemessenheit der geplanten DIF für Maestro und Debit MasterCard (Rz 48 ff. für Maestro und 112 ff. für Debit MasterCard).

B.1.2 Beurteilung nach Art. 7 KG

186. Im Gegensatz zum gemeldeten Vorhaben der Schweizer Finanzinstitute, wonach die domestische Interchange Fee für Maestro von den Issuern und Acquirern multilateral festgelegt werden soll, legt MasterCard als Systembetreiberin die für die beiden Debitkartensysteme Maestro und Debit MasterCard gültige DIF autonom fest. Mit den Endkunden des Vierparteiensystems (Händler und Karteninhaber) geht MasterCard selbst kein vertragliches Verhältnis ein.

187. Zum sachlich relevanten Markt zählt MasterCard neben den Debitkartensystemen auch andere Zahlungsweisen wie beispielsweise die Bezahlung mittels Kreditkarten, Kundenkarten, Schecks oder durch Überweisung. Sogar die Banken als Anbieterinnen von Debitkarten würden ihren Kunden alternative Zahlungsmöglichkeiten zur Verfügung stellen. All diesen Zahlungsmethoden sei gemeinsam, dass sie auch mit Aufwendungen (z.B. Kosten) für den Nutzer verbunden seien. Der Zugang zu Bargeld beeinflusse zudem die Nachfrage nach Kartenzahlungen, weshalb auch Bargeld zum sachlich relevanten Markt gehöre.

188. Nach Ansicht von MasterCard umfasst der räumlich relevante Markt zumindest das Gebiet von Europa. Infolge der Entwicklung eines einheitlichen europäischen Marktes für Zahlungssysteme habe MasterCard nämlich mittlerweile davon abgesehen, Exklusivlizenzen für einzelne Länder zu gewähren, wie dies früher noch der Fall war. Heute bestehe ein pan-europäisches Lizenzsystem, das eine entsprechende Gebührengestaltung erlaube.

189. Hinsichtlich der Marktstellung vertritt MasterCard die Meinung, dass ihr ein unabhängiges Verhalten von anderen Marktteilnehmern nicht möglich sei. Sie begründet dies mit dem Standpunkt, dass die Netzwerke von MasterCard und Visa unmittelbare und auch grössenmässig vergleichbare Konkurrenten seien. Dagegen hätten sich die Ermittlungen des Sekretariats in der Vorabklärung von 2006 lediglich auf die Debitkarten und dort auch nur auf den Issuing-Aspekt beschränkt. Im Vergleich zu diesen Jahren sei heute sowieso von einer höheren Penetrationsquote auszugehen (rund 2 Karten pro erwachsener Einwohner in der Schweiz), was für die Betreiber von Kartensystemen eine Verstärkung der wettbewerblichen Anstrengungen bedeute, um eine Marktposition halten und weiter ausbauen zu können. Aufgrund neuer Produkte, welche besonderen Verwendungszwecken (wie beispielsweise die Maestro-Travel-Cash-Karte) oder der Differenzierung nach Kundensegmenten dienten, ergebe sich eine grössere Auswahl an Zahlkarten. Entsprechend würden Konsumenten auch über mehrere Karten gleichzeitig verfügen. Mit dem bevorstehenden Markteintritt von V Pay in der Schweiz werde sich der Wettbewerbsdruck auf die Betreiber von Zahlungssystemen zudem nochmals deutlich intensivieren.

190. Würde MasterCard bei der Festlegung der Interchange Fee einer Fehleinschätzung des Marktes unterliegen, könne dies leicht zum Verlust von Marktanteilen führen, weil dieselben Schweizer Banken, welche heute Lizenznehmer von MasterCard sind, gleichzeitig mindestens noch über eine weitere Lizenz von einer anderen Zahlungsorganisation verfügen. Weil dadurch für die Kartenanbieter praktisch keine Wechselkosten resultierten, könnten diese rasch auf andere Zahlungssysteme umstellen. So habe kürzlich im Vereinigten Königreich ein überwiegender Teil der Banken von Maestro zu VISA Debit gewechselt.

191. Im Übrigen bringt MasterCard vor, das ein Missbrauch im Sinne von Art. 7 KG gar nicht vorliegen könne, da die geplanten Interchange Fees für Maestro und für Debit MasterCard nicht an MasterCard selbst fliessen würden, sondern von den Acquirern an die Issuer. Entsprechend fehle es an einem finanziellen Interesse und somit an einer Voraussetzung für das Vorliegen einer Behinderung oder Beschränkung des Wettbewerbs durch missbräuchliches Verhalten.

192. Für die von MasterCard geltend gemachten „legitimate business reasons“ kann an dieser Stelle auf die obigen Ausführungen (vgl. Rz 55 ff. für Maestro und Rz 120 ff. für Debit MasterCard) verwiesen werden.

B.2 Geltungsbereich

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

194. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG). Sowohl MasterCard als auch die gegenwärtigen und künftigen MasterCard Issuer und Acquirer sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

195. Auf die Frage, ob die betroffenen Unternehmen Wettbewerbsabreden treffen, wird nachstehend unter Art. 5 KG (Rz 198 ff.) eingegangen.

B.3 Vorbehaltene Vorschriften

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

197. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 und 2 KG. Ein Vorbehalt wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.4 Unzulässige Wettbewerbsabrede über Preise betreffend Maestro DIF

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

B.4.1 Wettbewerbsabrede

199. Eine unzulässige Wettbewerbsabrede liegt gemäss Art. 4 Abs. 1 KG vor, wenn folgende Tatbestandselemente erfüllt sind: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung. Dabei können die an der Abrede beteiligten Unternehmen auf gleicher (horizontal) oder auf verschiedenen (vertikal) Marktstufen tätig sein.

B.4.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

200. In den bisherigen Zahlkartenfällen wurde die domestische Interchange Fee multilateral in den dafür bestimmten nationalen Kartengremien (Issuer/Acquirer-Forum für Visa-Kreditkarten, Card Committee für MasterCard-Kreditkarten und MAECC für Maestro-Debitkarten) zwischen den Issuern und den Acquirern verhandelt. Aufgrund der gemeinsamen Verhandlungen in diesen Gremien konnte das Vorliegen einer Abrede bejaht[72] und die DMIF als horizontale Abrede sowohl auf dem Acquiring- wie auch dem Issuing-Markt qualifiziert werden.[73]

201. Im Unterschied zu den bisherigen Zahlkartenfällen soll die DIF für Maestro nicht durch die in der Schweiz aktiven Issuer und Acquirer in Kartengremien gemeinsam ausgehandelt, sondern durch MasterCard einseitig festgelegt werden. Es stellt sich die Frage, ob diese veränderte Vorgehensweise dazu führt, dass keine horizontale Abrede auf Stufe der Issuer und Acquirer mehr vorliegt.

202. Bereits in den früheren Zahlkartenfällen haben die Wettbewerbsbehörden festgehalten, dass Kredit- und Debitkartensysteme komplexe Mehrparteienbeziehungen beinhalten, welche sowohl horizontale wie vertikale Aspekte aufweisen.[74] Diese Feststelllung gilt im vorliegenden Fall auch für das Maestro-Debitkartensystem. Zudem ist die grundlegende Funktionsweise der DIF identisch mit der DMIF in den bisher untersuchten Fällen.

203. Im vorliegenden Fall wird die DIF für Maestro formell nicht mehr zwischen den Issuern respektive Acquirern (horizontales Element), sondern durch MasterCard als Lizenzgeberin festgelegt, was den vertikalen Aspekt etwas verstärkt, ohne dass jedoch das horizontale Element erheblich an Bedeutung verlieren würde. Nach Auffassung des Sekretariates kann die DIF für Maestro deshalb sowohl als vertikale Abrede zwischen MasterCard und den einzelnen Issuern bzw. Acquirern als auch wie bisher als horizontale Abrede zwischen den Issuern einerseits und den Acquirern andererseits betrachtet werden:

- Eine *vertikale Abrede* besteht zwischen MasterCard und den Issuern bzw. Acquirern von Maestro. MasterCard gibt die DIF vor und die Issuer sowie Acquirer haben sich verpflichtet, diese einzuhalten. Es handelt sich daher um eine rechtlich erzwingbare Vereinbarung. Im Einzelfall könnte dann keine vertikale Abrede angenommen werden, wenn einzelne Issuer und Acquirer bilaterale Interchange Fees vereinbaren würden. Solche Ausnahmen wären zwar von den Maestro Global Rules vorgesehen, dürften aber aufgrund der bisherigen Erfahrungen selten bis inexistent sein.[75]
- Eine *horizontale Abrede* besteht je zwischen den Issuern und den Acquirern, welche die DIF umsetzen, im Wissen, dass sich alle (oder beinahe alle) anderen Issuer und Acquirer gleich verhalten: Die DIF führt zu einem bewussten und gewollten Zusammenwirken zwischen Unternehmen gleicher Marktstufe, hier also zwischen den Issuern

[72] RPW 2006/4, 607 Rz 46 ff., *Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen und geplantes Preismodell von Telekurs Multipay AG; RPW 2006/1, 82 f. Rz 133 ff., Kreditkarten - Interchange Fee*.

[73] RPW 2006/1, 84 Rz 146 ff., *Kreditkarten - Interchange Fee*. In RPW 2006/4, 608 Rz 56 ff., *Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen und geplantes Preismodell von Telekurs Multipay AG* wurde nur eine Abrede auf dem Issuing-Markt geprüft und bejaht, da sich nur ein Acquirer an den Verhandlungen beteiligt hatte und die DMIF noch nicht umgesetzt worden war.

[74] RPW 2009/2, 141 Fn 62, *Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem V PAY*; RPW 2006/4, 608 Rz 56 ff., *Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen und geplantes Preismodell von Telekurs Multipay AG*; RPW 2006/1, 84 Rz 146 ff., *Kreditkarten - Interchange Fee.*

[75] Selbst wenn einige Issuer und Acquirer bilateral eine Interchange Fee aushandeln würden, gilt für alle Transaktionen ausserhalb dieser bilateralen Vereinbarung die DIF.

und zwischen den Acquirern. Die *Wirkung der DIF* ist und bleibt somit horizontal. Es handelt sich dabei um eine abgestimmte Verhaltensweise und somit um eine Abrede.[76]

204. Nach Auffassung des Sekretariates steht aufgrund der Wirkung der DIF die horizontale Abrede im Vordergrund. Eine ähnliche Konstellation bestand auch im Fall der Buchpreisbindung, bei welchem das Bundesgericht ausdrücklich den Entscheid der Weko bestätigte und festhielt, dass „eine Vielzahl von Vertikalabreden einer Horizontalabsprache gleichzustellen sind, wenn sie auf irgendeine Weise verknüpft oder mit einer Horizontalabrede kombiniert sind, namentlich falls sie vom gleichen marktmächtigen Unternehmen ausgehen oder in irgendeiner Form, zum Beispiel durch das Einsetzen einer neutralen Aufsichtsinstitution, zentral koordiniert erscheinen".[77] Das Bundesgericht hat weiter ausgeführt, dass als Preisabrede auch die abgestimmte Verhaltensweise unter Buchhändlern zu gelten hat, einen einheitlichen Preis anzuwenden, selbst wenn dieser nicht durch die Buchhändler selbst, sondern durch die Verleger bestimmt wird. Die Buchhändler wüssten, dass infolge der Buchpreisbindung die anderen Buchhändler die gleichen Preise verlangen würden wie sie selbst.[78]

205. Wie bei der Buchpreisbindung wird die DIF für Maestro durch ein Bündel vertikaler Absprachen umgesetzt. Die vertikalen Absprachen sind alle identisch und gehen vom selben Unternehmen, hier die Zahlungsorganisation MasterCard, aus. Die vertikalen Absprachen sind zudem dadurch verknüpft, dass sie für alle Issuer und Acquirer die gleichen Regeln vorsehen (Maestro Global Rules). Namentlich haben alle die von MasterCard vorgegebene DIF umzusetzen, sofern Issuer und Acquirer diese nicht bilateral untereinander aushandeln.

206. Auch aufgrund der Honor All Cards Rule (HACR) in ihrem Teilgehalt als Honor All Issuer Rule (HAIR) ist sichergestellt, dass kein Issuer vom System ausgeschlossen werden kann. Selbst wenn die Issuer und Acquirer die DIF nicht selbst untereinander verhandeln, so wenden sie diese doch multilateral an und koordinieren sich so horizontal. Letztlich ist genau dies der *Zweck der DIF*: nicht die vertikalen Beziehungen zu MasterCard sollen geregelt werden, sondern das horizontale Verhalten unter den Issuern einerseits und unter den Acquirern andererseits sollen abgestimmt werden.

207. Die Qualifikation der DIF für Maestro als horizontale Abrede entspricht auch der Praxis der EU-Kommission[79]: Selbst nach dem Börsengang von MasterCard geht die EU-Kommission davon aus, dass MasterCard die Interchange Fees im gemeinsamen Interesse der Banken festsetzt.[80] Die EU-Kommission gelangte zu folgendem Ergebnis: „Rather, as any other decision of the organisation's managing bodies, the MIF remains to be the faithful expression of the association's resolve to coordinate the commercial conduct of it's members".[81]

B.4.1.2 Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung

208. MasterCard macht geltend, die DIF für Maestro stelle gar keine Wettbewerbsabrede dar, weil sie keine Wettbewerbsbeschränkung bezwecke oder bewirke. Die DIF stelle vielmehr einen Ausgleichsmechanismus dar, um die Kosten des Zahlungssystems entsprechend dem jeweiligen Grenznutzen auf zwei unterschiedliche „Nutzergruppen" (d.h. Händler und Karteninhaber) zu verteilen, wobei die unterschiedlichen Preiselastizitäten berücksichtigt würden.

209. Bereits im Kreditkartenentscheid hat die Weko dieser Argumentation entgegengehalten, dass die DIF den Preissetzungsspielraum der Issuer und Acquirer beschränkt, indem die Höhe der DIF deren Kosten und Erträge beeinflusst.[82] Einerseits bewirkt die DIF eine Wettbewerbsbeschränkung im Acquiring-Geschäft. Die DIF stellt für die Acquirer den Mindestbetrag dar, auf dessen Basis sie die MSCs festlegen, d.h. die MSC muss mindestens so hoch sein wie die DIF, wenn der Acquirer nicht Verluste in Kauf nehmen will. Dies führt dazu, dass die DIF von den Acquirern direkt auf die Händler überwälzt wird. Andererseits erhalten die Issuer durch die DIF garantierte Mindesteinnahmen, was wiederum die Preisfestsetzung gegenüber den Karteninhabern beeinflussen kann. Zudem schafft die DIF für die Issuer einen Anreiz, Kartenprodukte mit einer höheren Interchange Fee gegenüber solchen mit einer tieferen Interchange Fee zu bevorzugen. Es wird deshalb vorliegend daran festgehalten, dass die DIF für Maestro eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt. Dies entspricht im Übrigen auch der aktuellen europäischen Praxis.[83]

[76] „Eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG liegt vor, wenn mehrere Unternehmen ihr Marktverhalten bewusst und gewollt dem aufgrund bestimmter Kommunikationselemente antizipierbaren Marktverhalten der anderen Unternehmen anpassen, so dass - selbst ohne Vorliegen einer entsprechenden Vereinbarung - die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs tritt. Dabei ist zu beachten, dass ein bewusst praktiziertes Parallelverhalten an sich noch keine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG darstellt, selbst wenn es in der Erwartung erfolgt, dass sich die übrigen Marktteilnehmer gleich verhalten werden, und auch wenn davon wettbewerbsbeschränkende Wirkungen ausgehen. Die Annahme einer abgestimmten Verhaltensweise setzt vielmehr ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken beziehungsweise ein Mindestmass an Verhaltenskoordination voraus. Eine abgestimmte Verhaltensweise liegt vor, wenn mehrere Unternehmen ihr Marktverhalten bewusst und gewollt aufeinander abstimmen und die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des Wettbewerbs tritt.", RPW 2004/4, 1057 Rz 48 - Vertrieb von Tierarzneimitteln; RPW 2006/3, 422 f. Rz 17 - Gebühr für den Bargeldbezug an Bancomaten bzw. Postomaten („ATM Service-Fee").

[77] BGE 129 II 18, 26 E. 6.2 (= RPW 2002/4, 736 f. E. 6.2 - *Buchpreisbindung*).

[78] BGE 129 II 18, 31 f. E. 6.5.5 (= RPW 2002/4, 742 f. E. 6.5.5 - *Buchpreisbindung*).

[79] Entscheid der EU-Kommission vom 19.12.2007 betreffend MasterCard (COMP/34.679), Rz 338 ff. MasterCard hat die Beurteilung der EU-Kommission vor dem Gericht in Luxemburg angefochten.

[80] Entscheid der EU-Kommission vom 19.12.2007 betreffend MasterCard (COMP/34.679), Rz 381 ff. In Rz 388 wird explizit festgehalten: „Finally, it is a fact that the Global Board still takes decisions on a MIF virtually, *'on behalf of the banks'*.'"

[81] Entscheid der EU-Kommission vom 19.12.2007 betreffend MasterCard (COMP/34.679), Rz 397.

[82] RPW 2006/1, 83 Rz 140 ff., *Kreditkarten - Interchange Fee*.

[83] Entscheid der EU-Kommission vom 19.12.2007 betreffend MasterCard (COMP/34.679), Rz 410 ff. und 461 ff. mit im Wesentlichen gleicher Argumentation.

B.4.1.3 Fazit Wettbewerbsabrede

210. Die DIF für Maestro stellt eine horizontale Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG dar. Es handelt sich dabei um eine Abrede unter den Issuern einerseits und unter den Acquirern andererseits. Auf eine eingehende Analyse der vertikalen Aspekte des Sachverhalts im Hinblick auf Art. 5 Abs. 4 KG wird im Rahmen dieser Vorabklärung verzichtet.

B.4.2 Beseitigung respektive erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs

B.4.2.1 Vorliegen einer horizontalen Preisabrede

211. Gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs insbesondere bei Abreden über Preise vermutet. Der Vermutungstatbestand bezieht sich auf jede Art des Festsetzens von wesentlichen Preiselementen oder Preiskomponenten und erfasst ferner direkte oder indirekte Preisfixierungen.[84]

212. Wie oben aufgezeigt wurde, bildet die geplante DIF für Maestro einen Preisbestandteil sowohl auf der Acquiring- als auch auf Issuing-Seite (vgl. Rz 209). Gemäss Schätzungen von MasterCard beträgt das Niveau der MSC in der Schweiz zwischen […] %. Damit dürfte bei Maestro die Einführung der DIF von […] auf der Acquiring-Seite ein wesentliches Element der MSC darstellen.[85] Zudem würde ein wesentlicher Anteil an den Gesamterträgen der Issuer auf die DIF entfallen. Es ist insofern auch davon auszugehen, dass von der DIF eine preisharmonisierende Wirkung ausgeht.[86]

213. Insofern fällt die geplante DIF für Maestro als Preisabrede unter den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG. Dies ist auch konsistent mit der kartellrechtlichen Würdigung früherer Zahlkartenfälle.[87]

B.4.2.2 Umstossung der gesetzlichen Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG

214. Nachfolgend wird geprüft, ob die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs umgestossen werden kann. Die Vermutung kann durch den Nachweis umgestossen werden, dass trotz der Wettbewerbsabrede wirksamer Aussenwettberb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) besteht.

215. Um festzustellen, ob die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs umgestossen werden kann, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

B.4.2.2.1 Relevanter Markt

216. Die Wettbewerbsbehörden haben sich bereits verschiedene Male zur Marktabgrenzung bei Kredit- sowie bei Debitkartensystemen geäussert.[88]

I. Zweiseitiger Markt

217. Maestro funktioniert in der Schweiz als Vierparteien-Debitkartensystem.[89] Bei einem solchen System liegt ein zweiseitiger Markt vor, da zwei (oder mehr) Nachfragegruppen über eine Plattform interagieren. Somit gibt es mehrere Marktteilnehmer, aus deren Sicht der sachlich relevante Markt abgegrenzt werden kann: Einerseits ist der Markt aus Sicht der *Karteninhaber* abzugrenzen, d.h. aus Sicht derjenigen Personen, welche eine Debitkarte bei den Issuern nachfragen (Issuing-Markt). Andererseits kann der Markt auch aus Sicht der *Händler* bestimmt werden, welche die Debitkarten als Zahlungsmittel entgegennehmen und den Anschluss an ein Debitkartensystem bei den Acquirern nachfragen (Acquiring-Markt). Schliesslich sind aber auch *Issuer* und *Acquirer* selbst Marktteilnehmer. Sie sind Nachfrager von Lizenzen für Debitkartensysteme bei den Lizenzgebern (z.B. Visa, MasterCard), um das Issuing bzw. Acquiring zu betreiben (Systemmarkt).[90]

218. Es gibt keinen Anlass, im vorliegenden Fall von dieser Einteilung abzuweichen, sodass die nachfolgenden Ausführungen im Wesentlichen denjenigen in den bisherigen Zahlkartenfällen entsprechen.[91]

II. Sachlich relevanter Markt

219. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 [VKU; SR 251.4], welcher hier analog anzuwenden ist).

a. Abgrenzung der Debitkarten zu Kreditkarten und zu anderen Zahlungsmitteln

220. In der bisherigen Praxis der Wettbewerbsbehörden wurde dargelegt, dass Kredit- und Debitkarten sowie auch andere Zahlungsmittel wie Bargeld, Checks, Giro-Verkehr, Kundenkarten etc. weder aus Sicht der Händler

[84] Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23.11.1994, S. 567 (BBl 1995 I 567).
[85] Meldung, Rz 45.
[86] So auch schon in: RPW 2006/4, 609 Rz 64 - *Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen und geplantes Preismodell von Telekurs Multipay AG*; RPW 2006/1, 85 Rz 154 - *Kreditkarten - Interchange Fee*.
[87] RPW 2006/4, 609 Rz 66 - *Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen und geplantes Preismodell von Telekurs Multipay AG*; RPW 2006/1, 85 Rz 159 - *Kreditkarten - Interchange Fee*.
[88] RPW 2011/1, 117 Rz 143 ff., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*; RPW 2009/2, 132 ff. Rz 96 ff. - *Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem Visa V PAY*; RPW 2006/4, 609 ff. Rz 69 ff. - *Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen und geplantes Preismodell von Telekurs Multipay*. RPW 2006/1, 85 ff. Rz 162 ff. - *Kreditkarten – Interchange Fee*; RPW 2003/1, 118 ff. Rz 72 ff. - *Kreditkarten - Akzeptanzgeschäft*.
[89] RPW 2006/4, 603 Rz 11, *Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen und geplantes Preismodell von Telekurs Multipay AG*.
[90] Auf die Abgrenzung eines sogenannten Wholesale-Marktes, welcher sich auf die für das Funktionieren des Systems notwendigen Dienstleistungen zwischen den Issuer und Acquirern beziehen würde, kann im vorliegenden Fall ebenfalls verzichtet werden. Vgl. hierzu die Begründung in: RPW 2006/4, 609 Rz 69 ff., *Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen und geplantes Preismodell von Telekurs Multipay AG*; RPW 2006/1, 85 f. Rz 164 ff., *Kreditkarten - Interchange Fee*.
[91] Auch die EU-Kommission hat in ihren bisherigen Entscheiden zu den Zahlkartenverfahren stets zwischen einem System-, einem Issuing- und einem Acquiring-Markt unterschieden: Entscheid der EU-Kommission vom 19. Dezember 2007 i.S. MasterCard (COMP/34.579), 83 f. Rz 278 ff.; Entscheid der EU-Kommission vom 3. Oktober 2007 i.S. Morgan Stanley/Visa International und Visa Europe (COMP/37.860), 14 f. Rz 39 ff.

noch aus Sicht der Karteninhaber nahe Substitute darstellen, sondern sich als Zahlungsmittel vielmehr ergänzen.[92]

221. Diese Frage wurde 2005 von der ehemaligen Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF) im Zusammenhang mit mehreren Beschwerden gegen einen früheren Entscheid der Weko betreffend das Kreditkarten-Acquiring[93] geprüft und im Sinne des Entscheides der Weko grundsätzlich bestätigt. Die REKO/WEF hatte dabei festgehalten, dass für den Transaktionsentscheid eines Karteninhabers Kredit- und Debitkarten aufgrund produktspezifischer Eigenschaften nicht vollständig substituierbar seien und dies für den Händler in seiner Kosten-Nutzen-Analyse beachtlich sei. Da ein Händler mit der Annahme einzelner bargeldloser Zahlungsmittel immer nur denjenigen Kunden erreichen könne, welche über ein bestimmtes Zahlungsmittel verfügen und auch bereit sind, dieses am Verkaufspunkt selbst dann einzusetzen, wenn der Händler verschiedene Zahlungsmethoden anbiete, müsse im Acquiring von einer Komplementarität der einzelnen Zahlungsmittel ausgegangen werden.[94]

222. Die Praxis wurde kürzlich von der Weko im Entscheid in Sachen SIX / Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC) mit Bezug auf das Debitkarten-Acquiring bestätigt[95]:

223. Danach bestehen aus Sicht des Händlers nach wie vor wesentliche Unterschiede zwischen dem Debit- und dem Kreditkarten-Acquiring, namentlich hinsichtlich der Kosten und der unterschiedlichen Pricing-Modelle. Hinzu kommen die unterschiedliche Verbreitung von Debit- und Kreditkarten in der Schweiz, eine ungleiche Verwendung der beiden Zahlungsmittel in Abhängigkeit zur Höhe des Transaktionsbetrages und der häufigere Einsatz der Debitkarte am Verkaufspunkt.[96]

224. In Bezug auf die Abgrenzung von Kreditkarten zu anderen Zahlungsmitteln hat die Weko mit Verweis auf eine deutsche Studie zum Zahlungsverhalten im Online-Handel im vorgenannten Entscheid klar festgehalten, dass Zahlungsmittel wie Vorkasse, Rechnung, Kreditkarten und E-Payment keine Substitute darstellen, sondern komplementärer Natur seien.[97]

225. Zwar wurden in der zitierten Studie Debitkarten gerade nicht erwähnt, da sie in Deutschland – gleich wie in der Schweiz – für Online-Zahlungen derzeit nicht eingesetzt werden können. Dennoch kann für den vorliegenden Fall davon ausgegangen werden, dass sich an der Aussage der Weko kaum etwas ändern würde, wenn die Debitkarte ebenfalls für Online-Zahlungen eingesetzt werden könnten, zumal selbst die Kreditkarte scheinbar die übrigen im Online-Handel gebräuchlichen Zahlungsmittel nicht zu substituieren vermag.[98] Aus Sicht der Händler sind somit Debitkarten weder durch Kreditkarten noch durch andere Zahlungsmittel substituierbar.

226. Bei der Beurteilung der Substituierbarkeit aus Sicht des Karteninhabers hat die Weko in ihrem Entscheid aus dem Jahre 2005 unterschieden zwischen dem Zeitpunkt des Einsatzes eines Zahlungsmittels am Verkaufspunkt, und demjenigen, in welchem ein (unbares) Zahlungsmittel angeschafft wird.[99] Dabei wurde festgehalten, dass sich für einen Konsumenten in der Schweiz beim Einsatz eines Zahlungsmittels je nach Situation am Verkaufspunkt oftmals eine Substitutionsbeziehung ergeben könne, weil die Händler verschiedene Zahlungsmittel akzeptierten. Dennoch gäbe es eine Vielzahl an unterschiedlichen Situationen (z.B. Einsatz im Ausland, Teilnahme an Kundenbindungsprogrammen, Inanspruchnahme der Kreditfunktion etc.), bei welchen der Konsument sich bewusst des einen oder anderen Zahlungsmittel bedienen wolle, weshalb sich für ihn die Möglichkeit zur Substitution einschränke.[100]

227. Weiter führt die Weko im erwähnten Entscheid aus, dass sich ein Konsument in Abhängigkeit der zukünftig erwarteten Situationen am Verkaufspunkt die Frage stellen müsse, welche Zahlungsmittel er zusätzlich zu Bargeld anschaffen wolle. Dabei seien die spezifischen Vorteile einer Kreditkarte (weltweite Akzeptanz, Kreditoption, beschränktes Verlustrisiko und Dienstleistungen wie Reisversicherung, Hilfe bei Notfällen etc.) respektive deren Nachteile (keine flächendeckende Akzeptanz, Jahresgebühr und andere Gebühren etc.) den Eigenschaften anderer Zahlungsmittel gegenüber zu stellen. Bereits aus dieser Gegenüberstellung könne geschlossen werden, dass die Kreditkarte kein vollständiges Substitut zu den anderen Zahlungsmittel darstelle. Zudem zeige die Verfügbarkeit an verschiedenen Zahlungsmitteln beim Konsumenten, dass auch dessen Sicht eine komplementäre Beziehung bestehe und die einzelnen Zahlungsmittel untereinander nicht substituierbare seien. Selbst Preiserhöhungen in den Vorjahren hätten gezeigt, dass für Konsumenten eine hohe Preiselastizität bestehe und eine Abwanderung von der Kreditkarte zu anderen Zahlungsmitteln nicht zu beobachten sein, was auch aus Sicht der Karteninhaber auf einen eigenständigen Markt für Kreditkarten schliessen lasse.[101]

[92] RPW 2009/2, 132 f. Rz 96 ff., *Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem V PAY*; RPW 2006/4, 611 Rz 83 ff., *Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen und geplantes Preismodell von Telekurs Multipay AG*; RPW 2006/1, 86 ff. Rz 169 ff. und 92 ff. Rz 203 ff., *Kreditkarten - Interchange Fee*.

[93] RPW 2003/1, 106 ff., *Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft*.

[94] Beschwerdeentscheid der REKO/WEF vom 9. Juni 2005, RPW 2005/3, 560 ff. E. 7.4.-7.7, *Telekurs Multipay AG/Weko*.

[95] RPW 2011/1, 117 Rz 141, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

[96] Vgl. dazu die ausführliche Begründung in RPW 2011/1, 120 ff. Rz 163 ff., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*. Die EU-Kommission kommt in ihrem Entscheid vom 3. Oktober 2007 i.S. Morgan Stanley/Visa International und Visa Europe (COMP/37.860), 16 ff. Rz 53 f., zum gleichen Schluss.

[97] RPW 2011/1, 118 f. Rz 150 f., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

[98] Diese Auffassung wird auch von der Europäischen Kommission vertreten. Sie hat in ihrem Entscheid vom 3. Oktober 2007 i.S. Morgan Stanley/Visa International und Visa Europe (COMP/37.860), 16 Rz 51, festgehalten, Händler würden Zahlkarten (Kredit- und Debitkarten) nicht als mit Bargeld oder Checks substituierbar betrachten.

[99] RPW 2006/1, 91 Rz 201 f., *Kreditkarten - Interchange Fee*.

[100] RPW 2006/1, 92 Rz 203 ff, *Kreditkarten - Interchange Fee*.

[101] RPW 2006/1, 92 f. Rz 211 ff., *Kreditkarten - Interchange Fee*.

228. Diese Betrachtungsweise hat das Sekretariat in der Vorabklärung betreffend Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen aus dem Jahre 2006 auch für die Debitkarten übernommen. Dabei hat es besonders auf die ungleiche Verwendung von Kredit- und Debitkarten in Abhängigkeit zur Höhe des Transaktionsbetrages, auf die hohe Verbreitung der Debitkarte in der Schweiz und auf die unterschiedliche Ausgestaltung hinsichtlich der Eigenschaften der beiden Kartentypen verwiesen. Als bedeutendes Element erachtete das Sekretariat auch die Tatsache, dass Konsumenten heute über verschiedene Zahlungsmittel gleichzeitig verfügen würden, was zu einer komplementären Beziehung unter den Zahlungsmitteln führe. Entsprechend ging das Sekretariat in seiner summarischen Analyse von einem Markt für Debitkartenprodukte aus.[102]

229. In der Vorabklärung zur geplanten Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem Visa V PAY aus dem Jahre 2009 ist das Sekretariat erneut von einem separaten Markt für Debitkarten ausgegangen. Zwar stellte es sich zum ersten Mal die Frage, inwiefern die vor wenigen Jahren auf den Markt gekommenen Gratiskreditkarten als Substitut zu den Debitkarten V PAY und Maestro in Betracht gezogen werden müssten. In diesem Zusammenhang verwies das Sekretariat besonders auf seine Wirkungsanalyse, welche nach der Umsetzung der einvernehmlichen Regelung aus dem Entscheid in Sachen Kreditkarten - Interchange Fee von 2005 vorgenommen worden war. Dabei sei unter anderem festgestellt worden, dass Gratiskreditkarten für tiefere Transaktionsbeträge eingesetzt würden als die herkömmlichen Kreditkarten. Teilweise seien diese sogar tiefer als das durchschnittliche Transaktionsvolumen von Debitkarten. Trotzdem vertrat das Sekretariat letztlich die Auffassung, die „neuen“ Kreditkarten würden sich in ihren Produkt- und Systemspezifikationen entscheidend von den Debitkarten V PAY und Maestro unterscheiden und könnten folglich nicht zum relevanten Markt für Debitkarten gezählt werden.[103]

230. Dass eine solche Abgrenzung nach wie vor sachgerecht ist, zeigt sich letztlich am Umstand, dass sowohl die Bestände an Kreditkarten als auch an Debitkarten in den letzten Jahren stetig gestiegen sind. Im Entscheid in Sachen SIX/Dynamic Currency Conversion (DCC) wurde hierzu von der Weko unter Verweis auf die Studie „Cards 06“ festgehalten, dass die statistisch signifikante positive Korrelation des absoluten Wachstums der beiden Kartentypen bis heute andauert, was nicht auf eine Substituierbarkeit unter den beiden Kartentypen schliessen lasse.[104]

231. Nachfolgend wird daher von einem separaten Markt für Debitkarten ausgegangen. Dabei wird auf den Markt für Debitkarten-Issuing und Debitkarten-Acquring sowie auf den Systemmarkt eingegangen.

b. Debitkarten-Issuing

232. Im Issuing-Markt wird der relevante Markt aus Sicht der Marktgegenseite des Kartenherausgebers, also der *Karteninhaber*, abgegrenzt. Auf der Ebene des Karteninhabers kommt es für die Frage der Austauschbarkeit unter den Debitkarten vor allem auf deren Produkteigenschaften an.

233. In der Schweiz existieren neben Maestro noch zwei weitere Debitkarten: die PostFinance Card und die M-Card. Beide sind als proprietäre Dreiparteien-Systeme ausgestaltet und deren Akzeptanz im Handel ist ausschliesslich auf das Gebiet der Schweiz beschränkt.[105] Auch der Bargeldbezug im Im- und Ausland ist mit diesen Debitprodukten nur beschränkt möglich. Während dem mit der PostFinance Card[106] immerhin weltweit ein Bargeldbezug an Geldausgabeautomaten möglich ist, kann mit der M-Card[107] lediglich in der Schweiz und nur an bestimmten Geldausgabeautomaten (Migros und Schweizerische Post) Bargeld abgehoben werden.

234. Demgegenüber ist Maestro ein international einsetzbares Debitkartenprodukt: Eine Bezahlung von Waren oder Dienstleistungen am POS ist innerhalb des entsprechenden Akzeptanzstellennetzes von Maestro auch grenzüberschreitend möglich. Selbst Bargeldbezüge können weltweit getätigt werden.

235. Somit ist davon auszugehen, dass sich Maestro insbesondere wegen den unterschiedlichen Einsatzmöglichkeiten im In- und Ausland und damit aufgrund der Produkteigenschaften von den nationalen Debitkarten M-Card und PostFinance Card erheblich unterscheidet.[108]

236. Demgegenüber unterscheiden sich Maestro und die geplante V PAY-Debitkarte von Visa in ihren Produkteigenschaften nur wenig: beide Produkte sind beispielsweise SEPA-konform, laufen primär über EMV Chip + PIN Technologie und sind international anerkannt. Maestro und V PAY dürften daher für die Karteninhaber eher Substitute darstellen, sofern V PAY in den nächsten Jahren erfolgreich eingeführt werden kann.[109]

237. Da Visa mit der V PAY-Debitkarte noch über keine Marktanteile verfügt und eine Einführung zwar bereits seit längerer Zeit in Aussicht gestellt worden, bisher aber unterblieb ist, umfasst der sachlich relevante Markt aktuell nur das Maestro-Issuing. Das geplante Vorhaben von Visa ist wird unter der Analyse der potenziellen Konkurrenz berücksichtigt.

[102] RPW 2006/4, 610 f. Rz 73 ff., *Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen und geplantes Preismodell von Telekurs Multipay AG*.
[103] RPW 2009/2, 132 f. Rz 96 ff., *Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem V PAY*.
[104] RPW 2011/1, 121 f. Rz 167, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.
[105] Die M-Card kann zudem nur an bestimmten Verkaufspunkten ([…]) eingesetzt werden.
[106] Betreffend Einsatzmöglichkeiten der PostFinance Card siehe: https://www.postfinance.ch/de/priv/prod/card/pfcard/direct/offer.html.
[107] Betreffend Einsatzmöglichkeiten der PostFinance Card siehe: http://www.migrosbank.ch/de/Private/KartenZahlungsverkehr/MCard.htm.
[108] Zu diesem Ergebnis ist das Sekretariat bereits in seiner Vorabklärung in Sachen V PAY aus dem Jahre 2009 gekommen: RPW 2009/2, 133 Rz 100, *Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem V PAY*.
[109] Siehe hierzu die Ausführungen in RPW 2009/2, 133 Rz 99 ff., *Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem V PAY*.

c. Debitkarten-Acquiring

238. Im Acquiring-Markt wird der relevante Markt aus Sicht der Marktgegenseite des Acquirers, also des *Händlers*, definiert.

239. Im Rahmen der Untersuchung in Sachen SIX/Dynamic Currency Conversion (DCC) hat die Weko erst kürzlich die Gründe dargelegt, weshalb aus Sicht des Handels ein eigenständiger Markt für das Maestro-Acquiring abzugrenzen sei. Dabei hat sie festgehalten, dass infolge der grossen Verbreitung von Maestro bei den Karteninhabern in der Schweiz der Händler die Akzeptanz von Maestro nicht durch die Akzeptanz der Postfinance Card bzw. der M-Card substituieren könne. Sodann sei eine Substituierung durch die beiden Debitkartensysteme auch deshalb ausgeschlossen, weil es sich bei letzteren um nationale Kartenprodukte handle, welche nur in der Schweiz herausgegeben und eingesetzt werden könnten. Ein Verzicht des Händlers auf die Akzeptanz von Maestro würde bedeuten, dass ausländische Kunden in der Schweiz keine bargeldlosen Zahlungen mit einer Debitkarte tätigen könnten.[110]

240. Was das Verhältnis zwischen Maestro und V PAY betrifft, so stellte die Weko im selben Entscheid klar, dass mangels einer Markteinführung von V PAY das Produkt trotz ähnlicher Eigenschaften nicht zum sachlich relevanten Markt zu zählen sei.[111] Zudem betonte sie unter Verweis auf die unterschiedlichen Kosten für die Händler und das fehlende „Blending“[112] zwischen Kredit- und Debitkarten, dass im Akzeptanzgeschäft eine Substitutionsbeziehung zwischen Kredit- und Debitkarten nicht vorhanden sei.[113]

241. Es gibt keine überzeugenden Gründe dafür, weshalb diese Würdigung in der vorliegenden Vorabklärung nicht auch übernommen werden könnte. Somit kann in Fortführung der bisherigen Praxis der Weko der sachlich relevante Markt als der Markt für das Maestro-Acquiring abgegrenzt werden.

d. Systemmarkt

242. In der Vorabklärung zu Visa V PAY ist das Sekretariat davon ausgegangen, dass aus Sicht der *Issuer* und der *Acquirer*, welche je für sich allein die Marktgegenseite zu den Lizenzgebern wie Visa oder MasterCard bilden (zweiseitiger Markt), vor allem die Systemeigenschaften dafür entscheidend sind, welche Debitkartenprodukte für den Issuer respektive für den Acquirer austauschbar sind.[114]

243. Aus dieser Optik wurde zwischen Drei- und Vierparteiensystemen differenziert, da die jeweiligen Systeme unterschiedlich funktionieren. Ein bedeutsamer Unterschied wurde insbesondere im Umstand gesehen, dass PostFinance Card und M-Card je als proprietäres System konzipiert sind. Der Eigentümer eines solchen Systems entscheidet darüber, ob überhaupt und wer als Issuer und Acquirer zu einem solchen System zugelassen wird. Zudem fällt beim Dreiparteien-System die Funktion des Issuers mit derjenigen des Acquirers zusammen. Demgegenüber funktioniert Maestro als offenes Vierparteiensystem. In einem solchen werden die beiden Funktionen Issuing und Acquiring getrennt und jeder Issuer und Acquirer erhält grundsätzlich Zugang zum System, sofern er über eine entsprechende Lizenz verfügt und die Regeln des Kartennetzwerkes einhält. Zudem handelt es sich bei PostFinance Card und M-Card um nationale Debitkartensysteme, während das Debitkartensystem Maestro über die Plattform von MasterCard weltweit grenzüberschreitend betrieben wird.[115]

244. Gestützt auf diese Erwägungen kam das Sekretariat in der Vorabklärung zum Schluss, dass aus Sicht der Issuer und der Acquirer das internationale Lizenzsystem Maestro nicht mit den nationalen, proprietären Dreiparteien-Systemen PostFinance Card und M-Card substituierbar ist. Hingegen wurde das System von Visa V PAY zum gleichen Markt gezählt und deshalb ein Markt für die beiden Debitkartensysteme Maestro und V PAY abgegrenzt.[116]

245. Anders als beim Debitkarten-Issuing respektive – Acquiring kann hier angemerkt werden, dass innerhalb von Europa das V PAY-System bereits in verschiedenen Ländern betrieben wird. Visa Europe bietet den Issuern und Acquirern somit grundsätzlich den Zugang zu seiner Plattform und somit zum Produkt V PAY an. Insofern kann auf Stufe des Systemmarktes nicht argumentiert werden, V PAY sei derzeit noch nicht eingeführt. Auf Systemebene umfasst der sachlich relevante Markt deshalb sowohl Maestro als auch V PAY.[117]

e. Fazit sachlich relevanter Markt

246. Vorliegend wird in Anlehnung an die Praxis der Wettbewerbsbehörden davon ausgegangen, dass Kreditkarten (sowie auch andere Zahlungsmittel wie Bargeld, Checks etc.) weder aus Sicht der Karteninhaber noch der Händlers Substitute zur Debitkarte darstellen und deshalb nicht zum relevanten Markt gehören.

247. Aufgrund der unterschiedlichen Einsatzmöglichkeiten kann aus Sicht der Karteninhaber die Maestro-Debitkarte nicht durch die Debitkarten PostFinance Card und die M-Card substituiert werden. Da V PAY als künftiges Konkurrenzprodukt noch nicht auf dem Markt ist, wird im Folgenden der **Markt für das Maestro-Issuing** als sachlich relevanter Markt abgegrenzt.

---

[110] RPW 2011/1, 122 Rz 169 f., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC).*

[111] RPW 2011/1, 122 Rz 171, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC).*

[112] Von Blending wird beispielsweise dann gesprochen, wenn ein Acquirer von seinem Vertragspartner (Händler) für die Verarbeitung von Visa- und MasterCard-Kreditkartentransaktionen eine einheitliche Händlerkommission (Merchant Service Charge) verlangt und keine Differenzierung zwischen den beiden Marken vornimmt. Der Acquierer bietet sogenannte „Blended Rates“ an (vgl. hierzu RPW 2010/3, 483 f. Rz 56 letzter Bullet-Point - *Vorsorgliche Massnahmen in Sachen Kreditkarten-Interchange Fees II*).

[113] RPW 2011/1, 120 f. Rz 163 ff. und insbes. 122 Rz 173, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

[114] RPW 2009/2, 133 Rz 99 ff., *Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem V PAY*.

[115] RPW 2009/2, 124 Rz 16, *Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem V PAY*; RPW 2006/1, 70 Rz 20, *Kreditkarten - Interchange Fee*.

[116] RPW 2009/2, 124 Rz 16, *Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem V PAY*.

[117] Zum gleichen Ergebnis kommt das Sekretariat bereits im Schlussbericht zur Vorabklärung i.S. V PAY (vgl. RPW 2009/2, 124 Rz 16 - *Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem V PAY)*.

248. Für die Händler ist eine Substitution der Akzeptanz von Maestro durch eine Akzeptanz von PostFinance Card oder M-Card aufgrund der grossen Verbreitung der Maestro-Debitkarte nicht möglich. Zudem würden bei einem Wechsel auf ein nationales Debitkartensystem die Möglichkeit ausländischer Kunden zur Bezahlung von Waren oder Dienstleistungen mittels einer Debitkarte entfallen. Mangels Markteinführung von V PAY kann der sachlich relevante Markt deshalb als der **Markt für das Maestro-Acquiring** definiert werden.

249. Sodann sind Maestro und V PAY offene und international betriebene Debitkartensysteme. Eine unbeschränkte Anzahl von Issuern und Acquirern kann eine Lizenz zur Herausgabe respektive Akzeptanz des entsprechenden Kartenproduktes erwerben. Dagegen handelt es sich bei den beiden Debitkarten PostFinance Card und die M-Card um proprietäre, nationale Dreiparteien-Systeme. Auf der Systemebene kann deshalb der sachlich relevante Markt als der **Markt für die Debitkartensysteme Maestro und V PAY** abgegrenzt werden.

III. Räumlich relevanter Markt

a. Debitkarten-Issuing

250. Der räumlich relevante Markt ist im vorliegenden Fall das Gebiet, in welchem eine Nachfrage nach Maestro-Debitkarten besteht. Dabei handelt es sich grundsätzlich um die Schweiz. Der Bezug einer Debitkarte setzt die Existenz einer Kontoverbindung des Karteninhabers zum Issuer voraus. Für die in der Schweiz wohnhaften Personen dürfte der Bezug einer Debitkarte im Ausland – mit entsprechender Kontoeröffnung im Ausland und – führung in ausländischer Währung – heute kaum eine Alternative zum Bezug einer Debitkarte bei einer Herausgeberbank in der Schweiz darstellen. Der räumlich relevante Markt für das Maestro-Issuing wird deshalb entsprechend den bisherigen Zahlkartenfällen national abgegrenzt.[118]

b. Debitkarten-Acquiring

251. Im kürzlich ergangenen Entscheid in Sachen SIX/Dynamic Currency Conversion (DCC) wurde der räumlich relevante Markt für das Maestro-Acquiring ebenfalls national abgegrenzt.[119] Zwar bezogen sich die Ausführungen zur räumlichen Marktabgrenzung im Wesentlichen auf das Kreditkarten-Acquiring. Jedoch erachtete die Weko aufgrund der Tatsache, dass alle in der Schweiz tätigen Acquirer sowohl das Kreditkarten- als auch das Debitkarten-Acquiring betreiben würden, eine analoge Übernahme der räumlichen Marktabgrenzung aus dem Kreditkarten-Acquiring als gerechtfertigt.

252. Im Folgenden kann auf diese Marktabgrenzung abgestellt werden. Der räumlich relevante Markt für das Maestro-Acquiring ist somit der Schweizer Markt.

c. Debitkartensysteme

253. Im Schlussbericht zur Vorabklärung in Sachen Visa V PAY ist das Sekretariat bei der räumlichen Abgrenzung auf der Systemebene ebenfalls von einem nationalen Markt ausgegangen. Namentlich die Umstände, dass die Issuer und Acquirer primär national präsent sind und die Lizenzsysteme von MasterCard oder Visa nationale Regeln wie beispielsweise domestische Interchange Fees vorsehen, sprachen nach Ansicht des Sekretariats für eine solche Abgrenzung. Letztlich konnte die Frage der räumlichen Marktabgrenzung in der Vorabklärung jedoch offen gelassen werden, da sie keinen Einfluss auf die kartellrechtliche Analyse hatte.[120]

254. Da sich im vorliegenden Verfahren der Sachverhalt nicht anders präsentiert, kann die räumliche Marktabgrenzung übernommen werden. Eigentlich kann sie aber auch hier offen gelassen werden, da sie die kartellrechtliche Analyse nicht beeinflusst.

d. Fazit räumlich relevanter Markt

255. Vorliegend werden sowohl der Markt für das Maestro-Issuing als auch für das Maestro-Acquiring in räumlicher Hinsicht national abgegrenzt. Die Frage der räumlichen Marktabgrenzung auf Systemebene kann vorliegend offengelassen werden, da sie keinen Einfluss auf die kartellrechtliche Analyse hat.

B.4.2.2.2 Marktstruktur auf den relevanten Märkten

a. Debitkarten-Issuing

256. Bereits im Maestro-Schlussbericht der Vorabklärung von 2006 wurde darauf hingewiesen, dass in der Schweiz zahlreiche Banken als Maestro-Issuer im Markt aktiv sind. Verglichen mit dem Kreditkartenmarkt, in welchem es in der Schweiz derzeit für die Kreditkartensysteme von Visa und MasterCard nur sieben Kartenissuer sind[121], waren bereits in diesem Zeitraum viel mehr Schweizer Banken im Maestro-Issuing aktiv. Trotz dieser grossen Anzahl an Issuern ging das Sekretariat im Schlussbericht von einer relativ hohen Anbieterkonzentration im Bereich des Maestro-Issuing bei gleichzeitiger Sättigung des Marktes aus. Entscheidend war dabei die Tatsache, dass das Recht zur eigenen Vertretung im MAECC an einen Mindestmarktanteil im Bereich des Issuing gebunden war. Dieses Minimum erfüllten im Zeitpunkt der Vorabklärung je für sich allein nur die beiden Grossbanken, während dem die mittleren und kleineren Banken durch ihre Verbände (in casu RBA Zentralbank, Schweizer Verband für Raiffeisenbanken und Verband Schweizer Kantonalbanken) vertreten waren. Der Gesamtanteil am Issuing-Markt der im MAECC vertretenen Issuer betrug dabei zwischen 90 und 100 %.[122]

257. Im Schlussbericht zu Visa V PAY hat das Sekretariat im Rahmen der Prüfung der Wettbewerbssituation und der Marktstellung von Maestro erneut auf diese Beurteilung abgestützt.[123]

[118] RPW 2009/2, 134 Rz 109, *Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem V PAY* (mit Hinweisen auf die bisherige Praxis).
[119] RPW 2011/1, 123 Rz 174 ff., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.
[120] RPW 2009/2, 135 Rz 112 ff., *Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem V PAY*.
[121] Das Issuinggeschäft für Visa und MasterCard betreiben derzeit Credit Suisse, Cornèr Banca SA, UBS AG, Viseca Card Services AG, Jelmoli Bonus Card AG, Die Schweizerische Post und GE Money Bank AG (vgl. RPW 2010/3, 474 f. Rz 11, *Vorsorgliche Massnahmen in Sachen Kreditkarten-Interchange Fees II)*.
[122] RPW 2006/4, 612, Rz 98 ff., *Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen und geplantes Preismodell von Telekurs Multipay AG*.
[123] RPW 2009/2, 136 Rz 121, *Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem V PAY*.

258. Gemäss neueren Angaben von MasterCard ist die Anzahl der Issuer mit einer Maestro-Lizenz in den letzten Jahren gestiegen (vgl. oben Rz 32 ff.). Neben den Principal Licensees verfügen heute 258 Finanzinstitute über eine (Sub-) Lizenz zur Herausgabe von Maestro-Debitkarten. Dies sind rund 80 % aller in der Schweiz registrierten Banken[124], wobei nicht alle Banken das Zahlungsverkehrsgeschäft und somit Maestro-Karten anbieten. Bleiben die Banken mit speziellen Geschäftsfeldern wie beispielsweise dem Investmentbanking oder dem Vermögensvewaltungsgeschäft unberücksichtigt, so dürfte der Anteil der Banken mit einer Issuing-Lizenz für Maestro-Debitkarten praktisch 100 % betragen.

259. Diese Zunahme innerhalb der letzten Jahre dürfte darauf zurück zu führen sein, dass Finanzinstitute vermehrt auf die Herausgabe einer reinen Bankkarte verzichten und diese mit der Maestro-Funktion versehen oder dem Kunden zusätzlich zur Bankkarte eine Maestro-Debitkarte anbieten. Letztere ermöglicht dem Kunden, nicht nur an institutseigenen Geldausgabeautomaten Bargeld zu beziehen, sondern auch Automaten anderer Institute zu nutzen und zwar im In- wie auch im Ausland. Zudem können mit der Maestro-Debitkarte Zahlungen am Verkaufspunkt getätigt werden, was mit einer reinen Bankkarte nicht möglich ist.

260. In der Revision der Maestro Domestic Rules von 2009 haben die Issuer und Acquirer am Erfordernis der Mindestmarktanteile für die Vertretung im MAECC festgehalten. Dabei müssen mindestens 5 % des gesamten Issuing-Volumens, gemessen am Total der Verkäufe mittels Maestro-Transaktionen an den Verkaufspunkten und an Tankstellen in der Schweiz erreicht werden, um Anrecht auf einen Sitz im MAECC zu erhalten. Dieser Mindestanteil kann entweder von einem Issuer allein, oder von einer Gruppe mehrerer Lizenznehmer, erreicht werden. Derzeit sind aufgrund dieser Bestimmungen die UBS AG, die Credit Suisse, Raiffeisen Schweiz und der Verband Schweizerischer Kantonalbanken (via die Zürcher Kantonalbank) im MAECC vertreten. Nicht mehr vertreten ist die RBA Zentralbank AG (heute Entris Banking AG).

b. Debitkarten-Acquiring

261. Im Acquiring von Maestro werden die allermeisten Transaktionen über die SIX Multipay abgewickelt. Unter dem nationalen ec-System verfügte das Unternehmen noch bis ins Jahr 2005 über eine Exklusivlizenz für das Acquiring. Mit dem Übergang zum Maestro-System entfiel jedoch die Exklusivlizenz. In der Folge kam es zu den Markteintritten von Aduno und den beiden deutschen Cross Border-Acquirern B&S und Concardis. Dennoch verfügt heute SIX Multipay nach wie vor über derart hohe Marktanteile im Maestro-Acquiring, weshalb die Weko kürzlich im Rahmen der Untersuchung SIX/Dynamic Currency Conversion (DCC) zum Schluss kam, dass SIX Multipay im Markt für das Maestro-Acqiring über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.[125]

c. Systemebene

262. Maestro ist in der Schweiz derzeit das einzige internationale Vierparteiensystem und verfügt somit über einen Marktanteil von 100 %. Selbst im Vergleich zu den Dreiparteien-Systeme der Schweizerischen Post und der Migros ist der Anteil von Maestro als hoch anzusehen, wie die nachfolgende Tabelle zeigt:

Tabelle 7: Marktanteile von Maestro, PostFinance Card und M-Card 2010:[126]

Debitkarte	Anzahl emittierte Debitkarten		Anzahl Transaktionen[1]		Transaktionsvolumen[2] (CHF)	
	in Mio.	in %	in Mio.	in %	in Mio.	in %
Maestro	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
PostFinance Card	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
M-Card[3]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
Total	[…]	**100 %**	[…]	**100 %**	[…]	**100 %**

[1] Transaktionen in der Schweiz mit einer inländischen Debitkarte.
[2] […].
[3] […].

263. Die Angaben zeigen, dass selbst bei einer Ausweitung des sachlich relevanten Marktes auf die Dreiparteien-Systeme mit einem Marktanteil von […] % (gemessen am Transaktionsvolumen) Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung von Maestro gegeben wären.[127] Demgegenüber erreicht die Schweizerische Post lediglich einen Marktanteil von […] % während dem das System der Migros mit nur […] % Anteil am gesamten Transaktionsvolumen vernachlässigbar ist.

[124] Gemäss der Schweizerischen Nationalbank waren Ende 2009 in der Schweiz 325 Banken meldepflichtig (vgl. Schweizerische Nationalbank, Die Banken in der Schweiz, 2009, 26).
[125] RPW 2011/1, 131 ff. Rz 232 ff., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.
[126] Im Rahmen der Vorabklärung wurden diese Angaben von den Unternehmen als Geschäftsgeheimnisse deklariert. Aus öffentlichen Quellen sind für 2010 Daten über Anzahl emittierte Debitkarten, Transaktionen und Transaktionsvolumen für Maestro und PostFinance Card unter folgendem Link zugänglich: http://www.vez-epay.ch/de/markt-kredit-debitkarten.html > Statistiken Debitkarten (08.10.2012). Gemäss den dort verfügbaren Angaben entfielen per Ende 2010 auf Maestro 5‘495‘000 Karten, 246.5 Mio. Transaktionen und CHF 21‘080 Mio. Transaktionsvolumen und auf die PostFinance Card 2‘736‘000 Karten, 135 Mio. Transaktionen und CHF 9‘853 Mio. Transaktionsvolumen. Die Angaben der M-Card sind nicht öffentlich verfügbar.
[127] Der Marktanteil dürfte sogar noch leicht höher sein, da die vorliegende Berechnung lediglich die Daten von SIX Multipay AG, nicht aber der anderen Acquirer berücksichtigt.

264. Zu dieser Schlussfolgerung ist das Sekretariat bereits im Schlussbericht zur Vorabklärung in Sachen Visa V PAY gelangt. Darin wurde ebenfalls festgehalten, dass Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung von Maestro auf der Systemebene vorliegen würden und diese bereits in der früheren Vorabklärung aus dem Jahre 2006 bestanden hätten.[128]

B.4.2.2.3. Keine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

265. Vorliegend stellt sich die Frage, ob beim Maestro-System trotz der Einführung der geplanten DIF ein gewisser „Restwettbewerb" bestehenbleibt. Dieser hängt unter anderem vom Ausmass ab, in welchem die Issuer und Acquirer ihre Preisgestaltung trotz geplanter DIF für Maestro individuell vornehmen können (hier im Sinne des Innenwettbewerbs).

266. Bereits in der Untersuchung zu den Kreditkarten – Interchange Fees hatte die Weko ausgeführt, dass die DMIF für die Acquirer eine wichtige Kostenkomponente darstellten, da sie einen erheblichen Teil der MSC ausmache und über diese gedeckt werden müsse. Der DMIF komme so die Wirkung der Fixierung einer Preisuntergrenze für die MSC zu. Die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs könne nur dann umgestossen werden, wenn nachgewiesen werde, dass bezüglich dem Endpreis, also dem die DMIF übersteigenden Preisanteils der MSC, noch ein gewisser Restwettbewerb bestehe.[129]

267. Die gleiche Frage stellte sich auch für das Issuing von Kreditkarten, obwohl die Sichtweise dort eine andere war: Beim Issuing stellt die DMIF nicht eine Kosten-, sondern eine Ertragskomponente dar. Ein Umstossen der Vermutung ist dann möglich, wenn die Issuer neben der DMIF auch noch andere Einnahmen im Zusammenhang mit dem Issuing von Kreditkarten generieren. In casu waren es die Einnahmen beispielsweise aus den Jahresgebühren oder aus den Zinsen für die Inanspruchnahme der Kreditfunktion.[130]

268. Diese Ausführungen wurde in der Vorabklärung zur Einführung einer DMIF für das Maestro-System aus dem Jahre 2006 berücksichtigt und in Bezug auf das Maestro-Issuing wurde festgehalten, dass gewisse Indizien auf einen Restwettbewerb schliessen lassen, weshalb die Vermutung deshalb umgestossen werden könne.[131] Auch in der Vorabklärung zu Visa V PAY stützte das Sekretariat seine Argumentation auf diese Aussagen ab.[132]

269. Eine genaue Aussage zum Ausmass der Beseitigung des Wettbewerbs kann auch im vorliegenden Fall nicht gemacht werden, da der Anteil der Einnahmen aus der geplanten DIF gemessen an den Gesamteinnahmen der Issuer aus dem Maestro-Issuing respektive der Anteil der DIF an den Gesamtkosten der Acquirer mangels Umsetzung nicht genau bestimmbar ist. Es kann jedoch davon ausgegangen werden, dass - analog zu den bisherigen Zahlkartenfällen - den Issuern und den Acquirern selbst nach Einführung der DIF ein gewisser Preissetzungsspielraum verbleibt.[133]

270. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Anhaltspunkte bestehen, wonach der Wettbewerb im vorliegenden Fall durch die Einführung einer DIF für Maestro-Transaktionen nicht vollständig beseitigt werden kann, da bei der Preissetzung ein gewisser Spielraum vorhanden ist. Dieser Umstand hat zur Folge, dass die Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG umgestossen werden kann. Insofern ist weiter zu prüfen, ob die Abrede den Wettbewerb erheblich zu beeinträchtigen vermag und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt (Art. 5 Abs. 1 KG).

B.4.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

271. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). Im Folgenden wird zuerst die qualitative und die quantitative Erheblichkeit der Preisabrede und anschliessend allfällige Effizienzgründe zur Rechtfertigung der Wettbewerbsabrede geprüft.

B.4.3.1 Qualitative Kriterien

272. Es ist für das Vorliegen der qualitativen Erheblichkeit ausreichend, dass der von der Abrede betroffene Wettbewerbsparameter auf dem fraglichen Markt eine gewisse Bedeutung aufweist. Der Preis stellt grundsätzlich einen wichtigen Wettbewerbsparameter dar. Sodann haben horizontale Preisabsprachen erfahrungsgemäss negative Auswirkungen auf den Wettbewerb. Die DIF wirkt sich, wie aufgezeigt, auf den Preisfestsetzungsspielraum der Issuer und Acquirer aus und erfüllt angesichts der vom Gesetzgeber in Art. 5 Abs. 3 KG vorgenommenen Wertung die qualitativen Voraussetzungen für eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung auf dem Issuing- und Acquiring-Markt für das Debitkartensystem Maestro in der Schweiz.[134]

B.4.3.2 Quantitative Kriterien

273. Bei der Prüfung, ob die Abrede in quantitativer Hinsicht den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt, ist der aktuelle und potentielle Wettbewerb durch allfällige Kartellaussenseiter summarisch zu prüfen.

274. Für eine quantitative Analyse der Auswirkungen einer DIF für Maestro auf den Wettbewerb im Schweizer Debitkartenmarkt sind somit die folgenden Ebenen zu unterscheiden:

[128] RPW 2009/2, 135 Rz 116 ff., *Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem V PAY*.
[129] RPW 2006/1, 93 f. Rz 224 ff., *Kreditkarten - Interchange Fee*.
[130] RPW 2006/1, 94 Rz 229 ff., *Kreditkarten - Interchange Fee*.
[131] RPW 2006/4, S. 611 f. Rz 88 ff., *Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen und geplantes Preismodell von Telekurs Multipay AG*.
[132] RPW 2009/2, 136 Rz 124 ff., *Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem V PAY*.
[133] MasterCard Europe schätzt, dass das Niveau der MSC nach der Einführung von Maestro in der Schweiz von 0.3 % auf 0.15 bis 0.2 % gefallen ist. Gleichzeitig erwartet MasterCard, dass sich die Maestro Fallback Interchange Fee durchschnittlich auf 0.25 % belaufen wird. Damit würde die DMIF von Maestro rund 50-60 % der MSC ausmachen.
[134] Siehe auch RPW 2009/2, 136 f. Rz 128, *Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem V PAY*; RPW 2006/4, S. 612 Rz 94 f., *Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen und geplantes Preismodell von Telekurs Multipay AG*; RPW 2006/1, 84 f. Rz 149 ff., *Kreditkarten - Interchange Fee*.

275. Einerseits befinden sich die am Maestro Debitkartensystem beteiligten Issuer respektive Acquirer möglicherweise in einem Intrabrand-Wettbewerb bezüglich der Herausgabe respektive der Akzeptanz von Maestro Debitkarten. Dieses Verhältnis entspricht dem Wettbewerb zwischen den an der Abrede beteiligten Unternehmen (sogenannter Innenwettbewerb), da alle Issuer und Acquirer von der Vorgabe MasterCards betreffend der DIF betroffen sind. Andererseits besteht auch ein Interbrand-Wettbewerb zwischen verschiedenen Debitkartensystemen, welcher vorliegend dem Wettbewerb durch Kartellaussenseiter (Aussenwettbewerb) gleichzusetzen ist.[135]

B.4.3.2.1 Intrabrand-Wettbewerb

276. Es ist davon auszugehen, dass durch die geplante DIF für Maestro der Preissetzungsspielraum der Acquirer (durch die Festsetzung eines Mindestpreises) als auch der Preissetzungsspielraum der Issuer (durch die Festsetzung einer Ertragskomponente) nicht vollständig beseitigt werden kann und somit trotz der DIF ein gewisser Intrabrand-Wettbewerb („Restwettbewerb") sowohl auf dem Issuing- als auch auf dem Acquiring-Markt grundsätzlich möglich ist (vgl. die Ausführungen dazu in Rz 265 ff.).[136]

277. Allerdings ist anzufügen, dass im Rahmen der früheren Vorabklärung betreffend Einführung einer DMIF für das Maestro-System das Sekretariat trotz einem möglichen Restwettbewerb zum Schluss gekommen ist, dass keine Anhaltspunkte für einen genügend wirksamen Wettbewerb zwischen den in der Schweiz tätigen Maestro-Issuern bestünden. Es stützt diese Aussage sowohl auf die Feststellung, wonach die Konditionen in den vorangegangenen Jahren sehr stabil geblieben seien, wie auch auf die Annahme, dass der Markt für das Maestro-Issuing eher als gesättigt betrachtet werden könne. Zudem würden auch neue Marktteilnehmer (z.B. Cross Border-Issuer) nicht zu einer Verstärkung des Wettbewerbs führen, weil diese ebenfalls an die DMIF gebunden wären und deshalb kein Wettbewerbsdruck auf die DMIF zu erwarten sei.[137]

278. Dass ein wirksamer Wettbewerb im Issuing vorwiegend über die Einführung von Debitkartenprodukten eines neuen Anbieters entstehen oder allenfalls verstärkt werden kann, offenbaren auch die Aussagen der Issuer aus den Hearings, welche das Sekretariat im Rahmen der Vorabklärung zu Visa V PAY geführt hatte. Diesen zufolge könne der Wettbewerb nur über die Lancierung der Debitkarte eines neuen Anbieters erhöht werden, da nur in diesem Fall die Lizenz- und Verwaltungskosten der einzelnen Debitkartensysteme tendenziell auch sinken würden. Gleichzeitig könne mit dem Produkt eines neuen Anbieters auch die unterschiedlichen Kundenbedürfnisse gedeckt werden.[138]

279. Auch im Bereich des Maestro-Acquirings kam die Weko in der Untersuchung in Sachen SIX/Dynamic Currency Conversion (DCC) vor Kurzem zum Schluss, dass ein wirksamer Wettbewerb nicht vorliegen kann. Dabei wurde nachgewiesen, dass sich trotz Übergang vom nationalen ec-System zum Maestro-System und damit einhergehend der Aufgabe der Exklusivlizenz durch SIX Multipay deren Marktstellung im Vergleich zu den neu in den Markt eingetretenen Konkurrenten Aduno, B&S und Concardis praktisch nicht verändert hatte. Die Weko erachtete die SIX Multipay deshalb als marktbeherrschend.[139]

B.4.3.2.2 Interbrand-Wettbewerb

280. In Bezug auf die aktuelle Konkurrenz kann Folgendes festgehalten werden: Maestro ist derzeit das einzige internationale Vierparteien-Debitkartensystem im Schweizer Markt und verfügt somit über einen Marktanteil von 100 %. Es besteht somit derzeit kein aktueller Interbrand-Wettbewerb, weder im Bereich des Issuings, noch des Acquirings.

281. Inwiefern es zwischen den internationalen Vierparteien-Systemen infolge des angekündigten Markteintritts von V PAY künftig zu wirksamem Interbrand-Wettbewerb (Systemwettbewerb) kommen wird, ist derzeit schwer einzuschätzen. Diese zentrale Frage kann erst nach erfolgtem Markteintritt von V PAY untersucht und beantwortet werden.

282. Immerhin haben sowohl Visa Europe wie auch die Acquirer im Rahmen der Vorabklärung zu Visa V PAY ausgeführt, dass bei einer Einführung von V PAY der Wettbewerb unter den Acquirern im Schweizer Markt verstärkt würde. Dies hange unter anderem damit zusammen, dass in der Schweiz das Acquiring mit Produkten von Visa (bisher nur Kreditkarten) weniger konzentriert sei, als das Acquiring für MasterCard-Produkte (Kredit- und Debitkarten), was historisch bedingt sei. Da SIX Multipay bei der Abwicklung von V PAY über einen geringeren Marktanteil verfüge, könne durch die Einführung von V PAY die Konkurrenz im Acquiring tendenziell erhöht werden.[140]

283. Dieser Schlussfolgerung des Sekretariats wurde von der Weko in der kürzlich erfolgten Untersuchung SIX/Dynamic Currency Conversion (DCC) widersprochen. Die Weko hielt dabei fest, dass der Markteintritt von V PAY trotz entsprechender Ankündigung bisher nicht erfolgt sei und auch die für das Jahr 2011 erwartete, erste Kartenherausgabe keine disziplinierende Wirkung auf die Marktstellung von SIX Multipay haben werde, dies unter anderem, weil die Erfolgschancen für den Markteintritt nach wie vor unklar und erste Wirkungen frühestens nach zwei bis drei Jahren zu erwarten seien.

[135] Diese Unterscheidung wurde so bereits im Schlussbericht zur Vorabklärung in Sachen Visa V PAY getroffen; Vgl. RPW 2009/2, 137 f. Rz 129 ff., *Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem V PAY*.

[136] Siehe ebenso RPW 2009/2, 138 Rz 139, *Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem V PAY*; RPW 2006/4, S. 611 f. Rz 88 ff., *Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen und geplantes Preismodell von Telekurs Multipay AG* (mit Bezug auf das Maestro-Issuing).

[137] RPW 2006/4, S. 612 f. Rz 98 ff., *Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen und geplantes Preismodell von Telekurs Multipay AG*.

[138] RPW 2009/2, 137 Rz 58 und 134, *Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem V PAY*.

[139] RPW 2011/1, 131 ff. Rz 232 ff., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

[140] RPW 2009/2, 137 Rz 133, *Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem V PAY*.

Aus diesem Grunde kam die Weko zum Schluss, dass von der potenziellen Konkurrenz im Maestro-Acquiring keine disziplinierende Wirkung auf die Marktstellung von SIX Multipay zu erwarten sei.[141]

284. Fraglich ist auch, ob die vom European Payments Council (EPC)[142] initiierte Single Euro Payments Area (SEPA), ein Programm für die Schaffung eines harmonisierten und offenen interoperablen Euro-Zahlungsverkehrsmarkt in Europa, künftig für mehr Wettbewerb unter den Debitkartensystemen zu sorgen vermag. Das Programm sieht dabei insbesondere die Erarbeitung einer „SEPA Cards Framework" (SCF) vor. Diese soll sicherstellen, dass eine in Europa ausgegebene Zahlkarte an einem europäischen Verkaufspunkt einsetzbar ist (sofern es sich um eine Transaktion in EURO handelt) und zwar unabhängig davon, aus welchem Land Karte und Terminal stammen. Ausserdem soll die Sicherheit der Zahlungsabwicklung dadurch gefördert und der Missbrauch zurückgedrängt werden, dass ab 2011 Karten mit einem EMV Chip ausgestattet werden und jede Transaktion mittels PIN-Eingabe zu bestätigen ist.

285. Ziel der SCF ist die Verstärkung des Wettbewerbs unter den verschiedenen (nationalen) Zahlkartensystemen in Europa. Die SCF sieht hierfür vor, dass nationale Systeme wie beispielsweise das deutsche „electronic cash" geöffnet und der Zugang für ausländische Karten ermöglicht werden. Gleichzeitig sollen Terminals, welche bisher nur über nationale Systeme verfügbar waren, auch an ausländischen Verkaufspunkten eingesetzt werden können. Dadurch soll erreicht werden, dass bisher nur auf nationaler Ebene eingesetzte Zahlkartensysteme für grenzüberschreitende Transaktionen genutzt werden können, ohne dass hierfür ein Co-Branding mit einem bestehenden Zahlkartensystem (zum Beispiel V PAY oder Maestro) notwendig ist.

286. Es ist somit davon auszugehen, dass durch SEPA in naher Zukunft europaweit allenfalls neue und SEPA-konforme Wettbewerber in den Markt eintreten werden. Jedoch werden diese Markteintritte kaum oder zumindest anfänglich nicht zu einer Verstärkung des Wettbewerbsdrucks auf das Maestro-Debitkartensystem in der Schweiz führen, und zwar aus dem einfachen Grund, weil SEPA nur Transaktionen in EURO verarbeitet, nicht aber in Schweizer Franken.

287. Somit kann in Anlehnung an die Erwägungen im Schlussbericht zur Vorabklärung Visa V PAY der Schluss gezogen werden, dass ein Interbrand-Wettbewerb in naher Zukunft kaum Einfluss auf die Marktstellung des Maestro-Systems in der Schweiz haben wird.

B.4.3.3 Fazit Erheblichkeit

288. Die für das Maestro-System vorgesehene DIF wird sich, wie oben ausgeführt, auf den Preissetzungsspielraum der Issuer und Acquirer auswirken und erfüllt angesichts der vom Gesetzgeber in Art. 5 Abs. 3 KG vorgenommenen Wertung in qualitativer Hinsicht die Voraussetzungen für eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung auf den Märkten für das Maestro-Issuing und -Acquiring in der Schweiz.

289. Die definitiven Auswirkungen der geplanten DIF für Maestro auf die Wettbewerbssituation im Schweizer Debitkartenmarkt lassen sich jedoch vor einer Implementierung und vor dem Hintergrund der angekündigten Markteinführung von V PAY nur schwer abschätzen.

290. Eine DIF für Maestro muss insbesondere aber vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen Bedeutung, welche dieses Produkt in der Schweiz heute im elektronischen Zahlungsverkehr generell und im Debitkartenmarkt im Einzelnen erlangt hat, als erhebliche Wettbewerbsbeschränkung qualifiziert werden. Mit Maestro ist derzeit nur ein einziges internationales Vierparteien-Debitkartensystem auf dem Markt und im Acquiring wird die grosse Mehrheit aller Transaktionen über die marktbeherrschende SIX Multipay abgewickelt. Maestro verfügt aktuell somit über eine Monopolstellung auf den Märkten für das Issuing und das Acquiring.

291. Betreffend der Frage der Erheblichkeit liegen somit nach einer summarischen Prüfung des Sachverhalts Anhaltspunkte dafür vor, dass die DIF als Preisabrede den Wettbewerb im Schweizer Debitkartenmarkt erheblich beeinträchtigt.

B.4.4 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

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

293. Die Vorabklärung des Sekretariates hat Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die geplante Wettbewerbsabrede den Wettbewerb erheblich beeinträchtigen könnte. Daher sollen in der Folge die von MasterCard vorgebrachten möglichen Effizienzgründe näher geprüft werden.

B.4.4.1 Effizienzsteigender Zweck der DIF

294. Gemäss MasterCard hat die DIF den Zweck, die Nachfrage der Karteninhaber und der Händler untereinander auszugleichen und zu einem Optimum zu bringen, indem die Issuer an den Einnahmen, welche die Acquirer über die MSC erzielen, beteiligt werden. Dieser Ausgleichsmechanismus soll beiden Seiten des Systems, den Issuer und den Acquirer, die nötigen finanziellen Anreize liefern, Dienstleistungen gegenüber dem Handel und den (potenziellen) Karteninhabern so zu erbringen, dass die Zahl der im Umlauf befindlichen Karten maximiert und optimiert wird.

[141] RPW 2011/1, 133 Rz 240 ff., SIX/*Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

[142] Der European Payment Council ist eine Vereinigung von europäischen Finanzdienstleistungsanbietern, wozu auch die Schweizer Banken gehören. Sie vertritt die Interessen ihrer Mitglieder im Bereich des elektronischen Zahlungsverkehrs (siehe www.europeanpaymentscouncil.eu; zuletzt besucht am 31.5.2011).

295. Ob sich die Einführung einer Interchange Fee bei einem gut funktionierenden und schon weitverbreiteten Debitkartensystem ökonomisch rechtfertigen lässt, ist zumindest fraglich. Das Maestro-System verzeichnet in der Schweiz eine hohe Marktpenetration. Es kann davon ausgegangen werden, dass Maestro in der Schweiz mit fast einer emittierten Karte pro Erwachsenen auch ohne Interchange Fee den Grad der Marktsättigung bereits annähernd erreicht hat.

296. In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass es ökonomische Gründe für eine differenzierte Interchange Fee je nach Marktphase gibt. So ist insbesondere die Phase des Markteintritts zu unterscheiden von der Phase der Marktsättigung.[143] Aus der Netzwerktheorie können ökonomische Argumente abgeleitet werden, welche aufzeigen, dass eine Interchange Fee für die Anfangsphase eines Netzwerks sinnvoll sein kann, und dass für die Aufbauphase eines neuen Netzwerks teilweise andere Optimalitätsbedingungen gelten als für etablierte Zahlkartensysteme. Generell wird in der ökonomischen Literatur davon ausgegangen, dass bei Marktsättigung eine tiefere Interchange Fee zu erwarten ist als in der Markteintrittsphase.[144] Dies ist darauf zurückzuführen, dass in der Aufbauphase eines neuen Netzwerks im Vergleich zu bereits etablierten Systemen unterschiedlich hohe Netzwerkexternalitäten auftreten.

297. Gestützt auf die Theorie zweiseitiger Märkte kann aufgezeigt werden, dass die Preisstruktur helfen kann, in der Anfangsphase eines Netzwerks das sogenannte Chicken and Egg-Problem zu überwinden. Darunter wird im Zahlkartenbereich der Zustand verstanden, in welchem potentielle Karteninhaber auf den Beitritt zu einem neuen Netzwerk verzichten, weil sie von der Erwartung ausgehen, dass kein Händler das Netzwerk akzeptieren wird. Gleichzeitig akzeptiert kein Händler das Netzwerk, weil er erwartet, dass kein Karteninhaber dieses benutzen wird.

298. Beim Debitkartensystem Maestro handelt es sich aber nicht um ein System in der Markteintrittsphase, sondern um ein System nahe an der Marktsättigung (vgl. Rz 316 ff.). Es ist ökonomisch nicht nachvollziehbar, weshalb in einem bereits gesättigten System neu eine Interchange Fee eingeführt werden sollte.

299. Auch die Europäische Kommission weist im MasterCard Entscheid aus dem Jahre 2007 darauf hin, dass Interchange Fees im Rahmen eines Startups möglicherweise gerechtfertigt sein können, um eine kritische Grösse des Systems zu erreichen, verneinte dies aber für MasterCard: „The Commission considers the existence of these open card schemes as evidence that a MIF is not objectively necessary fort the co-operation of banks within a open payment card scheme such as MasterCard's. If comparable card schemes that are smaller than MastCard's are viable without a MIF than, a fortiori, schemes such as MasterCard's with a considerably more important card holder and merchant base […] must also be viable without a MIF. […] MasterCard's scheme is not in a start up situation where a newcomer has to reach a critical scale on both sides of the scheme during the start up phase".[145]

B.4.4.2 Notwendigkeit der DIF

300. Gemäss MasterCard ist die DIF unerlässlich, um die Funktionalität des Maestro-Systems in der Schweiz und dessen zukünftige Wettbewerbsfähigkeit sicherzustellen. Aus dem Fehlen einer Interchange Fee würden für das Maestro-System Missstände resultieren, wie etwa eine mangelhafte Vermarktung der Maestro-Debitkarten in der Schweiz.

301. Der Acquirer SIX Mulipay hält demgegenüber fest, dass das Maestro-System auch ohne Erhebung einer Interchange Fee funktionsfähig sei. Allerdings finde sich nur eine geringe Investitionsbereitschaft der Issuer in Bezug auf die Verbesserung von bestehenden und das Angebot von neuen Anwendungen. Es würden einzig die absolut notwendigen Investitionen getätigt, insbesondere für die Sicherheit der Karten und die Abwicklung von Transaktionen. Aktuell würden in der Schweiz keine Weiterentwicklungen und Innovationen im Maestro-System (z.B. contactless Funktionalitäten) gefördert.[146]

302. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die von MasterCard beziehungsweise den Issuern angestrebten Innovationen auch tatsächlich im Interesse der Händler und Karteninhaber sind. Das Debitkartensystem Maestro hat jedenfalls auch ohne DIF und ohne die entsprechenden technologischen Neuerungen eine hohe Verbreitung nahe der Marktsättigung erreicht und wird voraussichtlich auch weiterhin intensiv genutzt. Damit scheinen auf beiden Seiten des Maestro-Systems sowohl für die Karteninhaber als auch für die Händler bereits genügend Anreize zu bestehen, um dieses System zu nutzen. Insofern scheint die Einführung einer DIF für die weitere Funktionsfähigkeit des Maestro-Systems keine notwendige Bedingung darzustellen.

303. Gemäss MasterCard kann sodann die DIF nicht über andere Einnahmequellen der Issuer ersetzt werden. Eine Quersubventionierung würde zu steigenden Kartengebühren führen und die Zahl der sich im Umlauf befindlichen Karten sowie das Fundament des Maestro-Systems würden dadurch beeinträchtigt.

304. Gegen diese Sichtweise spricht die Entwicklung des Maestro-Systems im Verlauf der letzten Jahre. Es konnte kein Rückgang der herausgegebenen Maestro-Debitkarten beobachtbar. Vielmehr konnte sich das Maestro-System seit der vollständigen Umstellung vom vorherigen ec-System im Jahre 2003 auch ohne DIF noch weiter verbreiten und verfügt heute über die grösste Zahl von sich im Umlauf befindlichen Debitkarten in der Schweiz. Vor diesem Hintergrund scheint eine DIF nicht unverzichtbar zu sein, um die Funktionalität des Maestro-Systems in der Schweiz sicherzustellen.

[143] Vgl. Reserve Bank of Australia (2008), Reform of Australia's Payment System, Preliminary Conclusions of the 2007/08 Review, S. 25 f.
[144] Vgl. hierzu B. CAILLAUD/B. JULLIEN (2003), Chicken & Egg: Competition among intermediation service providers, RAND Journal of Economics, Vol. 34(2), S. 309-328; M. RYSMAN (2007), An Empirical Analysis of Payment Card Usage, The Journal of Industrial Economics, Vol. LV, S. 1-36; J. WRIGHT (2004), One sided Logic in Two-sided Markets, Review of Network Economics, Vol. 3, Issue 1. S. 44-63.
[145] Entscheid der EU-Kommission vom 19.12.2007 betreffend MasterCard, Rz 557 inkl. FN 646 (http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/decisions/34579/provisional_nc_decision.pdf).
[146] Stellungnahme SIX Multipay vom 9. März 2009, 7.

B.4.4.3 Angemessenheit der Höhe der DIF

305. Gemäss MasterCard ist die vorgesehene Höhe der DIF angemessen und zweckorientiert. Die DIF sei an die lokalen Marktgegebenheiten angepasst, so dass der Nutzen für Karteninhaber und Händler maximiert werde. Die DIF sei das Resultat einer genauen Kenntnis und Analyse der Präferenzen der Karteninhaber und Händler, der Ökonomie von Zahlungen, des wettbewerblichen Umfelds und der verfügbaren Technologien. Ausserdem sei die DIF im Vergleich zu solchen Gebühren in anderen europäischen Ländern niedrig.

306. Im vorliegenden Fall mit Anzeichen für eine marktbeherrschende Stellung von MasterCard mit seinem Debitkartensystem Maestro auf dem schweizerischen Debitkartenmarkt besteht zudem die Möglichkeit, dass MasterCard die Interchange Fee überhöht festlegt, um damit Fördermassnahmen für das Zahlungssystem zu finanzieren, welche weder bei den Händlern noch bei den Karteninhabern einem tatsächlichen Bedürfnis entsprechen.

B.4.4.4 Fazit Effizienzgründe

307. Gegeben die starke Marktführerschaft von Maestro sowie die Marktführerschaft der SIX Multipay im Maestro-Acquiring kann eine DIF für Maestro kaum im Sinne der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden. Vielmehr bestehen Anhaltspunkte dafür, dass die geplante DIF überhöht festlegt wird, um damit angeblichen Fördermassnahmen für das Zahlungssystem zu finanzieren, welche weder bei den Händlern noch bei den Karteninhabern einem tatsächlichen Bedürfnis entsprechen.

B.5 Ergebnis

308. Im Ergebnis liegen Anhaltspunkte vor, wonach die Vereinbarung einer DIF eine Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG darstellt, wobei die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs umgestossen werden kann.

309. Für die Analyse der Wettbewerbsverhältnisse und für die Beurteilung der Unzulässigkeit der geplanten Wettbewerbsabrede ist die aktuelle Marktsituation auf den relevanten Märkten entscheidend: Im konkreten Fall verfügt Maestro derzeit auf sämtlichen relevanten Märkten über einen Marktanteil von 100 %. Zudem verfügt die SIX Multipay im Maestro-Acquiring über eine marktbeherrschende Stellung.

310. Betreffend die Erheblichkeit liegen nach der summarischen Prüfung des Sachverhalts Anhaltspunkte dafür vor, dass die Abrede bezüglich der DIF den Wettbewerb in den relevanten Märkten erheblich zu beeinträchtigen vermag.

311. Unter der starken Marktführerschaft von Maestro sowie der Marktführerschaft der SIX Multipay im Maestro-Acquiring kann eine DIF für Maestro kaum aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden, weil Anhaltspunkte bestehen, wonach die geplante DIF überhöht festlegt wird, um damit Fördermassnahmen für das Zahlungssystem zu finanzieren, welche weder bei den Händlern noch bei den Karteninhabern einem tatsächlichen Bedürfnis entsprechen.

B.6 Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

312. Wie in den Rz 273 ff. ausgeführt bestehen Anhaltspunkte dafür, dass MasterCard mit seinem Debitkartensystem Maestro auf dem schweizerischen Debitkartenmarkt eine marktbeherrschende Stellung einnimmt.[147] Je nachdem, ob die Marktabgrenzung – wie im vorliegenden Fall – enger (nur international funktionierende Vierparteien-Systeme für Debitkarten) oder auch weiter (auch national funktionierende Dreiparteien-Systeme für Debitkarten) gezogen wird, verfügt Maestro über einen Marktanteil von 100 % respektive von immerhin [50-100] %.

313. Gemäss 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. In Art. 7 Abs. 2 KG werden solche Verhaltensweisen exemplarisch aufgezählt. Nach h.L. und Rechtsprechung handelt es sich dabei um eine nicht abschliessende Aufzählung von Verhaltensweisen, welche als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung in Frage kommen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die allgemeinen Kriterien von Art. 7 Abs. 1 KG in jedem Fall gegeben sein müssen. Dies bedeutet umgekehrt, dass die Generalklausel Sachverhalte erfasst, die im Beispielkatalog nicht erwähnt sind.[148]

314. In Art. 7 Abs. 1 KG werden zwei strukturell verschiedenartige Verhaltensweisen als missbräuchlich bezeichnet: einerseits die *Behinderungs*- und andererseits die *Ausbeutungssachverhalte*[149]. Im vorliegenden Fall stehen die Ausbeutungssachverhalte und namentlich die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG) im Vordergrund.

[147] Vgl. auch RPW 2009/2, 122 Rz 117, *Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem Visa V PAY*.

[148] MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Basel 2010, Art. 7 N 25 m.w.H.; BGer, RPW 2003/4, S. 961, E. 6.5.1; RPW 2008/4, S. 579 Rz 173; RPW 2006/4, S. 640 Rz 98. Gemäss dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. Februar 2010 i.S. Kartellrecht: Terminierungspreise im Mobilfunk – Sanktion (RPW 2010/2, 242, 314 E. 4.5) stellt die Generalklausel des Art. 7 Abs. 1 KG aufgrund ihrer inhaltlichen Offenheit jedoch keine genügende Grundlage für eine Sanktionierung gemäss Art. 49a KG dar. Eine Sanktionierung ist danach nur dann möglich, wenn Art. 7 Abs. 1 KG in Verbindung mit einem in Art. 7 Abs. 2 KG aufgeführten Tatbestand angewendet wird.

[149] Vgl. zu den Ausbeutungssachverhalten siehe Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. Februar 2010 i.S. Kartellrecht: Terminierungspreise im Mobilfunk - Sanktion, RPW 2010/2, 242, 314 E. 11.1.2; MARC AMSTUTZ/ BLAISE CARRON, in: Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Basel 2010, Art. 7 N 46.

315. Die Bedenken der befragten Marktteilnehmer, namentlich des Handels und der Konsumentenschutzorganisationen hinsichtlich der Einführung einer DIF für Maestro sind genereller Natur und zielen nicht nur auf die Höhe, sondern auf deren Rechtfertigung im Besonderen ab. Namentlich der Handel kann in der DIF keinen Mehrwert für sich oder die Kunden erkennen. Vielmehr diene die DIF MasterCard dazu, die Lizenzeinnahmen aus dem Issuing zu steigern und die Issuer mittels der Einführung einer Interchange Fee für die höheren Lizenzkosten zu entschädigen. Dies erfolge zu Lasten des Handels und – bei einer Überwälzung dieser Mehrkosten über das Preisniveau der Waren – schliesslich zu Lasten der Konsumenten.[150]

316. Im Einzelnen führt der VEZ aus, dass die Einführung einer DIF das heutige Maestro-Systems erheblich verteuern werde. Die Überwälzung der DIF auf die Händler habe eine Preiserhöhung der bisherigen MSC von gegen […] % zur Folge. Auf der Basis einer DIF von […] und eines Maestro Umsatzes […], würde die Einführung der DIF für den Handel eine zusätzliche Belastung von jährlich gegen […] Franken bedeuten. Ausserdem seien das Transaktions- und das Umsatzvolumen von Maestro in den letzten zehn Jahren um mehr als 100 % gewachsen. Dieses Wachstum müsste aufgrund von Skaleneffekten vielmehr zu einer Senkung des Stückpreises und damit zu einer Preissenkung und nicht zu einer Preiserhöhung bei den Debitkartengebühren führen.

317. Mangels eines genügenden Wettbewerbsdrucks besteht nach Ansicht des Handels daher die Möglichkeit, dass MasterCard bei der Einführung einer DIF deren Betrag überhöht festlegen könnte.

318. Im Folgenden ist deshalb summarisch zu prüfen, ob der Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG erfüllt sein könnte.

319. Gemäss dem Bundesverwaltungsgericht liegt ein Preismissbrauch im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG unter anderem dann vor, wenn „ein Angebotsmonopolist seine Stellung dazu benutzt (d.h. missbraucht), um ausbeuterische („wucherische“) Preise dem Nachfrager aufzuzwingen, im Wissen, dass dieser - angesichts des Monopols - über keine zumutbaren Alternativen verfügt, wenn er seinen Bedarf nach dem Gut des Monopolisten decken will oder muss“. Unangemessene Preise oder Geschäftsbedingungen gelten mit anderen Worten dann als missbräuchlich, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen sich das Fehlen von „wettbewerblich strukturierten Märkten“ zu Nutzen macht, indem es von der Marktgegenseite Preise oder Geschäftsbedingungen erzwingt, die nicht „wettbewerbsgerechten Marktergebnissen“ entsprechen.[151]

320. Das Bundesgericht hat die Anforderungen hinsichtlich dem „Erzwingen“ von unangemessenen Preisen oder Geschäftsbedingungen vor Kurzem noch präzisiert und festgehalten, dass für das Vorliegen des Erzwingens zumindest „die Marktgegenseite dem ökonomischen Druck, der sich auf die Marktbeherrschung stützt, nichts entgegenzusetzen hat bzw. diesem nicht ausweichen kann.“[152]

321. Entscheidend ist somit der Umstand, welche Marktzutrittsschranken bestehen. Je niedriger solche Schranken sind, umso wahrscheinlicher ist es, dass die marktbeherrschende Stellung durch den Zutritt neuer Wettbewerber erodiert. Werden diese Schranken aber als eher hoch erachtet, desto glaubhafter scheint die Ausbeutung durch das marktbeherrschende Unternehmen zu sein.[153]

322. Im Folgenden ist somit zunächst prüfen, ob sich die missbräuchliche Verhaltensweise auf einen Preis respektive auf Geschäftsbedingungen bezieht. In einem weiteren Schritt ist zu beurteilen, ob das marktbeherrschende Unternehmen in der Lage ist, den Preis oder die Geschäftsbedingungen gegenüber seinen Nachfragern zu erzwingen.

323. Als drittes Tatbestandselement ist sodann die Unangemessenheit der Preise oder Geschäftsbedingungen zu untersuchen. Diese können dann unangemessen sein, wenn sie aufgrund der Umstände im konkreten Fall offensichtlich unbillig sind.[154] Im Einzelfall bedeutet dies, dass ein Preis dann unangemessen ist, wenn er in keinem angemessenen Verhältnis zur wirtschaftlichen Gegenleistung steht und deshalb „nicht Ausdruck von Leistungswettbewerb, sondern einer monopolnahen Dominanz auf dem relevanten Markt ist“.[155]

a) Tatbestandselement Preis

324. Im vorliegenden Fall zielt der Vorwurf des Missbrauches durch MasterCard auf die Verpflichtung der in der Schweiz tätigen Maestro-Lizenznehmer zur Einführung einer DIF. Diese Verpflichtung wurde von MasterCard in Ziffer 15.1 der Maestro Global Rules festgehalten. Demnach sind alle Teilnehmer am Maestro-Debitkartensystem zur Bezahlung sämtlicher Gebühren, die von der Kartenorganisation festgelegt wurden, verpflichtet. Hierzu gehören auch die Default Intracountry Fees.

325. Die zu untersuchende Verhaltensweise von MasterCard betrifft somit die Festsetzung eines Preises respektive einer wesentlichen Preiskomponente.[156]

b) Tatbestandselement Erzwingung

326. Auf dem sachlich relevanten Markt bestehen aktuell keine Ausweichmöglichkeiten: MasterCard ist als Eigentümerin und Betreiberin des Maestro-Debitkartensystems auch in der Lage, Ziffer 15.1 der Maestro

[150] Zu den einzelnen Argumenten des Handels siehe oben Rz 89 ff.

[151] Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. Februar 2010 i.S. Kartellrecht: Terminierungspreise im Mobilfunk - Sanktion, RPW 2010/2, 242, 314 E. 11.1.2; EVELYN CLERC, in: Droit de la Concurrence, Commentaire Romand, Pierre Tercier/Christian Bovet (ed.), Basel 2002, art. 7 N 185.

[152] Urteil des Bundesgericht vom 11. April 2011 i.S. Eidg. Volkswirtschaftsdepartement gegen Swisscom (Schweiz) AG (2C_343/2010) und Swisscom (Schweiz) AG gegen Wettbewerbskommission (2C_344/2010), RPW 2011/3, 440 ff., 446 E. 4.3.5.

[153] MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in: Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Basel 2010, Art. 7 N 248.

[154] Botschaft 1994, 572 f.

[155] RPW 2008/4, 544, Rz 176, *Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern.*

[156] RPW 2006/1, 83 Rz 142 und 113 Rz 394, *Kreditkarten - Interchange Fee.*

Global Rules gegenüber sämtlichen Maestro-Teilnehmern durchzusetzen. Besagte Bestimmung und die Global Rules als Ganzes sind Teil eines umfassenden Lizenzverhältnisses zwischen MasterCard und den Issuern respektive Acquirern. Dabei erfolgt die Erzwingung im Rahmen des Lizenzverhältnisses, indem die Teilnehmer vor die Wahl gestellt werden, entweder den Lizenzvertrag inklusive die Festlegung von DIFs für Maestro zu akzeptieren oder dann auf das Issuing und/oder Acquiring von Maestro zu verzichten.

327. Derzeit gibt es in der Schweiz neben Maestro kein anderes, international einsetzbares Debitkartensystem mit einer vergleichbaren Anzahl inländischer Karteninhaber sowie einem vergleichbaren Transaktions- und Umsatzpotential. Dazu kommt, dass die Maestro-Debitkarte in der Schweiz sowohl für den Handel wie auch für die Konsumenten neben Bargeld das volkswirtschaftlich bedeutendste Zahlungsmittel ist und in entsprechenden Studien als volkswirtschaftlich günstig bezeichnet wird[157].

328. Die von Visa im Jahre 2009 angekündigte Lancierung des neuen Debitkartensystems V PAY wurde bisher nicht umgesetzt. Zwar wird zusätzlich zur Maestro-Debitkarte die Akzeptanz von V PAY-Debitkarten in der Schweiz von den Acquirern schon seit 2006 angeboten.[158] Dennoch wurde bisher noch keine V PAY-Debitkarte durch ein schweizerisches Finanzunternehmen emittiert, weshalb es auch am entsprechenden Transaktions- und Umsatzpotential fehlt. Mangels gleichwertiger Alternativen können die Acquirer somit nicht auf das Maestro-Acquiring verzichten, zumal sie dadurch einen hohen Umsatzverlust in Kauf nehmen müssten.

329. Selbst wenn der sachlich relevante Markt auch auf die domestischen Dreiparteien-Debitkartensysteme ausgedehnt würde, gäbe es weder für die Issuer noch für die Acquirer eine Ausweichmöglichkeit, da es sich bei den beiden bestehenden Systemen (Postfinance Card und M-Card) um proprietäre Systeme handelt, bei welchen – anders als bei den Systemen Maestro und V-PAY – die Systembetreiber gleichzeitig sowohl Kartenherausgeber als auch Anwerber von Akzeptanzstellen sind.

330. Hinzu kommt, dass die Maestro-Systemteilnehmer gemäss den Maestro Global Rules verpflichtet sind, bei MasterCard ein Settlement-Konto zu führen, welches von der Zahlungsorganisation selbständig belastet werden kann. MasterCard ist so in der Lage, unilateral eingeführte Gebühren wie z.B. die DIF den Konti der Acquirer zu belasten und den Issuern gutzuschreiben. Dabei ist es unerheblich, ob die zugrundeliegende Karten-Transaktion über dieses Settlement-Konto ausgeführt wird (also ob hierfür die Maestro-Zahlungsverkehrsplattform genutzt wird), oder ob es sich um eine On-us Transaktion handelt, bei welcher die Transaktionsverarbeitung durch den Acquirer respektive den Issuer erfolgt. Zur Sicherstellung der Zahlungen muss das Settlement Konto jeweils über ausreichende Mittel verfügen, wobei der Kontostand stets positiv sein muss. Wird dieser Verpflichtung von den Maestro-Lizenznehmern nicht Folge geleistet, schulden diese eine Strafzahlung, deren Höhe dem Fehlbetrag entspricht und welche täglich fällig wird.

c) Tatbestandselement Unangemessenheit

331. Gemäss Angaben von MasterCard wird die DIF für Maestro zwecks Ausweitung und Optimierung des Maestro-Debitkartensystems eingeführt. Diese Begründung ist jedoch irreführend: Das Maestro-Debitkartensystem bedarf hinsichtlich der Marktdurchdringung keiner weiteren Förderung über eine Interchange Fee. So hat die Zahlungsorganisation 2010 selbst festgehalten, dass die Schweiz über einen gut entwickelten Maestro-Debitkartenmarkt mit einer hohen Penetration verfüge und zwar sowohl hinsichtlich der Kartenverbreitung als auch hinsichtlich der Anzahl Akzeptanzstellen. Danach würden über 90 % der erwachsenen Bevölkerung über eine eigene Maestro-Debitkarte verfügen und auch die Anzahl Akzeptanzstellen sei mit 76‘000 als beträchtlich anzusehen.[159]

332. Mit insgesamt über 5,3 Mio. (Stand: 2010) in der Schweiz herausgegebenen Maestro-Debitkarten bei einer Bevölkerungszahl von ungefähr 6 Mio. Erwachsenen ist effektiv eine hohe Penetrationsrate erreicht: Beinahe jeder erwachsene Einwohner in der Schweiz verfügt über eine Maestro-Debitkarte. Mit über 75‘000 Akzeptanzstellen weist Maestro auch auf der Ebene des Handels eine hohe Verbreitung auf.

333. Aufgrund der sehr hohen Marktpenetration können weder der Handel noch die Konsumentenorganisationen Bedarf an einer zusätzlichen Förderung des Maestro-Debitkarten-systems erkennen. Vielmehr gehen diese Marktbeteiligten davon aus, dass es in der Schweiz kein anderes, gleichwertiges Debitkartensystem gibt, welches sowohl hinsichtlich der Anzahl Karteninhaber als auch der Anzahl Akzeptanzstellen so gut und sicher entwickelt sei.

334. Im Gegensatz zu mehreren anderen europäischen Ländern[160] verfügt die Schweiz seit 2003 über kein nationales Debit-System mehr. Der Grossteil der an schweizerischen POS durchgeführten Transaktionen werden über das Maestro-System abgewickelt. Die Debitkarte der Postfinance, die PostFinance Card, weist weniger als die Hälfte des Transaktionsvolumens von Maestro auf. Wie das damalige nationale Debit-System ec-Direct verfügt das Debit-System der Postfinance über keine Interchange Fee.

[157] Aduno-Gruppe, Die Kosten des Bargeldes, Studie in Zusammenarbeit mit der Universität St. Gallen und der HTW Chur, Glattbrugg 2007, S. 7 ff.

[158] Vgl. Pressemitteilung von Visa Europe „Visa Europe gewinnt neuen V PAY Acquirer in der Schweiz und baut seine Kartenakzeptanz aus“ vom 5. Oktober 2006, publiziert auf: http://www.vpay.com/de/press6.html (zuletzt besucht am 3. August 2010).

[159] Stellungnahme von MasterCard vom 26. Juli 2010, Beilage 1, Folie 3 ff.

[160] Vgl. z.B. Norwegen, Finnland, Niederlande oder Dänemark (siehe auch oben Rz 103).

335. Vor dem Hintergrund der hohen Verbreitung der Debitkarte Maestro sowohl auf der Issuing- als auch auf der Acquiring-Seite und des starken Wachstums des Transaktions- und Umsatzvolumens von Maestro in den letzen zehn Jahren (132 %), stellt sich die Frage, ob die Einführung einer Interchange Fee ökonomisch rechtfertigen lässt. Hierzu kann an dieser Stelle auf die Ausführungen unter Rz. 294 ff. verwiesen werden.

336. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass vor dem Hintergrund der Stellung und Entwicklung des Debitkartensystems Maestro Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Einführung einer DIF eine missbräuchliche Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens darstellen könnte.

B.7 Unzulässige Wettbewerbsabrede über Preise betreffend Debit MasterCard

B.7.1 Wettbewerbsabrede

337. Eine unzulässige Wettbewerbsabrede liegt gemäss Art. 4 Abs. 1 KG vor, wenn folgende Tatbestandselemente erfüllt sind: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung. Dabei können die an der Abrede beteiligten Unternehmen auf gleicher (horizontal) oder auf verschiedenen (vertikal) Marktstufe(n) tätig sein.

338. Das geplante Vorhaben von MasterCard betreffend Einführung der Debit MasterCard in der Schweiz und namentlich der Default Interchange Fee für dieses Produkt unterscheidet sich nicht vom Vorhaben betreffend Maestro. In diesem Sinne kann für die Klärung der Frage, ob Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede gegeben sind, auf die Ausführungen im Kapitel B.4.1 (vgl. Rz 199 ff.) verwiesen werden.

339. Die Einführung einer DIF für Debit MasterCard ist ebenfalls als Wettbewerbsabrede nach Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren. Es handelt sich auch bei diesem Vorhaben um je eine horizontale Abrede zwischen den Issuern einerseits und den Acquirern andererseits. Auf eine eingehende Analyse der vertikalen Aspekte des Sachverhalts im Hinblick auf Art. 5 Abs. 4 KG kann auch an dieser Stelle verzichtet werden.

B.7.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs bzw. erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

B.7.2.1 Vorliegen einer horizontalen Preisabrede

340. Gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG wird die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs insbesondere bei Abreden über Preise vermutet. Der Vermutungstatbestand bezieht sich auf jede Art des Festsetzens von wesentlichen Preiselementen oder -komponenten und erfasst ferner direkte oder indirekte Preisfixierungen.

341. Wie oben (vgl. Rz 209) für Maestro aufgezeigt wurde, bildet die geplante DIF einen Preisbestandteil sowohl auf Seiten der Acquirer als auch der Issuer. Da das Produkt in der Schweiz bisher nicht eingeführt wurde, ist eine Schätzung über die Höhe der von den Acquirern bei den Händlern eingeforderten Merchant Service Charge kaum möglich. Analog zum Vorhaben bei Maestro dürfte die Einführung der DIF für Debit MasterCard[161] auf der Seite des Acquirings ein wesentliches Element der MSC darstellen. Zudem wird auch hier ein wesentlicher Anteil an den Gesamterträgen der Issuer auf die geplante DIF entfallen. Es ist auch davon auszugehen, dass von der DIF eine preisharmonisierende Wirkung ausgeht, wie dies bereits bei den Interchange Fees für die Visa- und MasterCard-Kreditkarten beobachtet werden konnte.[162] Insofern fällt die geplante DIF für Debit MasterCard als Preisabrede unter den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG. Dies entspricht dem Ergebnis der früheren Zahlkartenfälle.[163]

B.7.2.2 Umstossung der gesetzlichen Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG

B.7.2.2.1 Relevanter Markt

342. Bezüglich der Abgrenzung des relevanten Marktes kann zunächst ebenfalls auf die Ausführungen zur DIF für Maestro verwiesen werden (oben Rz 216 ff.). Auch Debit MasterCard gilt als klassisches offenes Vierparteien Debitkartensystem[164] mit einem entsprechenden Issuing- und einem Acquiring-Markt sowie einer Systemebene.

343. Nachfolgend wird geprüft, ob die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs umgestossen werden kann. Die Vermutung kann umgestossen werden. Dies geschieht durch den Nachweis, dass trotz der Wettbewerbsabrede wirksamer Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) besteht.

344. Um festzustellen, ob die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs umgestossen werden kann, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

B.7.2.2.1.1 Vorbemerkungen: Zweiseitiger Markt

345. Debit MasterCard ist ein Vierparteien-Debitkartensystem (vgl. die Ausführungen zur Funktionsweise eines Vierparteiensystems oben Rz 11 ff.). Bei einem Vierparteiensystem liegt ein sogenannter zweiseitiger Markt vor. Märkte werden häufig dann als zweiseitig bezeichnet, wenn auf ihnen zwei (oder mehrere) Nachfragegruppen über eine Plattform interagieren. Im vorliegenden Fall besteht die eine Seite des Marktes aus den Händlern und den Acquirern, während die andere Seite des Marktes durch die Karteninhaber und Issuer gebildet wird.

[161] Im Durchschnitt beträgt die DIF für Debit MasterCard 0.32 % pro Transaktion oder CHF 0.27. Vgl. Meldung zu Debit MasterCard, Rz 69.
[162] So auch schon in RPW 2006/1, S. 85, Rz 154 (Kreditkartenentscheid) und RPW 2006/4, S. 609, Rz 64 (Schlussbericht Maestro).
[163] Vgl. RPW 2006/1, S. 85, Rz 159 (Kreditkartenentscheid) und RPW 2006/4, S. 609, Rz 66 (Schlussbericht Maestro).
[164] Meldung zu Debit MasterCard, Rz 57.

346. In einem Vierparteiensystem bestehen somit mehrere Marktteilnehmer, aus deren Sicht der Markt abgegrenzt werden kann: Zunächst kann der Markt aus Sicht der Karteninhaber abgegrenzt werden, d.h. aus Sicht der Personen, welche eine Debitkarte bei den Issuer nachfragen (Issuing-Markt). Auf der anderen Seite kann der Markt aus Sicht der Händler abgegrenzt werden, welche die Debitkarten als Zahlungsmittel entgegennehmen und den Anschluss an ein Debitkartensystem bei den Acquirer nachfragen (Acquiring-Markt). Schliesslich sind aber auch Issuer und Acquirer selbst Marktteilnehmer. Sie sind die Nachfrager von Lizenzen für Debitkartensysteme bei den Lizenzgebern (Visa, MasterCard), um damit das Issuing bzw. Acquiring zu betreiben (Systemebene).

347. In den bisherigen Verfahren wurden im Zusammenhang mit Vierparteiensystemen einerseits ein Issuing-Markt und andererseits ein Acquiring-Markt abgegrenzt. Daran soll auch nachfolgend festgehalten werden. Zusätzlich soll auf den Wettbewerb auf Systemebene eingegangen werden.

B.7.2.2.1.2 Sachlich relevanter Markt

348. 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, welcher hier analog anzuwenden ist).

349. Debit MasterCard wird von MasterCard als „neue innovative Zahlungskarte“ angepriesen, welche als Alternative zur MasterCard-Kreditkarte und zu den Debitkarten Maestro, V PAY sowie PostFinance Card herausgegeben wird und verschiedene Funktionen sowohl von einer typischen Kredit- als auch einer Debitkarte auf sich vereinigt. Entsprechend geht MasterCard in ihrer rechtlichen Würdigung des Sachverhalts davon aus, dass ein Markt für Zahlungssysteme abzugrenzen und Debit MasterCard Teil dieses Marktes sei.

350. Hierzu ist einmal zu erwähnen, dass aufgrund der Produktbezeichnung „Debit MasterCard“ MasterCard selbst von einem Debitprodukt ausgeht.[165] Die Einreihung bei den Debitkarten scheint insofern auch sachgerecht zu sein, als es der Debit MasterCard an der eigentlichen Hauptfunktion einer Kreditkarte, nämlich der Kreditoption, klar fehlt. Zwar können zukünftige Issuer die Debit MasterCard sehr wohl auch mit Dienstleistungen verbinden, die in der Schweiz heute typischerweise über eine Kreditkarte angeboten werden. Dazu gehören insbesondere die Möglichkeit, Einkäufe auch im Internet oder am Telefon zu tätigen, das kontaktlose Zahlen, die Verifizierung mittels Unterschrift des Karteninhabers oder die Aufnahme von Bonusprogrammen zugunsten der Karteninhaber. Zudem kann die Karte analog zu den Kreditkarten auch ohne Verbindung zu einem Bankkonto emittiert werden. Tatsächlich aber handelt es sich bei der Mehrheit dieser Dienstleistungen lediglich um Optionen, welche die Issuer je einzeln für ihr Kartenprogramm auswählen können, aber nicht müssen.

351. Entgegen der Darstellung von MasterCard sind diese Optionen sodann nicht nur für die Debit MasterCard erhältlich, sondern werden – nach Erkenntnissen des Sekretariats – von Issuer im Ausland zumindest teilweise auch mit der Maestro-Debitkarte verwendet. Es ist deshalb sehr fraglich, ob die Debit MasterCard überhaupt als neues, eigenständiges Produkt bezeichnet werden kann, welches zwischen den Kredit- und Debitkarten einzuordnen wäre und dadurch sowohl als Substitut für Kredit- wie auch für Debitkarten bezeichnet werden könnte. Jedenfalls ergeben sich aus den zur Verfügung stehenden Beweismitteln keine gewichtigen Hinweise darauf, dass von der bisherigen Marktabgrenzung abzuweichen ist.

352. An dieser Einschätzung ändert auch der Umstand nichts, dass die Anzahl der Akzeptanzstellen für Debit MasterCard weltweit betrachtet mehr als doppelt so hoch ist, wie diejenige für Maestro. Der Unterschied in der Anzahl Akzeptanzstellen ergibt sich aus der Verwendung der zugehörigen Markenlogos und der historischen Entwicklung des Maestro-Systems aus der lediglich in Europa verbreiteten „eurocheque-Karte“. [166]

353. Nachfolgend wird daher von einem separaten Markt für Debitkarten ausgegangen. Analog zu Maestro ist sodann zu unterscheiden zwischen dem Issuing und Acquiring von Debitkarten. Zusätzlich ist auch auf den Wettbewerb auf Systemebene einzugehen. Dabei stellt sich die Frage, welche Debitkarten-Systeme zum selben sachlich relevanten Markt zählen.

a. Debitkarten-Issuing

354. Für die Ausführungen zum Debitkarten-Issuing kann im Wesentlichen auf die obigen Ausführungen zu Maestro (vgl. Rz 232 ff.) verwiesen werden. Die geplante Debit MasterCard weist im Vergleich zur Maestro- respektive zur geplanten V PAY-Karte gleiche oder ähnliche Eigenschaften auf. Eine Substitution durch Debit MasterCard dürfte deshalb aus Sicht der Karteninhaber eher hinsichtlich diesen Kartenprodukten anzunehmen sein, weniger aber hinsichtlich den Produkten PostFinance Card und M-Card, weshalb die Debit MasterCard mit Maestro und V PAY zum relevanten Markt zu zählen ist.

355. Ob sich inskünftig aufgrund der Annäherung der Eigenschaften zwischen Kredit- und Debitkarten[167] ein anderer Schluss bezüglich der Marktabgrenzung aufdrängt, kann derzeit noch offen gelassen werden, da die neuen Kartenprodukte derzeit noch nicht im schweizerischen Markt erhältlich sind.

[165] Meldung zu Debit MasterCard: „Bei der Debit MasterCard handelt es sich nicht um eine Kreditkarte, sondern um ein „zahle jetzt“-Angebot“ (Rz 26 f.; vgl. auch Rz 17 und 50 ff.).

[166] Dies hängt damit zusammen, dass das Produkt Debit MasterCard das Markenlogo von MasterCard verwendet und entsprechend von sämtlichen Händlern akzeptiert werden muss, welche auch die MasterCard-Kreditkarte als Zahlungsmittel akzeptieren. Dies ist ein Ausfluss der sogenannten „Honor All Cards Rule“, welche MasterCard in den „MasterCard Rules“ vorsieht. Demgegenüber verwendet das Maestro-Debitkartensystem ein eigenes Markenlogo. Zur geschichtlichen Entwicklung vgl. die Ausführungen zu „Maestro-Card“ und „eurocheque“ auf www.wikipedia.org sowie bei www.maestro.ch.

[167] Gemäss Meldung von MasterCard verfügt die Debit MasterCard als Debitkarte über Charakteristiken, welche der Kreditkarte entsprechen, so u.a. die hohe Verbreitung aufgrund der Benutzung des MasterCard-Logos, die Unabhängigkeit von einem Konto und die Verwendungsmöglichkeit für Internet-Zahlungen (vgl. dazu Rz 110 oben).

b. Debitkarten-Acquiring

356. Für das Debitkarten-Acquiring stellt sich wieder die Frage, ob aus Sicht des Händlers das Produkt Debit MasterCard mit den beiden Produkten V PAY und Maestro austauschbar ist oder nicht. Alle drei Debitkarten haben aus Sicht der Händler sehr ähnliche Produkteigenschaften, was grundsätzlich für deren Austauschbarkeit sprechen würde. Allerdings wurde in den bisherigen Zahlkartenverfahren stets festgestellt, dass der Händler ab einer bestimmten Verbreitung eines Zahlungsmittels gar keine andere Wahl hat, als dieses Produkt zu akzeptieren, will er nicht Verkaufseinbussen in Kauf nehmen. Dieser wirtschaftliche Druck beim Händler spricht gegen eine Substitutionsbeziehung zwischen diesen drei Debitkartenprodukten.

357. Im Schlussbericht zu V PAY wurde vom Sekretariat immerhin anerkannt, dass zumindest in der Phase des Markteintritts von V PAY der Händler über eine etwas grössere Wahlfreiheit verfügt, was die Kartenzakzeptanz betrifft: Danach könne der Händler entscheiden, ob er sowohl V PAY als auch Maestro oder weiterhin nur Maestro akzeptieren wolle. Insofern sei zumindest für die Phase des Markteintritts V PAY durch Maestro substituierbar. Es handle sich dabei zwar um eine asymmetrische Substituierbarkeit: V PAY sei zwar durch Maestro, Maestro aber nicht durch V PAY substituierbar. Trotzdem ging das Sekretariat in seiner Beurteilung von einem sachlich relevanten Markt aus, welcher die beiden Debitkartenprodukte V PAY und Maestro mit umfasste.[168]

358. Diese Begründung kann auch für die vorliegende Vorabklärung übernommen werden. So wird Debit MasterCard zumindest in der Phase seiner Markteinführung für den Händler ein Substitut zum bestehenden Maestro-, und mittelfristig auch zum neuen V PAY-System darstellen, weshalb von einem Markt für Debitkarten-Acquiring der Marken Maestro, Debit MasterCard und V PAY ausgegangen werden kann.

c. Debitkartensysteme

359. An der bisherigen Unterscheidung zwischen Drei- und Vierparteien-Debitkarten-systemen (siehe dazu oben Rz 242) ändert sich durch die Marktlancierung von Debit MasterCard nichts. Gemäss MasterCard ist das Produkt ebenfalls als offenes Vierparteien-System konzipiert und wird weltweit akzeptiert. Debit MasterCard gehört somit nicht zu den proprietären Dreiparteien-Systemen wie PostFinance Card oder M-Card, sondern ist demselben sachlich relevanten Markt zuzuordnen wie die Debitkartensysteme von Maestro und V PAY.

d. Fazit sachlich relevanter Markt

360. In Anlehnung an die bisherige Praxis der Wettbewerbsbehörden wird davon ausgegangen, dass Kreditkarten (sowie auch andere Zahlungsmittel wie Bargeld, Checks etc.) weder aus Sicht des Karteninhabers noch aus Sicht des Händlers Substitute zur Debitkarte darstellen und deshalb nicht zum relevanten Markt gehören. V PAY, Maestro und Debit MasterCard sind Debitkartensysteme, welche international anerkannt sind und je als Vierparteien-System funktionieren, indem Issuer und Acquirer eine Lizenz zur Herausgabe respektive Akzeptanz des entsprechenden Kartenproduktes erwerben können. Die drei Debitkarten unterscheiden sich kaum in ihren wesentlichen System- und Produkteigenschaften[169], während sich die PostFinance Card und die M-Card in denselben stark von V PAY, Maestro und Debit MasterCard unterscheiden. Basierend auf den Ausführungen zu Maestro (siehe oben Rz 219 ff.) ist folglich davon auszugehen, dass Debit MasterCard, Maestro und V PAY zu demselben sachlich relevanten Markt gehören und zwar sowohl aus Sicht der Endnachfrager (Händler und Karteninhaber) als auch aus Sicht der Issuer und Acquirer. Entsprechend wird für eine Analyse zwischen dem Issuing-Markt, dem Acquiring-Markt und dem Systemmarkt abgegrenzt.

B.7.2.2.1.3 Räumlich relevanter Markt

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

a. Debitkarten-Issuing

362. Der räumlich relevante Markt ist im vorliegenden Fall das Gebiet, in welchem die Konsumenten das Produkt Debit MasterCard nachfragen. Dabei handelt es sich grundsätzlich um die Schweiz. Zwar setzte der Bezug einer Debitkarte bisher die Existenz einer Kontoverbindung des Karteninhabers zum Issuer voraus, was mit dem neuen Produkt von MasterCard entfallen soll. Jedoch dürfte auch in diesem Fall für in der Schweiz wohnhafte Personen der Bezug einer Debitkarte im Ausland – mit entsprechender Kontoeröffnung im Ausland in ausländischer Währung – aktuell kaum eine Alternative zum Bezug einer Debit MasterCard bei einem Issuer in der Schweiz darstellen. Der räumlich relevante Markt für das Debitkarten-Issuing wird deshalb, analog zu den bisherigen Zahlkartenfällen, national abgegrenzt.[170]

b. Debitkarten-Acquiring

363. Für das Debitkarten-Acquiring gelten wiederum die gleichen Argumente, wie sie bereits oben für das Maestro-System aufgeführt worden sind (vgl. Rz 251 f.). Es ist deshalb in der Analyse von einem nationalen Markt auszugehen.

c. Debitkartensysteme

364. Wiederum ist davon auszugehen, dass aufgrund der primär nationalen Präsenz der künftigen Lizenznehmer (Issuer und Acquirer) ein nationaler Markt abzugrenzen ist. Diese Annahme wird durch die Tatsache, dass von MasterCard domestische Default Interchange Fees auch für Debit MasterCard vorgesehen sind, im vorliegenden Fall gestützt.[171]

[168] RPW 2009/2, 133 f. Rz 103 ff., *Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem V PAY*.

[169] Wie bereits in Rz 110 f. erwähnt, können die nach MasterCard „neuen“ Optionen von den Issuer bei der Debit MasterCard frei gewählt werden, wobei diese Optionen von den Issuer im Ausland teilweise auch mit der Maestro-Debitkarte kombiniert werden.

[170] Vgl. RPW 2006/4, S. 611, Rz 86 f. (Maestro-Schlussbericht) und RPW 2006/1, S. 93, Rz 219.

[171] Vgl. auch die Ausführungen hierzu betreffend Maestro unter Rz 253 ff.

d. Fazit räumlich relevanter Markt

365. Vorliegend werden der Issuing- und der Acquiring-Markt wie auch der Markt für Debitkartensysteme in räumlicher Hinsicht national abgegrenzt. Dies entspricht der Praxis der Weko in bisherigen Zahlkartenfällen.

B.7.2.2.2 Keine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

366. Inwiefern der Wettbewerb durch die Abrede beseitigt wird, hängt im Wesentlichen davon ab, ob genügend Intrabrand- oder Interbrand-Wettbewerb bestehen bleibt.

B.7.2.2.2.1 Intrabrand-Wettbewerb

367. In Anlehnung an den Schlussbericht zu V PAY[172] kann festgehalten werden, dass vor Markteinführung von Debit MasterCard ein Intrabrand-Wettbewerb gar nicht existieren kann. Dieser wird durch die Markteinführung überhaupt erst ermöglicht. Ob die Abrede nach erfolgter Markteinführung einen Restwettbewerb offen lässt, hängt letztlich vom Ausmass ab, in welchem die Issuer und Acquirer ihre Preisgestaltung trotz geplanter DIF für Debit MasterCard noch individuell vornehmen können. Im vorliegenden Verfahren kann der Anteil der Einnahmen durch die DIF, gemessen an den Gesamteinnahmen der Issuer aus dem Debitkarten-Issuing, respektive der Anteil der DIF an den Gesamtkosten der Acquirer mangels Umsetzung nicht genau bestimmt werden. Es kann jedoch davon ausgegangen werden, dass – analog zu den bisherigen Zahlkartenverfahren – den Issuer und Acquirer auch nach Einführung der geplanten DIF ein gewisser Preissetzungsspielraum offen bleibt. Denn sowohl die Issuer-Erträge als auch die Acquirer-Kosten enthalten noch Kosten- und Preiselemente für weitere Dienstleistungen, wobei bezüglich der Abgeltung dieser übrigen Dienstleistungen nach den bisherigen Kenntnissen des Sekretariats keine Vereinbarung unter den Parteien besteht.

B.7.2.2.2.2 Interbrand-Wettbewerb

a. Debitkarten-Issuing

368. Anders als im Maestro-Issuing gibt es bisher in der Schweiz kein einziges Unternehmen, welches das neue Produkt Debit MasterCard anbietet. Unklar ist, ob insbesondere die Schweizer Banken dazu übergehen werden, anstelle von Maestro die Debit MasterCard zu emittieren oder diese als zusätzliche Produktelinie zu führen. Eine Aufnahme ins Produkte-Portfolio dürfte für die Issuer ohnehin nur dann von Interesse sein, wenn gleichzeitig mit dem neuen Produkt auch die von MasterCard gemeldete DIF eingeführt werden darf. In diesem Fall könnte es über kurz oder lang zu einer Verlagerung von Maestro zur Debit MasterCard kommen. Entscheidend dafür dürfte insbesondere die Haltung des Handels und dessen Möglichkeiten zur Einflussnahme auf die Issuer sein. Denkbar wäre beispielsweise, dass der Handel unisono die Einführung von Debit MasterCard verweigert oder MasterCard respektive den Issuer mit der Implementierung eines eigenen (nationalen) Debitkartensystems droht. Dabei wäre ein co-branding mit einem international operierenden Zahlkartensystemen wie beispielsweise demjenigen von Visa problemlos möglich.[173]

369. Sollte aber die Einführung der DIF nicht möglich sein, so besteht nach den bisherigen Aussagen der Issuer ein geringes Interesse am neuen Produkt. Diese differenzierte Haltung ist letztlich darauf zurück zu führen, dass gewisse Dienstleistungsoptionen der Debit MasterCard heute schon via Kreditkarten erbracht werden und grundsätzlich auch bei Maestro möglich wären, die Banken dort aber bisher auf eine Implementierung verzichtet haben. Insofern dürfte die Einführung von Debit MasterCard ohne DIF für die Banken wirtschaftlich kaum von Interesse sein.

370. Die Einführung von Debit MasterCard mit DIF würde also aus Sicht der Issuer das eigene Debitkartensystem Maestro anfänglich stark konkurrenzieren, könnte aber aufgrund der Ertragsmöglichkeiten mittelfristig zu einem (beabsichtigten) Phase-out von Maestro führen.

371. Demgegenüber dürfte es bei einem Markeintritt von V PAY zu einem Ansteigen des Interbrand-Wettbewerbs zwischen Debit MasterCard und V PAY kommen. Im Gegensatz zum Verhältnis Debit MasterCard/Maestro ist es nicht auszuschliessen, dass die Banken zwei Debitprodukte unterschiedlicher Anbieter im Sortiment führen wollen, um damit unterschiedliche Kundenbedürfnisse abdecken zu können.[174]

b. Debitkarten-Acquiring

372. Ob die Begründung zum Interbrand-Wettbewerb im Debitkarten-Acquiring aus dem Schlussbericht in Sachen V PAY[175] ebenfalls auf den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt zutrifft, ist fraglich. Anders als bei V PAY handelt es sich gerade nicht um ein Produkt eines neuen Anbieters, sondern um ein weiteres Produkt aus dem Hause MasterCard. Tatsächlich hängt die Antwort auf diese Frage davon ab, ob und in welchem Umfang die bestehenden Acquirer und namentlich die Aduno, die B&S Card Service und die Concardis in der Lage sein werden, ihren Marktanteil auf Kosten der SIX Multipay zu vergrössern. In diesem Zusammenhang sei wiederholt darauf hingewiesen, dass die SIX Multipay im Bereich des Acquirings von Maestro-Transaktionen aufgrund ihres Marktanteils von [85-95] % über eine marktbeherrschende Stellung verfügt (vgl. Rz 261).

373. Bestehende Acquirer wie Aduno erachten zwar die Markteinführung von Debit MasterCard grundsätzlich als Chance, die Marktführerschaft von SIX Multipay anzugreifen, verweisen aber auch auf die damit verbundenen Schwierigkeiten. So wird beispielsweise auf bestehende Kostenvorteile von SIX Multipay im Maestro-Acquring infolge der Volumengrösse bei der Verarbeitung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs und damit verbundener Skaleneffekte hingewiesen. Weiter wird auch auf das

[172] RPW 2009/2, 136 Rz 124 ff., *Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem V PAY*.

[173] Im Ausland zeigen Beispiele wie die nationalen Debitkartensysteme von Dänemark (Dankort), Holland (PIN) oder Norwegen (BankAxept), dass ein solches co-branding möglich ist. Domestische Transaktionen werden dabei über das nationale Debitkartensystem, grenzüberschreitende über dasjenige des internationalen Zahlkartensystems verarbeitet.

[174] Vgl. hierzu die Ausführungen in: RPW 2009/2, 137 Rz 134 - *Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem V PAY*.

[175] RPW 2009/2, 137 Rz 133 - *Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem V PAY*.

Processing von SIX Multipay hingewiesen, welches ebenfalls einen enormen Wettbewerbsvorteil darstelle. Entsprechend könne SIX Multipay neben dem Maestro Acquiring Processing auch das Maestro Issuing Processing für alle Schweizer Issuer abwickeln. Dies erlaube ihr, sämtliche Transaktionen von Händlern, welche bei ihr angeschlossen sind, direkt für die Issuer zu verarbeiten, während die anderen Acquirer die Transaktionen ihrer Händler zunächst über das teure MasterCard-Netz an SIX Multipay weiterleiten müssten.

374. In diesem Zusammenhang befürchten Acquirer wie Aduno, dass es SIX Multipay u.U. gelingen könnte, die Marktführerschaft auch auf das Debit MasterCard-System zu übertragen.

375. Eine Verstärkung des Interbrand-Wettbewerbs im Debitkarten-Acquiring dürfte sich deshalb nur dann ergeben, wenn V PAY der Markteinstieg gelingen sollte.

c. Systemebene

Da zurzeit weder Debit MasterCard noch V PAY in der Schweiz auf dem Markt sind, ist für die vorliegende Wettbewerbsanalyse alleine die Marktstellung von Maestro in der Schweiz ausschlaggebend. Dabei kann vollumfänglich auf die obigen Ausführungen (vgl. Rz 262 ff.) verwiesen werden.

d. Fazit Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

376. Mangels gesicherter Erkenntnisse können derzeit keine Aussagen über die Auswirkungen der Abrede auf den Intrabrand-Wettbewerb gemacht werden. Nach den bisherigen Erfahrungen dürfte aber aufgrund der Preisfestsetzungsspielräume der Issuer gegenüber den Karteninhabern und der Acquirer gegenüber den Händlern ein Restwettbewerb auch bei der Abrede über die DIF für Debit MasterCard gegeben sein.

377. Was den Interbrand-Wettbewerb betrifft, so hängt die Frage nach Vorliegen von Restwettbewerb im Wesentlichen davon ab, ob der Markteintritt V PAY gelingt oder nicht. Hingegen dürfte das Verhältnis zwischen Debit MasterCard und Maestro kaum entscheidend sein, da im Falle einer Einführung der Debit MasterCard inklusive DIF mit einem Wechsel vom Maestro- hin zum Debit MasterCard-System zu rechnen ist.

B.7.2.2.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

378. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG). Folgend wird zuerst die qualitative und die quantitative Erheblichkeit der Preisabrede und anschliessend allfällige Effizienzgründe zur Rechtfertigung der Wettbewerbsabrede geprüft.

B.7.2.2.3.1 Qualitative Kriterien

379. Es ist für das Vorliegen der qualitativen Erheblichkeit ausreichend, dass der von der Abrede betroffene Wettbewerbsparameter auf dem fraglichen Markt eine gewisse Bedeutung aufweist. Der Preis stellt grundsätzlich einen wichtigen Wettbewerbsparameter dar. Sodann haben horizontale Preisabsprachen erfahrungsgemäss negative Auswirkungen auf den Wettbewerb. Die DIF wirkt sich auf den Preisfestsetzungsspielraum der Issuer und Acquirer aus und erfüllt angesichts der vom Gesetzgeber in Art. 5 Abs. 3 KG vorgenommenen Wertung die qualitativen Voraussetzungen für eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung auf dem Issuing- und Acquiring-Markt für das Debitkartensystem Debit MasterCard in der Schweiz.

B.7.2.2.3.2 Quantitative Kriterien

380. Die quantitative Analyse der Auswirkungen einer DIF für Debit MasterCard auf den Wettbewerb im Schweizer Debitkartenmarkt nicht möglich, da das Produkt noch gar nicht auf dem Markt ist und insofern die Effekte der DIF quantitativ nicht messbar sind. Gleichwohl sollen hier einige Überlegungen aufgezeigt werden, wie die Markteinführung von Debit MasterCard mit geplanter DIF den Wettbewerb im Schweizer Debitkartenmarkt beeinflussen könnte.

381. Bei der Analyse, ob die Abrede in quantitativer Hinsicht den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt, sind im Rahmen der Vorabklärung der verbleibende Innen- und Aussenwettbewerb bestehend aus aktueller und potenzieller Konkurrenz summarisch zu prüfen.

382. Vorliegend ist damit zwischen verschiedenen Ebenen zu unterscheiden: Einerseits befinden sich die zukünftig am Debit MasterCard Debitkartensystem beteiligten Issuer respektive Acquirer möglicherweise in einem Intrabrand-Wettbewerb bezüglich der Herausgabe respektive der Akzeptanz von Debit MasterCard-Debitkarten, was in casu mit dem Wettbewerb zwischen den an der Abrede beteiligten Unternehmen (Innenwettbewerb) gleichgesetzt werden kann. Andererseits besteht auch Interbrand-Wettbewerb zwischen verschiedenen Debitkarten und Debitkartensystemen, was dem Wettbewerb durch Kartellaussenseiter (Aussenwettbewerb) entspricht.

a. Intrabrand-Wettbewerb

383. Wie bereits erwähnt, ist Debit MasterCard auf dem Schweizer Markt noch gar nicht erhältlich. Entsprechend fehlt es an einem aktuellen Intrabrand-Wettbewerb im Issuing als auch im Acquiring. Erst nach erfolgtem Markteintritt kann ein solcher überhaupt entstehen. Dabei ist zu berücksichtigten, dass trotz der Abrede über die DIF ein gewisser Preisfestsetzungsspielraum von Issuern (Kartengebühren) und Acquirern (MSC) nach wie vor vorhanden bleiben wird.[176]

[176] Vgl. oben Rz 367.

b. Interbrand-Wettbewerb

b.1 Aktueller Wettbewerb

384. Es ist an dieser Stelle wiederholt darauf hinzuweisen, dass im Markt für das Debitkarten-Issuing kaum Interbrand-Wettbewerb zwischen den beiden MasterCard-Marken Debit MasterCard und Maestro entstehen wird. Vielmehr ist davon auszugehen, dass sich die Banken entweder für Maestro und damit gegen Debit MasterCard oder umgekehrt entscheiden werden. Die Wahl hängt im Wesentlichen davon ab, ob das neue Produkt überhaupt mit einer DIF eingeführt werden darf und ob auch der Handel bereit sein wird, die neue Debitkarte zu akzeptieren (vgl. oben Rz 369 ff.). Die Akzeptanz des Handels dürfte dabei aufgrund der Gegebenheiten umso höher ausfallen, je tiefer die DIF zu liegen kommt. Eine Einführung auf Basis der von MasterCard vorgesehenen DIF wird vom Handel jedenfalls klar abgelehnt.

385. Demgegenüber dürfte im Issuing ein gewisser Wettbewerb zwischen Debit MasterCard und V PAY entstehen, sobald auch V PAY im Markt lanciert sein wird. Diese Einschätzung deckt sich mit der Aussage der Issuer im Vorabklärungsverfahren zu V PAY, wonach durch die Markteinführung einer neuen Debitkarte unterschiedliche Kundenbedürfnisse abgedeckt werden könnten.[177]

386. Auf Seiten des Acquirings kann nicht gänzlich ausgeschlossen werden, dass die SIX Multipay als derzeitige Marktführerin ihre marktbeherrschende Stellung im Bereich des Maestro-Acquirings auch auf das Acquiring für Debit MasterCard übertragen kann. Insbesondere wird dies dann der Fall sein, sollten die Issuer gleichzeitig mit der Einführung von Debit MasterCard künftig auf die Herausgabe von Maestro-Debitkarten verzichten. Eine Verstärkung des Wettbewerbs hängt deshalb auch im Acquiring letztlich davon ab, ob das Produkt V PAY eingeführt wird oder nicht. Erst dadurch entstehen Möglichkeiten für alternative Acquirer, sich im Markt zu etablieren.[178]

387. Bezüglich des Systemwettbewerbs ist im Wesentlichen auf die Ausführungen im Schlussbericht V PAY zu verweisen. Demnach hängt die Frage, ob es auf der Systemebene zu einem Wettbewerb zwischen den Marken kommt, davon ab, ob die Lizenznehmer ihre Produkte und Dienstleistungen für beide Systeme (V PAY und Debit MasterCard respektive Maestro) offerieren (Dual Branding) und ob dabei in der Produktausgestaltung zwischen den einzelnen Marken differenziert wird oder nicht (Blended Rates). In diesem Zusammenhang hat Visa immerhin angekündigt, eine „No Blending-Regel“ in die Visa Operating Rules aufzunehmen.[179]

b.2 Potenzieller Wettbewerb

388. Es ist davon auszugehen, dass durch SEPA in naher Zukunft europaweit allenfalls neue SEPA-konforme Wettbewerber in den Markt eintreten werden. Durch SEPA sollte deshalb zunehmend potenzielle Konkurrenz für internationale, SEPA-konforme Debitkartensysteme wie V PAY, Debit MasterCard und Maestro entstehen. Aufgrund der Teilnahme der Schweizer Banken an SEPA ist es möglich, dass der Wettbewerbsdruck auch in der Schweiz tendenziell zunimmt.

B.7.2.2.3.3 Fazit Erheblichkeit

389. Debit MasterCard ist heute noch gar nicht auf dem relevanten Markt und somit existiert derzeit kein Intrabrand-Wettbewerb in Bezug auf das neue Produkt. Durch den Markteintritt von Debit MasterCard wird ein Intrabrand-Wettbewerb sowohl im Acquiring als auch im Issuing überhaupt erst ermöglicht. An dieser Stelle ist jedoch in Erinnerung zu rufen, dass die DIF aufgrund der Festsetzung durch MasterCard für alle in der Schweiz tätigen Issuer und Acquirer gilt und davon nur mittels bilateraler Absprachen abgewichen werden darf. Ob der für die Issuer und Acquirer verbleibende Preisfestsetzungsspielraum letztlich genügen wird, um die Erheblichkeit der Abrede zu verneinen, ist fraglich. In der Praxis wurde die Frage bereits mehrere Male verneint, zuletzt implizit auch für die geplante Einführung von V PAY.[180] Zudem ist nicht davon auszugehen, dass es zu bilateralen Vereinbarungen und damit zu Abweichungen von der DIF kommen wird, zumal ein Acquirer aufgrund der grossen Anzahl Issuer zahlreiche Abkommen schliessen müsste.

390. Ob der Interbrand-Wettbewerb durch die Abrede bereits von Anfang an erheblich beeinträchtigt wird, hängt im Wesentlichen davon ab, inwiefern das bestehende Maestro-System durch Debit MasterCard abgelöst (dies wiederum hängt von der Frage ab, unter welchen Bedingungen die Issuer und der Handel gewillt sein werden, das neue Produkt einzuführen; vgl. oben Rz 369 ff.) und ob V PAY im Schweizer Debitkartenmarkt eingeführt werden wird.

391. Wird Maestro praktisch durch Debit MasterCard ersetzt, so wird die Abrede über die DIF rasch einmal als erheblich zu beurteilen sein. Bleibt Maestro hingegen als ernste Alternative erhalten, so dürften die Überlegungen im Schlussbericht zu V PAY[181] auch an dieser Stelle Geltung haben.

B.7.2.2.4. Rechtfertigung aus Effizienzgründen

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

[177] RPW 2009/2, 137 Rz 134, *Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem V PAY*.
[178] Vgl. die Ausführungen zu V PAY in: RPW 2009/2, 137 Rz 133, *Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem V PAY*.
[179] RPW 2009/2, 126 Rz 27, *Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem V PAY*.
[180] Für die Kreditkarten vgl. RPW 2006/1, 98 ff. Rz 258 ff., *Kreditkarten – Interchange Fee; für die Debitkarten* vgl. RPW 2006/4, 612 ff. Rz 93 ff., *Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen und geplantes Preismodell von Telekurs Multipay AG*; RPW 2009/2, 138 Rz 139, *Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem V PAY*.
[181] RPW 2009/2, 138 Rz 140 ff., *Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem V PAY*.

393. Hinsichtlich der Rechtfertigung aus Effizienzgründen ist festzuhalten, dass eine Beurteilung der hierfür notwendigen Voraussetzungen aktuell schwierig ist. Anders als bei V PAY[182] handelt es sich bei der Debit MasterCard nicht um ein Produkt eines neuen Konkurrenten, welcher bisher auf dem Markt für Debitkarten noch gar nicht aktiv war. Die Markteinführung von Debit MasterCard wird mutmasslich den Wettbewerb in den verschiedenen Märkten (Issuing, Acquiring, Systemebene) weniger fördern, als dies in der Vorabklärung zu V PAY für das neue Debitkartenprodukt von Visa angenommen wurde. Namentlich ist fraglich, ob überhaupt Wettbewerb zwischen Maestro und Debit MasterCard entstehen wird, oder ob die Issuer nicht einfach dazu übergehen werden, das Maestro-System durch das neue Produkt von MasterCard zu ersetzen, sobald sie die Möglichkeit erhalten, Debit MasterCard mit der geplanten DIF einzuführen.

394. Inwiefern es bei den beiden internationalen Debitkarten Debit MasterCard und V PAY zu wirksamem Interbrand-Wettbewerb kommen wird, ist ebenfalls schwer zu bewerten. Diese zentrale Frage müsste bestenfalls nach erfolgtem Markteintritt von Debit MasterCard untersucht und beantwortet werden. Zu berücksichtigen sein wird dabei, ob es zu einem Dual oder sogar Multi Branding und allenfalls zu Blended Rates[183] kommen wird, falls Maestro beibehalten werden sollte, und welche Auswirkungen dies auf den möglichen Wettbewerb zwischen Debit MasterCard und V PAY haben könnte.

395. Sodann stellt sich vorliegend die Frage, ob die DIF im Sinne der ökonomischen Theorie für die Einführung von Debit MasterCard notwendig ist. Wie zwar im Schlussbericht zu V PAY ausgeführt wurde, können aus der Netzwerktheorie ökonomische Argumente abgeleitet werden, welche die Einführung einer Interchange Fee für den Aufbau von neuen Netzwerken zu erklären vermögen.[184] Hingegen erscheint es zweifelhaft, ob dieselben Argumente auch in der gegenwärtigen Vorabklärung herangezogen werden dürfen, und zwar aus folgenden zwei Gründen:

396. Bei V PAY handelt es sich um ein neues Debitkartenprodukt eines künftigen Konkurrenten von MasterCard. Letztere hatte bisher mit ihrem Debitkartenprodukt Maestro sämtliche relevanten Märkte in der Schweiz mangels anderer Wettbewerber dominiert. Dadurch könnte es für neue Anbieter viel schwieriger werden, in einen Markt einzusteigen. Als Grund hierfür können die (positiven) Rückkopplungseffekte aufgeführt werden, welche sich aus der Korrelation zwischen der Wahl des Karteninhabers für ein Kartennetzwerk und der Anzahl Händler, welche das entsprechende Netzwerk akzeptieren, ergeben.[185] Demgegenüber handelt es sich bei der Debit MasterCard zwar um ein angeblich von Maestro differenziertes Produkt, welches aber (wie die Kreditkarten auch) auf der Plattform von MasterCard verarbeitet und von den Händlern mit MasterCard-Logo akzeptiert wird. Es ist deshalb fraglich, ob es sich bei Debit MasterCard wirklich um ein neues Netzwerk handelt.

397. Weiter wird im Schlussbericht zu V PAY aufgeführt, eine Preisstruktur, wie sie von Visa mit der geplanten Interchange Fee vorgesehen sei, könne helfen, in der Anfangsphase eines Netzwerkes das sogenannte Chicken-and-Egg-Problem zu überwinden.[186] Aufgrund der von MasterCard vorgesehenen Akzeptanzregel, wonach Händler, die bereits die MasterCard-Kreditkarte akzeptieren, wegen Verwendung des gleichen Marken-Logos automatisch auch die Debit MasterCard akzeptieren müssen, kann aber kaum von einem Chicken-and-Egg-Problem gesprochen werden. In der Tat stehen den Karteninhabern bei der Einführung der Debit MasterCard weltweit schlagartig über 26 Mio. Akzeptanzstellen zur Verfügung. Von einer „klassischen" Anfangsphase kann demnach – zumindest was das Acquiring betrifft – kaum gesprochen werden.[187]

398. Aus diesen Gründen lassen sich die Schlussfolgerungen betreffend Effizienzgründe aus dem Schlussbericht zu V PAY nicht analog auf das Vorhaben von MasterCard übertragen, sondern bedürfen einer differenzierten Betrachtungsweise.

B.8 Ergebnis

399. *In casu* liegen Anhaltspunkte vor, wonach die Festsetzung einer DIF sowohl für Maestro als auch für Debit MasterCard eine Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG darstellt, wobei die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs umgestossen werden kann.

400. Für die Analyse der Wettbewerbsverhältnisse und für die Beurteilung der Frage der Unzulässigkeit der geplanten Wettbewerbsabrede ist die aktuelle Marktsituation auf dem relevanten Markt entscheidend: Gegenwärtig ist weder Debit MasterCard noch V PAY auf dem Markt, weshalb beide Systeme derzeit über 0 % Marktanteil verfügen. Gleichzeitig dominiert Maestro die relevanten Märkte […]. Weiter wickelt die SIX Multipay im Acquiring rund [85-95 %] aller Maestro-Transaktionen ab und verfügt deshalb auf dem Markt für das Acquiring ebenfalls über eine marktbeherrschende Stellung.

401. Betreffend Erheblichkeit ist zwischen Maestro und Debit MasterCard zu unterscheiden:

[182] RPW 2009/2, 138 ff. Rz 145 ff., Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem V PAY.

[183] Wie bereits in Rz 387 erwähnt hat Visa angekündigt, eine „No Blending-Regel" in ihre Visa Operating Rules aufzunehmen. Demgegenüber dürften das Blending bei den Produkten von MasterCard nicht ausgeschlossen sein.

[184] RPW 2009/2, 139 f. Rz 151 ff., *Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem V PA*Y.

[185] RAYSMAN (2007): „An Empirical Analysis of Payment's Card Usage." The Journal of Industrial Economics, Vol. LV, S. 1-36.

[186] WRIGHT (2004): „One sided Logic in Two-sided Markets." Review of Network Economics, Vol. 3, Issue 1. S. 44-63.

[187] Selbst die Europäische Kommission geht in ihrem Entscheid betreffend MasterCard vom 19.12.2007 davon aus, dass eine Interchange Fee grundsätzlich nur für den Aufbau neuer Netzwerke notwendig sein kann (Rz 557): „Die Existenz solcher offenen Zahlungskartensysteme [es geht dabei um die nationalen Debitkartensysteme von Finnland, Luxemburg, Dänemark, Niederlande und Norwegen] beweist nach Ansicht der Kommission, dass ein MIF für die Zusammenarbeit von Banken in einem offenen Zahlungskartensystem wie dem von MasterCard nicht objektiv notwendig ist. Wenn vergleichbare Kartensysteme, die kleiner sind als das von MasterCard, ohne ein MIF tragfähig sind, dann müssen Systeme wie das von MasterCard mit einem deutlich grösseren Karteninhaber- und Händlerstamm (…) erst recht ohne ein MIF tragfähig sein. MasterCard befindet sich nicht in der Situation eines Neulings, der dafür sorgen muss, dass sein in der Anfangsphase befindliches System auf beiden Seiten die erforderliche Grösse erreicht." (http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/34579/34579_1888_1.pdf).

402. In Bezug auf die Einführung der DIF für Maestro bestehen Anhaltspunkte dafür, dass die Wettbewerbsabrede aufgrund des fehlenden Intra- wie auch Interbrand-Wettbewerbs als erheblich qualifiziert werden müsste. Maestro ist auf den relevanten Märkten aktuell das einzige in der Schweiz betriebene Debitkartensystem.

403. Bei der Preisabrede für Debit MasterCard bestehen Anhaltspunkte für eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung nur dann, wenn es MasterCard gelingen sollte, das neue Produkt auf dem Markt einzuführen und die Issuer dazu übergehen würden, die Maestro-Debitkarte durch Debit MasterCard zu ersetzen. In diesem Fall würde Debit MasterCard innerhalb kürzester Zeit über eine gleiche Verbreitung verfügen wie aktuell Maestro. Andernfalls wäre eine Erheblichkeit erst dann gegeben, wenn Debit MasterCard eine bestimmte Bedeutung auf dem Debitkartenmarkt erreicht hat. Dabei dürfte entscheidend sein, ob das Debitkartenprodukt V PAY von Visa den Markteintritt schaffen wird.

404. Vorab ist jedoch unklar, wie sich der Markt entwickeln wird. Die Effekte von Debit MasterCard mit der geplanten DIF auf den Wettbewerb im Schweizer Debitkartenmarkt sind vor Markteintritt schwer zu beurteilen. Wie im Vorabklärungsverfahren zu V PAY bereits festgehalten wurde, wird durch den Markteintritt einer weiteren Debitkarte zumindest vorläufig der Inter- und Intrabrand-Wettbewerb auf den relevanten Märkten erst ermöglicht, welcher Potenzial für Innovationen (z.B. mehr Systemsicherheit) bietet und zu einem besseren Preis-/Leistungsverhältnis führen kann.[188] Anders als im vorliegenden Fall handelte es sich aber bei V PAY um einen neuen Anbieter (Visa). Demgegenüber ist die Debit MasterCard lediglich eine zusätzliche Produktelinie eines bereits etablierten Anbieters. Es ist somit fraglich, ob die bei V PAY gemachten Überlegungen zur Erheblichkeit für das geplante Vorhaben betreffend Debit MasterCard übernommen werden können, zumal mindestens auf Seiten des Acquirings infolge der „Honour-All-Cards-Rule“ sämtliche Händler, welche bisher die MasterCard-Kreditkarte akzeptieren, gleichzeitig auch die Debit MasterCard annehmen müssen.

405. In Bezug auf die Frage nach Rechtfertigungsgründen kann für das Maestro-System festgehalten werden, dass es sich aufgrund der grossen Verbreitung sowohl auf der Issuing- als auch auf der Acquiring-Seite sowie der hohen Akzeptanz („Volkszahlungsmittel“) um ein bereits gesättigtes System handelt. Die aus der ökonomischen Theorie zu den zweiseitigen Märkten fliessenden Argumente, wonach Interchange Fees für die Aufbauphase eines neues Netzwerkes sinnvoll sein können, um das Chicken-and-Egg-Problem zu überwinden, greifen hier nicht.

406. Entsprechend fraglich ist sodann, ob die in der Vorabklärung zu V PAY erfolgten Überlegungen zur Rechtfertigung der Einführung einer Interchange Fee tel quel für auf das Debit MasterCard-System übernommen werden können: Zum einen tritt MasterCard als Anbieterin von Debit MasterCard nicht als neuer Wettbewerber auf den Markt, und zum anderen stehen auf der Acquiring-Seite schlagartig eine Vielzahl von Akzeptanzstellen zur Verfügung. Aus diesen Gründen kann zumindest im Markt für das Acquiring nicht eigentlich von einer „Aufbauphase“ ausgegangen werden.

407. Aufgrund dieser Erwägungen stellt sich die Frage, ob für die Einführung der DIF für Debit MasterCard im Vergleich zu den Anregungen des Sekretariats nach Art. 26 Abs. 2 KG im Falle V PAY zusätzliche Voraussetzungen definiert werden müssten, welche in eine Übergangslösung einzufliessen hätten.

B.9 Anregungen des Sekretariats nach Art. 26 Abs. 2 KG

408. Gemäss Art. 26 Abs. 2 KG kann das Sekretariat Massnahmen zur Beseitigung oder Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen anregen. Solche Massnahmen können beispielsweise dann angezeigt sein, wenn Unternehmen ein bestimmtes Vorhaben nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG zwar gemeldet, aber noch nicht umgesetzt haben, und sich im Rahmen der summarischen Sachverhaltsabklärung ernsthafte Anhaltspunkte für eine mögliche Wettbewerbsbeschränkung ergeben.

409. Wie bereits aufgezeigt hat die summarische Sachverhaltsabklärung zu kartellrechtlichen Bedenken bezüglich der Einführung einer DIF für das Maestro-System geführt. Entscheidend dabei ist zum einen die Tatsache, dass Maestro derzeit die einzige international einsetzbare Debitkarte ist und praktisch alle Händler in der Schweiz mit einer physischen Verkaufsstelle die Maestro-Debitkarte als Zahlungsmittel akzeptieren. Aufgrund des fehlenden Intra- wie auch Interbrand-Wettbewerbs bestehen Anhaltspunkte für eine erhebliche Beschränkung des wirksamen Wettbewerbs durch die Abrede über eine DIF für Maestro. Zum anderen greifen die ökonomischen Argumente für die Einführung einer Interchange Fee beim Maestro-System nicht, weil sich dieses System auch ohne eine Interchange Fee in den letzten Jahren verbreiten konnte und heute über eine sehr hohe Akzeptanz sowohl auf der Issuing- als auch auf der Acquiring-Seite verfügt.

410. In Bezug auf die geplante Einführung von Debit MasterCard dürfte zunächst entscheidend sein, inwiefern MasterCard die Möglichkeit hat, die Wahl der Issuer bezüglich des Produktangebots zu beeinflussen. Namentlich der Handel und die Konsumentenschutzorganisationen äussern in diesem Zusammenhang die Besorgnis, dass für die Issuer erhebliche Anreize bestehen könnten, die bisherigen Maestro-Debitkartenbestände durch die Debit MasterCard auszutauschen, da letztere mit der DIF zusätzliche Einnahmen verspricht. In einem solchen Fall würde Debit MasterCard bei den Karteninhabern schlagartig über eine gleiche Verbreitung verfügen, wie sie das heutige Maestro-System hat. Letztlich würde dadurch gemäss den Befürchtungen von Handel und Konsumentenschutzorganisationen ein günstiges und effizientes Debitkartensystem in Kürze vom Markt verdrängt werden.

[188] RPW 2009/2, 140 Rz 158, *Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem V PAY*.

411. Gleichzeitig hätte MasterCard die Möglichkeit, die bisher bestehenden kartellrechtlichen Bedenken für den Fall der Einführung einer DIF für Maestro zu umgehen, was durch HACR in den Operating Rules zusätzlich noch begünstigt würde, da die Händler gezwungen wären, die Debit MasterCard zu akzeptieren.

412. Weiter äussern sowohl der Handel wie auch die Konsumentenschutzorganisationen Bedenken an der Richtigkeit der Aussage von MasterCard, dass es sich bei der Debit MasterCard um ein neues und vor allem innovatives Produkt handle. Laut diesen Marktbeteiligten liessen sich die geplanten Zusatzfunktionen, welche heute bereits teilweise auf der Kreditkarte vorhanden seien, problemlos auch über die Maestro-Debitkarte realisieren. Auch bezüglich der Sicherheit im Zahlungsverkehr bestehen bei den beiden Marktgegenseiten erhebliche Bedenken.

413. Das Sekretariat regt aus diesen Gründen Massnahmen an, die eine Erweiterung der Produktpalette von MasterCard im Debitkartenmarkt ermöglichen sollen, ohne dass das bisherige Maestro-System mangels einer Interchange Fee in absehbarer Zeit vom Markt verschwinden und ohne dass die geplante Markteinführung von V PAY behindert wird.

414. Mit den Massnahmen verfolgt das Sekretariat das Ziel, dem Produkt Debit MasterCard den Markteintritt unter den gleichen Bedingungen – insbesondere unter Einführung einer DIF – zu ermöglichen, wie dies bereits im Jahr 2009 für die Debitkarte V PAY von Visa Europe der Fall war. Gleichzeitig muss durch MasterCard gewährleistet werden, dass deren Zahlkartensysteme (MasterCard Kreditkarten, Debit MasterCard, Maestro) transparenter und effizienter werden und sowohl die Karteninhaber als auch die Händler eine freie Auswahl zwischen den verschiedenen Zahlkartenprodukte treffen können. Durch eine Erhöhung der Transparenz und insbesondere durch eine Entflechtung der einzelnen Kartenprodukte sollen die beiden Nachfragegruppen bessere (Preis-) Information zu den verschiedenen Zahlkartenprodukten erhalten. Dies erlaubt ihnen, sich für oder gegen ein Zahlkartensystem zu entscheiden, was den Wettbewerbsdruck in den einzelnen Zahlkartenmärkten erhöhen kann.

415. Die folgenden Voraussetzungen können deshalb für die provisorische Einführung einer DIF für Debit MasterCard definiert werden, so dass bei deren Einhaltung auf die Eröffnung einer Untersuchung durch das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums verzichtet werden kann:

- **MasterCard darf weder die bestehenden Maestro-Lizenzen für das Issuing und das Acquiring zurückziehen noch das Eingehen neuer Lizenzverträge aufgrund der Einführung von Debit MasterCard verweigern, sofern eine Nachfrage für den Abschluss solcher Verträge besteht. Ausserdem wird MasterCard keine spezifischen Anreize setzen, damit Lizenznehmer des Maestro-Systems zum System von Debit MasterCard wechseln.** Dadurch soll erreicht werden, dass die Lizenznehmer (Issuer und Acquirer) eine breitere Auswahl zwischen verschiedenen Debitprodukten (Maestro, Debit MasterCard und/oder V PAY) erhalten und nicht von MasterCard gezwungen werden können, vom bisherigen Maestro-System zu Debit MasterCard zu migrieren. Diese Massnahme kommt auch den Anliegen der Konsumenten und des Handels entgegen, welche Maestro weiterhin als kostengünstige Alternative zu den neuen Debitprodukten beibehalten und sogar weiterentwickeln wollen.
- **Die Einführung einer DIF für Debit MasterCard ist unproblematisch, soweit der Marktanteil von Debit MasterCard 15 % des gesamten Debitkartenmarktes in der Schweiz[189], gemessen am Kartenumsatz am Point of Sale, nicht überschreitet.** Die Möglichkeit der Einführung einer Interchange Fee für Debit MasterCard soll keine Anreize dafür setzen, dass alle oder eine Vielzahl von Issuer zum Nachteil der Händler schlagartig auf Maestro verzichten, weil sie beim System von Debit MasterCard eine Interchange Fee erhalten. Zudem schafft die Fixierung einer Marktanteilsschwelle für sämtliche Beteiligten bis zu einem bestimmten Grad eine Rechtssicherheit.
- **Die Einführung einer DIF für Debit MasterCard ist unproblematisch während einer Laufzeit von drei Jahren ab Herausgabe der ersten Debit MasterCard-Karte in der Schweiz**. Nach Ablauf von drei Jahren erachtet das Sekretariat den Markteintritt für Debit MasterCard als abgeschlossen.[190] Dadurch entfällt diese Argumentation für die Begründung der Notwendigkeit einer Interchange Fee. Gleichzeitig wird damit verhindert, dass die Issuer bewusst den Marktanteil von Debit MasterCard unter 15 % halten, um sich die entsprechenden Einnahmen auf unbestimmte Zeit zu sichern.
- **Die DIF für Debit MasterCard ist unproblematisch, sofern der gewichtete Durchschnittsbetrag CHF 0.20 pro Transaktion nicht überschreitet**.[191] Die Massnahme soll verhindern, dass MasterCard seine DIF übermässig heraufsetzt.

[189] Analog zu den Massnahmen gemäss Schlussbericht in Sachen V PAY (vgl. RPW 2009/2, 141 Fn 61, *Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem V PAY*). wird aus Gründen der Überprüfbarkeit der Marktanteilsschwelle auf den gesamten Debitkartenmarkt abgestellt. Die Marktabgrenzung ist dadurch nicht betroffen.

[190] Vgl. RPW 2009/2, 141 Fn 62, *Geplante Einführung einer DMIF für das Debitkartensystem V PAY*.

[191] Die Art und Weise der Berechnung dieses maximalen gewichteten Durchschnittswerts wurde kartellrechtlich nicht beurteilt. Die Vornahme einer bestimmten Berechnungsmethode (z.B. kostenbasierter Ansatz analog zur DMIF bei den Kreditkarten) wurde auch nicht als Massnahme i.S.v. Art. 26 Abs. 2 KG definiert, da Debit MasterCard derzeit noch nicht im Markt eingeführt ist und somit keine Aussagen zu möglichen Kosten des Systems (für den Issuer oder für den Händlern) gemacht werden können. Die Prüfung der Frage der Zulässigkeit einer bestimmten Berechnungsmethode wird Gegenstand einer Untersuchung sein müssen, sobald die Marktanteilsschwelle erreicht worden oder die Markteintrittsphase von drei Jahren abgeschlossen ist.

- **Die für die Kartenprodukte von MasterCard und Maestro registrierten domestischen und intraregionalen Interchange Fee-Sätze sind auf der Website von MasterCard anzuzeigen**. Die Massnahme schafft für die Händler mehr Transparenz hinsichtlich der vom Acquirer verrechneten MSC. Durch die Publikation erhält der Händler eine Information darüber, wie hoch der Anteil der entsprechenden Interchange Fee an der von ihm zu entrichtenden MSC ist. Entsprechend kann er beispielsweise Senkungen der Interchange Fee gegenüber den Acquirer besser durchsetzen.[192] MasterCard wird die Acquirer zusätzlich verpflichten, die Händler auf die Verfügbarkeit der DIF-Sätze auf der Webpage hinzuweisen.
- **Die Durchsetzung einer No-Discrimination-Rule (NDR) für Debit MasterCard in der Schweiz ist zu unterlassen**. Die Schweizer Wettbewerbsbehörden haben seit 2002 in konstanter Praxis die NDR als kartellrechtlich bedenklich eingestuft, weil sie dem Händler eine Differenzierung des Preises nach Art des verwendeten Zahlungsmittels verbietet und damit dessen Preisfestsetzungsfreiheit beschränkt.[193]
- **Die Honor All Cards Rule (HACR) von MasterCard ist so auszugestalten, dass ein Händler berechtigt ist, jedes einzelne Kartenprodukt des MasterCard-Kartensystems (MasterCard Kreditkarte oder Debit MasterCard) oder des Maestro-Debitkartensystems sowie Produkte anderer Kartensysteme frei zu akzeptieren.** Der Händler soll eine freie Wahl haben, welche Kartenprodukte des gleichnamigen Kartensystems (MasterCard, Maestro) er akzeptieren will. Insbesondere sollen Händler nicht gestützt auf lizenzrechtliche Vorschriften MasterCards verpflichtet werden können, zwei Kartenprodukte (Kreditkarten von MasterCard und Debit MasterCard) nur zufolge der Verwendung einer gemeinsamen Marke oder von gemeinsamen Systemregeln akzeptieren zu müssen. Gleichzeitig sollen Händler auch Kartenprodukte anderer Kartensysteme akzeptieren dürfen.
- **Die Systemregeln von MasterCard sind so auszugestalten, dass Händler insbesondere von deren Acquirer nicht verpflichtet werden können, die Verarbeitung von nach Kartenprodukten unterschiedlichen Zahlungstransaktionen zusammenzufassen (Unbundling).** Händler sollen die Freiheit haben, für die Verarbeitung von Zahlungstransaktionen je nach Kartenprodukt (Kreditkarten von MasterCard, Debit MasterCard, Maestro, andere Kartenprodukte) unterschiedliche Acquirer auswählen zu können.
- **Die Systemregeln von MasterCard sind so auszugestalten, dass die Acquirer die MSC je nach verwendetem Kartenprodukt separat ausweisen, es sei denn, der Händler wünsche explizit eine Zusammenfassung dieser Kommissionen (Unblended Rates).** Diese Massnahme erlaubt dem Händler, effizientere Kartenprodukte auszuwählen und dadurch seine Verhandlungsposition gegenüber den Acquirern zu verbessern.

416. MasterCard hat sich mit Schreiben vom 21. April 2011 und 30. Mai 2011 mit den vorgeschlagenen Massnahmen des Sekretariats einverstanden erklärt und die Zusicherungen inhaltlich noch präzisiert. So soll betreffend das Unbundling in Anlehnung an das Interim Agreement mit der Europäischen Kommission[194] von den Schweizer Acquirer verlangt werden, dass diese ihre Vertragspartner über die Auswahlfreiheit bezüglich der einzel akzeptierbaren Kartenprodukte (MasterCard Kreditkarten, Debit MasterCard, Maestro und Karten anderer Anbieter) informieren. Gleichzeitig soll für die Schweiz eine Bestimmung eingeführt werden, welche den Acquirern verbietet, die zusammenzufassende Verarbeitung von Kartentransaktionen gegenüber den Händlern zu erzwingen.

417. Im Weiteren und ebenfalls in Anlehnung an das europäische Interim Agreement will MasterCard eine Regel einführen, welche die Acquirer verpflichtet, den Vertragspartnern ex ante und ex post individuelle DIF-Sätze für die von MasterCard betriebenen Kredit- und Debitkartensysteme (MasterCard Kreditkarten, Debit MasterCard, Maestro) sowie für Konkurrenzprodukte anzubieten (Unblending). Dies würde dazu führen, dass die Rechnungen der Acquirer inskünftig jeweils individuell die Anzahl getätigter Transaktionen, den Gesamtbetrag an Ausgaben und den für jedes Kartenprodukt belasteten Gesamtpreis ausweisen muss.[195] Eine Ausnahme davon kann gemacht werden, wenn der Händler explizit eine Zusammenfassung der individualisierten Kommissionen verlangt.

418. Eine weitergehende Verpflichtung von MasterCard, wie sie namentlich im Interim Agreement zwischen der EU-Kommission und Visa Europe hinsichtlich des Cross Border-Acqurings erfolgte[196], ist nach den aktuellen MasterCard- und Maestro-Regeln nicht notwendig: So gelten

[192] RPW 2006/1, 113 Rz 394 ff. und Rz 418, *Kreditkarten – Interchange Fee*.

[193] RPW 2003/1, 106 ff., Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft; RPW 2006/1, 113 Rz 391 ff., *Kreditkarten – Interchange Fee*.

[194] Vgl. Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 1. April 2009 (IP/09/515), „Kartellrecht: EU-Kommissarin Kroes nimmt Stellung zu Entgeltsenkungen von MasterCard“ sowie Memo der Europäischen Kommission vom 1. April 2009 (MEMO/097143), „Antitrust: Commissioner Kroes notes MasterCard’s decision to cut cross-border Mulitlateral Interchange Fees (MIFs) and to repeal recent scheme fee increases – frequently asked questions“.

[195] Vgl. Memo der Europäischen Kommission vom 1. April 2009 (MEMO/097143), „Antitrust: Commissioner Kroes notes MasterCard’s decision to cut cross-border Mulitlateral Interchange Fees (MIFs) and to repeal recent scheme fee increases – frequently asked questions“.

[196] Im Rahmen der Untersuchung der EU-Kommission zu den Interchange Fees von Visa Europe (COMP/D-1/39.398) wurde festgestellt, dass die Systemregeln von Visa Europe die Anwendung von interregionalen MIF für domestische Transaktionen vorschreiben, sofern die Transaktion von einem Cross Border-Acquirer verarbeitet und die nationale MIF bei Visa Europe nicht registriert wird. Eine solche freiwillige Registrierung von inländischen MIF bei Visa Europe erhöht nach Ansicht der EU-Kommission die wettbewerbshemmende Wirkung interregionaler MIF und führt zu einem Wettbewerbsnachteil für Cross Border-Acquirer gegenüber den inländischen Acquirern (vgl. Beschluss der Kommission vom 8. Dezember 2010 in Sachen Visa MIF [COMP/D-1/39.398], S. 7 Fn 8).

zwar die beiden deutschen Unternehmen B&S Card Service GmbH und Concardis (Schweiz) AG als Cross Border-Acquirer, jedoch wenden diese ebenfalls die für inländischen Transaktionen geltenden und an MasterCard notifizierten Interchange Fees an. Im Einzelnen heisst das, dass für das Maestro-System bisher auch von diesen Cross Border-Acquirer keine Interchange Fees an die Schweizer Issuer geflossen ist. Und auch für das Debit MasterCard-System müssen die beiden Acquirer keine von der vorgesehenen DIF abweichenden interregionalen oder intraregionalen Interchange Fees an die Issuer abführen.

419. Alle Zusicherungen von MasterCard gelten nur unter dem Vorbehalt, dass Debit MasterCard hinsichtlich der Voraussetzungen für die provisorische Einführung einer DIF nicht durch Entscheide der Wettbewerbsbehörden schlechter gegenüber V PAY gestellt wird.

420. MasterCard wird darauf hingewiesen, dass ihr die Möglichkeit offen steht, innerhalb eines Monats ab Erreichen der Marktanteilsschwelle bzw. nach Ablauf der Einführungsdauer eine neue Meldung nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG zwecks Klärung der kartellrechtlichen Zulässigkeit der DIF einzureichen.

C Schlussfolgerungen

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

1. stellt fest, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass bei einer Umsetzung der geplanten Abreden betreffend DIF für **Maestro und für Debit MasterCard** je von einer Preisabsprache gemäss Art. 5 Abs. 3 KG zwischen den daran beteiligten Issuern einerseits und den Acquirern andererseits auszugehen ist, die gesetzliche Vermutung jedoch für beide Abreden umgestossen werden kann;

2. stellt fest, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sich die Abrede betreffend DIF für **Maestro** gemäss Art. 5 Abs. 1 KG erheblich auf den Wettbewerb in den relevanten Märkten auswirkt und keine Rechtfertigungsgründe nach Art. 5 Abs. 2 KG vorliegen;

3. stellt fest, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, wonach die Festlegung einer DIF für **Maestro** durch MasterCard als missbräuchliche Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG zu qualifizieren ist;

4. stellt fest, dass während der Markteinführungsphase von **Debit MasterCard** die geplante DIF nicht als erhebliche Wettbewerbseinschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG zu qualifizieren ist. Das Sekretariat verzichtet daher darauf, im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung zu eröffnen, solange die folgenden Voraussetzungen von MasterCard kumulativ erfüllt werden:

   a) MasterCard darf weder die bestenden Maestro-Lizenzen für das Issuing und das Acquiring zurückziehen, noch das Eingehen neuer Lizenzverträge aufgrund der Einführung von Debit MasterCard verweigern, sofern eine Nachfrage für den Abschluss solcher Verträge besteht. Ausserdem wird MasterCard keine spezifischen Anreize setzen, damit Lizenznehmer des Maestro-Systems zum System von Debit MasterCard wechseln.

   b) Die Einführung einer DIF für Debit MasterCard ist unproblematisch, soweit der Marktanteil von Debit MasterCard 15 % des gesamten Debitkartenmarktes in der Schweiz, gemessen am Kartenumsatz am Point of Sale, nicht überschreitet.

   c) Die Einführung einer DIF für Debit MasterCard ist unproblematisch während einer Dauer von drei Jahren ab Herausgabe der ersten Debit MasterCard-Karte in der Schweiz.

   d) Die DIF für Debit MasterCard ist unproblematisch, sofern der gewichtete Durchschnittsbetrag CHF 0.20 pro Transaktion nicht überschreitet.

   e) Die für die Kartenprodukte von MasterCard und Maestro registrierten domestischen und intraregionalen Interchange Fee-Sätze sind auf der Website von MasterCard anzuzeigen.

   f) Die Durchsetzung einer No-Discrimination-Rule für Debit MasterCard in der Schweiz ist zu unterlassen.

   g) Die Honor All Cards Rule von MasterCard ist so auszugestalten, dass ein Händler berechtigt ist, jedes einzelne Kartenprodukt des MasterCard-Kartensystems (MasterCard Kreditkarte oder Debit MasterCard) sowie des Maestro-Debitkartensystems und Produkte anderer Kartensysteme frei zu akzeptieren.

   h) Die Systemregeln von MasterCard sind so auszugestalten, dass die Acquirern die Händler nicht verpflichtet können, die Verarbeitung der nach Kartenprodukten unterschiedlichen Zahlungstransaktionen zusammenzufassen (Unbundling).

   i) Die Systemregeln von MasterCard sind so auszugestalten, dass die Acquirer die MSC je nach verwendetem Kartenprodukt separat ausweisen, es sei denn, der Händler wünscht explizit eine Zusammenfassung dieser Kommissionen (Unblending).

5. nimmt zur Kenntnis, dass MasterCard das Sekretariat regelmässig über die Einhaltung der oben erwähnten Voraussetzungen informieren wird. Die Kontrolle soll ab Herausgabe der ersten Debit MasterCard-Karte in der Schweiz

   - betreffend die Einhaltung des Marktanteils von 15% (siehe Ziff. 3 Bst. b Schlussfolgerungen) quartalsweise und

   - betreffend die Einhaltung der gewichteten DIF-Obergrenze von durchschnittlich CHF 0.20 pro Transaktion (siehe Ziff. 3 Bst. d Schlussfolgerungen) jährlich stattfinden.

Das Sekretariat behält sich vor, eigene Kontrollen durchzuführen;

6. nimmt zur Kenntnis, dass MasterCard die für die Schweiz geltenden Operating-Rules im Sinne dieser Voraussetzungen innerhalb von rund zehn Arbeitstagen ab dem Zeitpunkt der Kenntnisnahme der Verpflichtungszusagen nach Art. 26 Abs. 2 KG durch die Wettbewerbskommission, in jedem Fall aber vor Einführung einer Default Intracountry Fee für Debit MasterCard anpassen wird. MasterCard wird dem Sekretariat das Anpassungsdatum vorgängig schriftlich bekanntgeben;

7. nimmt zur Kenntnis, dass die Geltung der neuen respektive revidierten Operating-Rules unter dem Vorbehalt der Lancierung von Debit MasterCard in der Schweiz stehen und mit Herausgabe der ersten Debit MasterCard in der Schweiz in Kraft treten. Ab diesem Zeitpunkt wird MasterCard auch die für die Kartenprodukte von MasterCard und Maestro registrierten domestischen und intraregionalen Interchange Fees auf ihrer Website aufschalten;

8. hält fest, dass MasterCard die Möglichkeit offen steht, spätestens innerhalb eines Monats ab Erreichen des Marktanteils gemäss Ziff. 3 Bst. b der Schlussfolgerungen bzw. des Ablaufs der Einführungsdauer gemäss Ziff. 3 Bst. d der Schlussfolgerungen eine neue Meldung nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG zwecks Klärung der kartellrechtlichen Zulässigkeit der DIF einzureichen;

9. beschliesst, diesen Schlussbericht zu publizieren.

1.1	4. Taxizentralen der Stadt Zürich: Wettbewerbsverbote

Schlussbericht vom 1. Oktober 2012 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Taxizentralen der Stadt Zürich: Wettbewerbsverbote wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG.

A Sachverhalt

1. MyTaxi ist ein Unternehmen aus Deutschland, das ein Smartphone App für die Vermittlung von Taxifahrten zur Verfügung stellt. Dafür nimmt MyTaxi Taxifahrer unter Vertrag, die auf ihrem Telefon das App installieren. Wenn ein Kunde über das App ein Taxi bestellt, wird über den Server von MyTaxi und über GPS das nächste freie Taxi ermittelt. Dieser Taxifahrer erhält über sein Mobiltelefon eine Anfrage, ob er den Fahrauftrag ausführen will. Die App funktioniert automatisiert, d.h. im Gegensatz zu klassischen Vermittlungszentralen ohne Call Center. Dieses System hat MyTaxi in verschiedenen Städten in Deutschland sowie in Wien in Betrieb genommen und möchte das System nun in Zürich aufbauen.

2. Im Januar 2012 hat MyTaxi beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) eine Wettbewerbsbeschränkung auf dem Markt für Vermittlung von Taxifahrten gemeldet.

3. MyTaxi macht geltend, in Zürich seien quasi alle Taxifahrer, die eine gewisse Qualität anbieten und deutsch sprechen, mittels Anschlussverträgen bei einer Taxizentrale angeschlossen. Diese Anschlussverträge verpflichteten die Taxifahrer, keine Aufträge von anderen Vermittlern wie MyTaxi anzunehmen. Dadurch habe MyTaxi Schwierigkeiten, genügend Taxifahrer für die Stadt/Region Zürich unter Vertrag zu nehmen und in den Markt für Vermittlung von Taxifahrten einzutreten.

4. Das Sekretariat hat am 31. Mai 2012 eine Vorabklärung eröffnet, um der Frage nachzugehen, ob die Taxizentralen in ihren Anschlussverträgen Konkurrenzklauseln vorsehen, welche die Zusammenarbeit ihrer angeschlossenen Taxis mit MyTaxi verhindern. Zur Klärung des Sachverhalts wurden Fragebögen an die vier Taxizentralen der Stadt Zürich versandt. Es handelt sich dabei um die A AG (nachfolgend: A), die B AG (nachfolgend: B), die C AG (nachfolgend: C) sowie die D AG (nachfolgend: D).

5. A, B sowie die C haben den Fragebogen innert der gesetzten Frist beantwortet. Die Antworten von D sind bislang noch nicht eingegangen.

6. Die Auswertung der Fragebögen ergab Folgendes: Von den rund 1500 Taxis der Stadt Zürich[1] sind rund 875 (ohne jene, die bei D angeschlossen sind) bei einer Taxizentrale angeschlossen, die übrigen gehören keiner Zentrale an und arbeiten frei. D geht gemäss eigenen Auskünften im Verfahren 22-0370 (Taxizentralen Zürich) keine Anschlussverträge mit unabhängigen Taxihaltern ein, sondern beschäftigt ihre Fahrer als Arbeitnehmer.[2] Die übrigen Taxizentralen schliessen mit den Taxihaltern standardisierte Anschlussverträge ab.

7. Die Anschlussverträge von A beinhalten keine Konkurrenzklausel. Die Verträge von B enthalten folgende Konkurrenzklausel: „Der TH [Taxihalter] darf nur Funk-Taxis betreiben, welche bei der B AG angeschlossen sind“.[3] Die entsprechende Klausel in den Verträgen von C lautet: „Weder der Halter noch dessen Fahrer dürfen sich während der Dauer dieses Vertrages in irgendeiner Form weiteren Funkzentralen, Vermittlungssystemen und dergleichen anschliessen. Es steht ihnen jedoch frei, Aufträge selber zu akquirieren und auszuführen“.[4]

8. Die genannten Klauseln der B und C sind nachfolgend hinsichtlich ihrer Kartellrechtskonformität zu überprüfen. D und A werden für die nachfolgenden Ausführungen nicht berücksichtigt, da ihre Verträge keine derartigen Klauseln enthalten, respektive da diese im Falle von D aufgrund des Arbeitsverhältnisses zwischen der Taxizentrale und den Taxihaltern kein kartellrechtliches Problem darstellen würden.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

9. Das Kartellgesetz (KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG).

10. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG). C sowie die bei C angeschlossenen Taxihalter erfüllen diese Voraussetzung. Es handelt sich bei den Taxihaltern um selbständige Unternehmen, die das wirtschaftliche Risiko ihrer Tätigkeit selber tragen, während C reine Vermittlungsdienstleistungen erbringt.

11. Genauer betrachtet werden muss jedoch die Situation bei B sowie den bei ihr angeschlossenen Taxihaltern. B ist nämlich zu 100 % im Besitz der Genossenschaft B, deren Genossenschafter wiederum die bei B angeschlossenen Taxihalter sind. Es könnte sich daher bei B um einen Konzern handeln.

[1] Vgl. www.taxiverband.ch/bewilligungen.html (zuletzt besucht am 13. August 2012).
[2] Vgl. Schlussbericht vom 26. Mai 2010 Rz 2.
[3] Vgl. Anschlussvertrag B, Ziffer 1.3.
[4] Vgl. Anschlussvertrag C, Ziffer 6.

12. Konzerngesellschaften fehlt es grundsätzlich an der wirtschaftlichen Selbständigkeit, weshalb die einzelnen Unternehmen trotz rechtlicher Selbständigkeit kein Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes sind. An der wirtschaftlichen Selbständigkeit fehlt es, „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“[5].

13. Aufgrund der vorliegenden Informationen kann die Frage, ob es sich bei B um einen Konzern handelt, nicht abschliessend beurteilt werden. Es bestehen jedoch – abgesehen von der genossenschaftlichen Struktur von B – keine Anhaltspunkte für ein Konzernverhältnis.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

15. Das Taxiwesen der Stadt Zürich wird durch die vom Gemeinderat erlassenen „Taxivorschriften“[6] reguliert. So bedarf es für das Führen eines Taxibetriebs einer Bewilligung (Art. 3 Taxivorschriften) und die Anzahl der erteilten Bewilligungen kann durch das Polizeidepartement gesteuert werden (Art. 6 Taxivorschriften). Zudem müssen Taxihalter im Besitz eines Taxiausweises sein (Art. 12 Taxivorschriften), wobei zum Erwerb dieses Ausweises unter anderem eine Fachprüfung absolviert werden muss.

16. Es besteht für die Taxihalter, welche über eine Betriebsbewilligung der Stadt Zürich verfügen, weder eine Pflicht, sich einer Taxizentrale anzuschliessen, noch ist der Anschluss bei mehreren Taxizentralen oder ähnlichen Vermittlungsdienstleistern aufgrund der Taxivorschriften beschränkt. Somit gibt es für diesen Bereich des Taxiwesens keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen oder beschränken und der Anwendung des Kartellgesetzes entgegenstehen würden. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 und 2 KG wird von den befragten Unternehmen denn auch nicht geltend gemacht.

B.3 Keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsabrede über Konkurrenzverbot

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

B.3.1 Wettbewerbsabrede

18. 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).

19. Gemäss BGE 124 III 495, 499 f. stellen einseitige Konkurrenzverbote grundsätzlich keine Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar, diese seien dementsprechend kartellrechtlich unbedenklich. Das Bundesgericht setzte für die Annahme einer Wettbewerbsabrede ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken von zwei oder mehreren Unternehmen im Hinblick auf die Ausübung von Marktmacht voraus. Dieser Bundesgerichtsentscheid ist in der Lehre auf einhellige Ablehnung gestossen.[7]

20. Als Reaktion auf diesen Bundesgerichtsentscheid wurden in der Lehre verschiedene Wege zur kartellrechtlichen Einordnung von Konkurrenzverboten diskutiert, insbesondere auch zu der Frage, ob diese als Abreden in Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren seien.[8] Bezüglich Konkurrenzklauseln im Rahmen von Fusionsvorhaben hat sich die Wettbewerbskommission der in der EU geltenden Regelung angeschlossen, wonach Konkurrenzverbote dann nicht als Wettbewerbsabreden zu behandeln sind, wenn die damit verbundene Einschränkung mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig ist. In diesen Fällen sind Konkurrenzklauseln alleine gestützt auf die Fusionskontrollverordnung zu prüfen, eine Prüfung nach Art. 5 KG erübrigt sich.[9] Betreffend Konkurrenzverbote ausserhalb von Fusionsvorhaben ist kein einschlägiger Entscheid ersichtlich. Jedoch kann aus der Tatsache, dass die Vertikalbekanntmachung[10] Regelungen betreffend Wettbewerbsverbote vorsieht, abgeleitet werden, dass es sich dabei grundsätzlich um Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG handelt.[11]

21. Ziff. 6 VertBek definiert Wettbewerbsverbote als „Verpflichtungen, die den Abnehmer veranlassen, keine Waren oder Dienstleistungen herzustellen, zu beziehen, zu verkaufen oder weiterzuverkaufen, die mit den Vertragswaren oder -dienstleistungen im Wettbewerb stehen (…).“ Die vorliegenden Konkurrenzklauseln schliessen den Bezug von konkurrierenden Taxivermittlungsdienstleistungen durch die Taxihalter aus und fallen daher unter den in Ziff. 6 VertBek definierten Begriff des Wettbewerbsverbots. Sie sind daher als Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren.

[5] JENS LEHNE in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art 2 N 29 m.w.H.
[6] Abrufbar unter http://www.stadt-zuerich.ch/internet/as/home/inhaltsverzeichnis/9/935/460.html (zuletzt besucht am 13. August 2012).
[7] Vgl. nur THOMAS NYDEGGER/ WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 N 61 m.w.H.
[8] Eine Zusammenfassung davon findet sich in RPW 2006/4, 688 Rz 33 ff, *ISS/Edelweissfm*.
[9] Vgl. RPW 2006/4, 690 Rz 41, *ISS/Edelweissfm*.
[10] Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 28. Juni 2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung, VertBek).
[11] So auch RPW 2006/4, 690 Rz 40, *ISS/Edelweissfm*.

22. Die Konkurrenzklausel in den Verträgen von B bezieht sich lediglich auf den Anschluss an andere Funkzentralen und zeigt demnach keine Wirkung gegenüber MyTaxi. Aufgrund der Untersuchungsmaxime kann jedoch auch diese Klausel nicht von vornherein aus der Betrachtung fallen, da sie allenfalls gegenüber Funkzentralen eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung haben könnte. Nachfolgend ist daher die Kartellrechtskonformität beider Klauseln, d.h. jener von C und jener von B, zu prüfen.

B.3.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs bzw. erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

23. Ziff. 10 VertBek nennt in Abs. 1 Bst. a und b jene Tatbestände, welche von der Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs nach Art. 5 Abs. 4 KG erfasst sind. Es handelt sich dabei um Abreden zur Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen sowie zur Gebietsabschottung. Die vorliegenden Wettbewerbsverbote führen nicht zu einer Festsetzung von Mindest- oder Festpreisen oder zu einer Gebietsabschottung. Letzteres könnte allenfalls vorliegen, wenn die Taxizentralen den Haltern verbieten würden, ausserhalb der Stadt Zürich tätig zu werden. Vorliegend werden die fraglichen Klauseln jedoch nicht vom Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 4 KG erfasst. Damit ist zu klären, ob eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 5 Abs. 1 KG vorliegt.

24. Um festzustellen, ob die Abreden den wirksamen Wettbewerb beseitigen oder eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung bewirken, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

B.3.2.1 Relevanter Markt

25. Die Marktabgrenzung ist in sachlicher und räumlicher Hinsicht analog Art. 11 Abs. 3 VKU[12] vorzunehmen. Der sachliche Markt umfasst dabei alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und vorgesehenen Verwendungszwecke als substituierbar angesehen werden. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet.

26. Vorliegend wird von der Arbeitshypothese ausgegangen, dass der sachlich relevante Markt die Vermittlung von Taxifahrten umfasst. Hierbei beanspruchen Taxihalter als Marktgegenseite Vermittlungsdienstleistungen von Funkzentralen und anderen Dienstleistern wie beispielsweise MyTaxi. Dazu gehören sowohl die Vermittlung via Funkzentrale, als auch die Taxibestellung via Smartphone App. Nicht erfasst hingegen ist der direkte Kontakt zwischen Kunde und Taxifahrer, z.B. via Handy, beim Heranwinken am Strassenrand oder bei Standplätzen. Für diese Fahrten benötigen die Taxifahrer keine Dienstleistung Dritter. Allenfalls wäre es denkbar, Vermittlungsdienstleistungen über Taxizentralen separat von anderen Vermittlungsformen zu betrachten, wobei sich auch in diesem Fall die Gesamtbetrachtung nicht wesentlich ändern würde.

27. Räumlich kann der Markt tendenziell auf die Stadt Zürich und die nähere Umgebung beschränkt werden. So ist beispielsweise C auch in umliegenden Gemeinden tätig.[13] Allerdings ist auch eine engere räumliche Marktabgrenzung ausschliesslich auf das Gebiet der Stadt Zürich denkbar, zumal aufgrund der geltenden Taxivorschriften der Markt in räumlicher Hinsicht nicht ohne weiteres durchlässig ist.

28. Letztlich kann die Marktabgrenzung jedoch in sachlicher und räumlicher Hinsicht offen gelassen werden, da sich unabhängig von der genauen Marktabgrenzung am Ergebnis der Vorabklärung nichts ändern würde.

B.3.2.2 Beurteilung der Wettbewerbssituation

29. Gemäss Ziff. 12 Abs. 1 VertBek sind bei der Prüfung der Frage, ob eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG vorliegt sowohl quantitative als auch qualitative Kriterien zu berücksichtigen. Die Abwägung dieser beiden Kriterien hat einzelfallweise in einer Gesamtbeurteilung zu erfolgen.

30. In quantitativer Hinsicht ist zu bemerken, dass von den rund 1500 Taxihaltern der Stadt Zürich nach Angaben der betroffenen Unternehmen rund 780 Taxis (d.h. 52 %) durch eine Konkurrenzklausel gebunden sind, die übrigen rund 720 Taxis (d.h. 48 %) sind frei. Vertraglich umfassend gebunden, d.h. auch bezüglich anderer Vermittler als die Funkzentralen, sind jedoch lediglich diejenigen rund 380 Taxis, die bei C angeschlossen sind, was ca. 25 % der Stadtzürcher Taxis ausmacht. Die rund 400 bei B angeschlossenen Taxis, d.h. ca. 27 % aller Stadtzürcher Taxis, sind lediglich insofern vertraglich eingeschränkt, als dass der Anschluss an eine andere Funkzentrale untersagt wird, die Zusammenarbeit mit alternativen Vermittlungsdienstleistern wie MyTaxi bleibt jedoch möglich.

31. Als qualitativ schwerwiegend werden gemäss Ziff. 12 Abs. 2 Bst. f VertBek Abreden betrachtet, die ein Wettbewerbsverbot zum Gegenstand haben, welches für eine unbestimmte Dauer oder für eine Dauer von mehr als fünf Jahren vereinbart wurde. Die vorliegenden Konkurrenzklauseln sind zwar Bestandteil grundsätzlich unbefristeter Anschlussverträge, beziehen sich aber lediglich auf die Vertragsdauer dieser Anschlussverträge. Eine Wirkung darüber hinaus ist nicht vorgesehen. Den Taxihaltern steht es damit frei, ihren Anschlussvertrag jederzeit aufzulösen und sich einem anderen Taxivermittler anzuschliessen.

32. Weiter kann zwischen den beiden in Frage stehenden Klauseln etwas differenziert werden. Die Klausel von B, die sich lediglich auf den Anschluss an andere Funkzentralen bezieht, kann in qualitativer Hinsicht nicht gleich bewertet werden wie jene von C, die umfassend vereinbart ist. Möglich bleibt zudem in beiden Fällen das Bedienen eigener Lauf- und Stammkundschaft. C führt zu diesem Punkt aus, die nicht über die Funkzentrale vermittelten Aufträge machen rund ein Drittel des Umsatzes aus und verweist in diesem Zusammenhang auch ausdrücklich auf das Angebot von MyTaxi. Gemäss C gibt es Bestellungen, die über MyTaxi eingehen, jedoch seien diese nicht von Bedeutung, solange der Taxihalter für die von der Zentrale vermittelten Aufträge zuverlässig zur Verfügung stehe (vgl. hierzu unten, Rz 36).

[12] Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, SR 251.4.
[13] Vgl. [Unternehmens-Homepage].

33. Weiter muss berücksichtigt werden, ob und wie die Einhaltung dieser Klauseln kontrolliert und durchgesetzt wird. Die Taxizentralen wurden dahingehend befragt und weiter, was die Konsequenzen eines Verstosses wären. Gemäss B wird diese bei Wagenkontrollen, der Einbaustelle, über den Halterausschuss sowie über Kollegen kontrolliert. Ein Verstoss sei jedoch noch nie festgestellt worden. Würde jedoch ein solcher festgestellt, so müsste sich der betroffene Halter für eine Zentrale entscheiden und einen der Anschlussverträge auflösen. C führt hierzu aus, dass solange ein Fahrzeug für die Ausführung der vermittelten Aufträge zur Verfügung stehe, auch kein Anlass zu Kontrolle oder Nachfrage vorliege. Eine Kontrolle habe sich bislang auch nie aufgedrängt, was C auf das nachstehend Ausgeführte zurückführt (vgl. unten, Rz 36). Bei einem Verstoss würde lediglich das Gespräch gesucht werden, Konsequenzen sieht C jedoch keine vor.

34. Die Gesamtbetrachtung der vorliegenden Konkurrenzklauseln ergibt damit, dass einerseits rund 48 % der Stadtzürcher Taxihalter durch keine Konkurrenzklausel gebunden sind und sich damit jederzeit einem beliebigen Vermittlungsdienstleister anschliessen könnten (vgl. Rz 30). Andererseits steht es jedoch auch den übrigen, aufgrund der Klauseln gebundenen Taxihaltern frei, die Funkzentrale – unter Einhaltung der in den Anschlussverträgen vorgesehenen Kündigungsfrist – zu wechseln. Auch der parallele Anschluss an einen alternativen Vermittlungsdienstleister wie MyTaxi ist nicht ausgeschlossen: Während die Klausel von B dies nicht untersagt, wird dies bei C gemäss eigenen Ausführungen toleriert (vgl. Rz 33). Damit können keine genügenden Anhaltspunkte dafür festgestellt werden, dass die vorliegenden Konkurrenzklauseln den aktuellen Wettbewerb zwischen den bestehenden Zentralen oder den potentiellen Wettbewerb, d.h. den Neueintritt eines Vermittlungsdienstleisters wie beispielsweise MyTaxi, erheblich beeinträchtigen würden.

35. Selbst wenn von einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs ausgegangen würde, dürften die vorliegenden Konkurrenzklauseln jedoch, wie nachfolgend kurz aufzuzeigen ist, aus Effizienzgründen gerechtfertigt sein.

B.3.3 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

36. Bei der Prüfung allfälliger Rechtfertigungsgründe stünde vorliegend die rationellere Nutzung von Ressourcen im Vordergrund. So hängt nämlich gemäss den betroffenen Taxizentralen deren Leistungs- resp. Wettbewerbsfähigkeit unter anderem von einer raschen Fahrzeugverfügbarkeit ab, wenn eine Bestellung eingeht. Dabei sei die Information, ob ein Taxi verfügbar sei, elementar für die Vermittlungslogistik. Wenn nun ein Wagen simultan an mehrere Vermittlungssysteme angeschlossen werde, sei für keine der Zentralen eine zuverlässige Aussage über die Verfügbarkeit mehr möglich. Dies sei weder im Sinne des Taxihalters (zu teuer und ineffizient), noch der Zentrale (impraktikabel). Gemäss Angaben der Taxizentralen sind denn auch bislang keine Fälle aufgetreten, in denen ein Taxihalter bei mehreren Zentralen angeschlossen war.

B.3.4 Ergebnis

37. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen zeigt sich, dass gestützt auf die vorliegenden Informationen keine genügenden Anhaltspunkte für eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf dem relevanten Markt festgestellt werden können. Selbst wenn von einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs ausgegangen würde, dürften die Konkurrenzklauseln vorliegend aus Effizienzgründen gerechtfertigt sein.

C Schlussfolgerungen

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

1. stellt fest, dass keine genügenden Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegen;
2. beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen;
3. teilt den Parteien die Einstellung der Vorabklärung mit.

B 1	**4. Beratungen** Conseils Consulenze
B 1.4	**1. Beratung betreffend konzerninterne Umsätze im Sinne von Art. 5 VKU**

Anwendung von Art. 5 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 VKU auf Tochtergesellschaften, Pensionskassen und Fondsgesellschaften der beteiligten Unternehmen

I. Sachverhalt

Mit Schreiben vom 14. September 2012 ersuchte die Gesuchstellerin um Beratung gemäss Art. 23 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und anderen Wett-bewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) und stellte dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) die Frage, ob der Kauf einer Aktienbeteiligung von 100 Prozent an der A AG (A) durch die B AG (B) von der C AG (C) meldepflichtig im Sinne von Art. 9 KG sei. Die Gesuchstellerin vertrat dabei die Auffassung, dass die A nach Abzug des konzern-in-ternen Umsatzes im Sinne von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU; SR 251.4) einen Umsatz unter den gesetzlichen Grenzbeträgen von Art. 9 KG aufweise.

Dabei unterschied die Gesuchstellerin drei Gruppen von Umsätzen:

- Umsätze der A mit der C und deren Tochtergesellschaften
- Umsätze der A mit der Pensionskasse der C (PK C)
- Umsätze der A mit der D (Fondsgesellschaft, wobei die C Alleinaktionärin ist)

II. Beurteilung

C und Tochtergesellschaften

Die C hält 100 Prozent der Aktien an der A und ist daher als Mutterunternehmen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. b VKU zu betrachten. Tochtergesellschaften der C sind daher als Schwesterunter-nehmen der A im Sinne von Art. 5 Abs.1 Bst. c VKU zu betrachten.

Zwischen diesen Unternehmen erzielte Umsätze sind daher gemäss Art. 5 Abs. 2 VKU vom totalen Betriebsertrag der A von CHF […] zu subtrahieren.

Pensionskasse der C

Es stellt sich vorliegend die Frage, ob die PK C als Tochtergesellschaft der C im Sinne von Art. 5 VKU zu betrachten ist.

Eine Kontrolle der Mutter- über die Tochtergesellschaft kann gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. a VKU über das Kapital, die Stimmrechte, die Vertretung in den gesetzlichen Organen oder „auf andere Weise“ erfolgen.

Der Wortlaut von Art. 5 Abs.1 Bst. a VKU verlangt für eine Kontrolle über das Stimmrecht ausdrücklich nach „mehr als der Hälfte“ der Stimmrechte[1], was in einem paritätisch zusammengesetzten Stiftungsrat in seiner regulären Zusammensetzung grundsätzlich nicht möglich ist.[2]

Weiter sind die spezialgesetzlichen Bestimmungen von Art. 48 ff. des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 (BVG; SR 831.40) zu berücksichtigen, welche zusätzliche Einschränkungen der Einflussnahme auf Pensionskassen im Allgemeinen und eine gewisse gesetzlich verankerte Unabhängigkeit der Führungsorgane einer Pensionskasse im Besonderen statuieren.

Art. 5 Abs. 1 Bst. a VKU sieht aber auch vor, dass ein Unternehmen als Tochterunternehmen gilt, wenn ein anderes Unternehmen auf „andere Weise das Recht hat, die Geschäfte zu füh-ren“. Die Möglichkeit der „negativen Kontrolle“ durch die C alleine erlaubt es ihr grundsätzlich nicht, die Geschäfte der PK C aktiv zu führen. Ebenso sieht das Organisationsreglement der PK C in Punkt […] vor, dass blockierte Beschlüsse bei zweimaliger Beschlusslosigkeit als abgelehnt gelten. In dieser Situation kann die C die Geschäfte der PK C grundsätzlich nicht in einer Weise führen, wie sie es beispielsweise bei einer regulären Tochtergesellschaft könnte.

In der Analyse ist jedoch der Zweck von Art. 5 VKU zu berücksichtigen. Umsätze, die nicht in einem eigentlichen Wettbewerbsverhältnis mit anderen Marktteilnehmern, sondern innerhalb der Konzernstruktur erwirtschaftet werden, sind in der Regel keine Marktumsätze, die ein tatsächliches wirtschaftliches Gewicht der Unternehmenseinheit widerspiegeln.[3] Die PK C erbringt ihre Leistungen, den dem Sekretariat zur Verfügung stehenden Informationen zufolge, ausschliesslich gegenüber

[1] Vgl. auch TORSTEN KÖRBER, in: Wettbewerbsrecht, Band 1 EU Teil 2, Kommentar zum Kartellrecht, Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), 2012, Art. 5 FKVO Rz. 68 mit weiteren Hinweisen zur Rechtslage in der EU.

[2] Da das Sekretariat sich vorliegend auf eine Beurteilung unter den in IV. erwähnten Vorbehalten beschränkt, kann die „faktische Kontrolle“ nicht abgeklärt werden.

[3] Vgl. auch Berichtigung der Konsolidierten Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Amtsblatt der Europäischen Union C 95 vom 16. April 2008 (2009/C 43/09) Rz. 167.

der C bzw. deren Arbeitnehmern, befindet sich also in einer wirtschaftlichen Nähe bzw. Abhängigkeit zur C, die in Bezug auf das zu erfassende wirtschaftliche Gewicht zumindest mit einem Konzernverhältnis vergleichbar ist. Dazu kommt die bereits erwähnte negative Kontrolle der C im Stiftungsrat der PK C, welche es der C grundsätzlich erlauben würde, weitgehend zu verhindern, dass die Führungsorgane der PK C ihre Kernkompetenzen wahrnehmen können. In der Kombination dieser Elemente scheint es vertretbar, der PK C die wirtschaftliche Unabhängigkeit von der C abzusprechen.[4] Es entspricht daher dem Sinn der Regelung in Art. 5 Abs. 2 VKU, die an eine faktisch abhängige PK C erbrachten Dienstleistungen und die darauf erwirtschafteten Umsätze vom schwellenwertrelevanten Umsatz der A zu subtrahieren.

D und zugehörige Fonds

Als Tochtergesellschaft der C, welche 100 Prozent der Aktien hält, ist die D als Schwesterunternehmen der A im Sinne von Art. 5 Abs.1 Bst. c VKU zu betrachten. Als Fondsleitung im Sinne des Bundesgesetzes über die kollektiven Kapitalanlagen vom 23. Juni 2006 (Kollektivanlagengesetz, KAG; SR 951.31) kontrolliert sie wiederum die einzelnen Anlagefonds, deren Umsätze in diesem Sinne ebenfalls der D und damit der C zuzurechnen sind.

Zwischen diesen Unternehmen erzielte Umsätze sind daher vom totalen Betriebsertrag der A von CHF […] zu subtrahieren.

III. Fazit

Angesichts dieser Erwägungen geht das Sekretariat auf der Grundlage des von der Gesuchstellerin dargestellten Sachverhalts davon aus, dass der Unternehmenszusammenschluss nicht meldepflichtig im Sinne von Art. 9 KG ist, da die Umsatzschwelle von CHF 100 Mio. nach Ab-zug der konzerninternen Umsätze nicht erreicht wird.

[4] Rz. 20 der zuvor zitieren Mitteilung der Kommission sieht in ähnlichen Konstellationen der wirtschaftlichen Nähe und strukturellen Verflechtungen einen möglichen Tatbestand der Erlangung der Kontrolle vor. In der Mitteilung der Kommission über die Berechnung des Umsatzes im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen Rz. 42, wird allerdings explizit differenziert zwischen den Tatbeständen der Kontrolle im Sinne von Art. 3 FKVO einerseits und der Stellung als Tochtergesellschaft im Sinne von Art. 5 FKVO andererseits.

B 2

Wettbewerbskommission
Commission de la concurrence
Commissione della concorrenza

B 2

2. Untersuchungen
Enquêtes
Inchieste

B 2.2

1. Vertrieb von Musik

Verfügung vom 16. Juli 2012 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend Vertrieb von Musik wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG und wegen unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG gegen

1. IFPI Schweiz, in Zürich, vertreten durch […]

2. Mitglieder von IFPI Schweiz, Liste der Mitglieder im Anhang alle vertreten durch IFPI Schweiz, in Zürich

3. Phononet AG, in Zürich, vertreten durch […]

4. Media Control AG, in Zürich, vertreten durch […].

A Sachverhalt

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Am 10. Februar 2011 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine Anzeige ein.[1] In der Anzeige wird geltend gemacht, dass der Verein International Federation of the Phonographic Industry Schweiz (nachfolgend: IFPI Schweiz) den Schweizer Markt abschotte, um Parallelimporte von Ton- und Tonbildträgern wie CDs zu verhindern. Des Weiteren habe IFPI Schweiz der Anzeigerin die Aufnahme in den Verein verweigert.

2. Überdies macht die Anzeigerin geltend, IFPI Schweiz manipuliere die „offizielle Schweizer Hitparade“ (nachfolgend: Hitparade).[2] IFPI Schweiz verhindere den Einzug von Musiktiteln in die Hitparade, die durch digitale Distributoren vertrieben werden. Dadurch wiederspiegle die Hitparade nicht die effektiven Verkaufszahlen. Welcher Distributor die Voraussetzungen für die Hitparade erfülle, sei im sogenannten Chartsreglement (vgl. Rz 19) festgehalten, dieses sei jedoch geheim.

3. Zusätzlich machte die Anzeigerin sinngemäss geltend, die Phononet AG (nachfolgend: Phononet) würde ihre marktbeherrschende Stellung missbrauchen. Mit dem Phononetsystem (vgl. Rz 12), welches den Datenaustausch zwischen dem Handel und den Ton- und Tonbildträgerherstellern (Labels) ermöglicht, und dem Music Promotion Network (nachfolgend: MPN, Rz 20), welches Medienschaffenden ein Musikbewerbungs- und Musikbelieferungsportal für Neuheiten in der Musikbranche zur Verfügung stellt, erzwinge sie zu hohe Preise.

4. Zudem gäbe es personelle Verstrickungen zwischen den vier grössten Labels in der Schweiz (EMI Music Switzerland AG, Sony Music Entertainment Switzerland GmbH, Universal Music GmbH und Warner Music Switzerland AG; sogenannte Majors) und Phononet. Über MPN würden die in den Medien vorgestellten und gespielten Neuerscheinungen kontrolliert und deren Marktanteil dadurch erhöht. So würden über 80 % der Musikstücke auf MPN aufgrund der personellen Verstrickungen von Künstlern stammen, die durch die Majors produziert würden. Dies sei jedoch nicht im Interesse der UNIKOM Radios (nicht-kommerzorientierte Lokalradios), da diese insbesondere an Musikstücken von Künstlern interessiert seien, die nicht durch die Majors produziert würden.[3] Für die wenigen Stücke von „Majorkünstlern“ würde sich ein MPN Abonnement einfach nicht lohnen.

5. Des Weiteren sei von den Majors durchgesetzt worden, dass Journalisten ohne Abonnement nicht mehr mit Musiktiteln bemustert würden. Dadurch seien Journalisten gezwungen, MPN zu abonnieren. Zusätzlich seien die Künstler von ihren Labels aufgefordert worden, Journalisten ohne MPN Abonnent Interviews zu verweigern.

6. Die Problematik werde zusätzlich dadurch verschärft, dass Mediamarkt und Ex Libris, die beiden grössten Händler in der Schweiz, froh seien, ihre Bestellungen nur über ein System abwickeln zu müssen. Ex Libris akzeptiere praktisch keine Musiktitel, die nicht im Phononetsystem eingespeist seien.

A.2 Parteien und Marktstruktur

7. IFPI Schweiz ist ein Verein gemäss Art. 60 ff. ZGB[4] mit Sitz in Zürich. Es handelt sich um den Dachverband der Ton- und Tonbildträgerhersteller in der Schweiz. Als nicht gewinnorientierter Verein vertritt er die Interessen seiner Mitglieder in allen Belangen des Urheberrechts, der Leistungsschutzrechte und der Bekämpfung von Missbräuchen.

[1] Akte Nr. 1.
[2] Der Vorwurf bezieht sich sowohl auf die Single- als auch auf die Albumhitparade; vgl. http://www.drs3.ch/www/de/drs3/sendungen/top/hitparade.html; besucht am 7. März 2012.
[3] http://www.unikomradios.ch/; besucht am 28. Februar 2012.
[4] Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (Zivilgesetzbuch, ZGB; SR 210).

8. IFPI Schweiz hat 31 Mitglieder.[5] Dabei wird zwischen A- und B-Mitgliedern unterschieden. Zu den A-Mitgliedern gehören die EMI Music Switzerland AG (nachfolgend: EMI), die Musikvertrieb AG (nachfolgend: Musikvertrieb), die Phonag Records AG (nachfolgend: Phonag), die Sony Music Entertainment Switzerland GmbH (nachfolgend: Sony), die Universal Music GmbH (nachfolgend: Universal) und die Warner Music Switzerland AG (nachfolgend: Warner). Bei der Vereinsversammlung [...] [Geschäftsgeheimnis: Struktur von IFPI-Schweiz und Stimmrechte].[6]

9. Die A-Mitglieder sind im sogenannten *Marketingausschuss* vertreten. Dieses Gremium war bis anhin insbesondere für die Erstellung und die Änderung des Chartsreglementes für die Hitparade (vgl. Rz 19) zuständig.

10. Der *Vorstand* führt die Belange von IFPI Schweiz. Im Vorstand sind dieselben Mitglieder vertreten wie im Marketingausschuss mit der Ausnahme, dass an Stelle der Phonag die TBA AG[7] (nachfolgend TBA) vertreten ist und zusätzlich die K-Tel International Switzerland AG dem Vorstand angehört.

11. **Phononet** mit Sitz in Zürich wurde von der schweizerischen Musikindustrie gegründet.[8] Phononet stellt insbesondere zwei Tools zur Verfügung, das Phononetsystem und MPN.

12. Das *Phononetsystem* verbindet den Handel mit der Industrie mittels Electronic Data Interface (EDI) Verbindungen, um den elektronischen Datenaustausch zwischen dem Handel und der Industrie zu standardisieren und zu vereinfachen. Phononet stellt dem Handel einen Medienkatalog elektronisch zur Verfügung. Dieses System entbündelt Sammelbestellungen an die Industrie, übermittelt Lieferscheine, verschickt elektronische Rechnungen und übermittelt Katalogdaten. Phononet fungiert dabei als offene Schnittstelle. Händler, die über keine EDI Verbindung verfügen, bezahlen [...] für den Zugang zum Medienkatalog. Für die anderen Händler ist das Phononetsystem kostenlos. Die Labels bezahlen jährlich [...] ihres Jahresnettoumsatzes für physische Produkte, wobei ein Minimalansatz von [...]/Monat gilt.[9]

13. Für Medienschaffende stellt Phononet *MPN* zur Verfügung. Es handelt sich um ein Musikbewerbungs- und Musikbelieferungsportal für Neuheiten in der Musikbranche, die sich an Radios, Online- und Printmedien wendet. Musikstücke werden für 90 Tage auf MPN bereitgestellt. Danach gelten sie nicht mehr als Neuheit und werden wieder von MPN gelöscht.

14. Die im MPN vorhandenen Produkte können von den Radiosendern in CD-Qualität auf den Server und in das Musikarchiv heruntergeladen werden. Neben der Musik sind im MPN auch die Metadaten der Produkte verfügbar, die für die Meldung an die SUISA (die Genossenschaft der Urheber und Verleger von Musik)[10] wichtig sind. Zusätzlich stellt MPN auch die Contentdaten (Covers und Produktinformationen) zum Download für die Internetseiten der Radiosender zur Verfügung.

15. Für die vier Major Labels belaufen sich die Kosten für die Benutzung von MPN jährlich insgesamt auf [...]. Diese Kosten werden monatlich nach dem Reichweitenanteil der jeweiligen Firma an den im Radio gespielten Titeln aufgeteilt. Phonag bzw. TBA und Musikvertrieb bezahlen eine Pauschale von [...]/Monat. Alle anderen Labels bezahlen für jede Einstellung ins MPN [...], unabhängig davon, ob es sich um ein Album, eine Single oder um ein Interview handelt.[11]

16. Die Radiosender bezahlen eine Jahresgebühr für die technische Dienstleistung von Phononet zur Bereitstellung der Musiktitel auf MPN. Radios mit einer grossen Reichweite bezahlen [...]/Jahr für die Nutzung von MPN. Radios mit einer kleinen Reichweite bezahlen dafür [...]/Jahr, die UNIKOM Radios bezahlen [...]/Jahr. Die SRF Gruppe regelt die Kosten für MPN im Gesamtvertrag mit IFPI Schweiz. Phononet stellt IFPI Schweiz für die MPN Dienstleistungen für die SRF Gruppe [...]/Jahr in Rechnung.[12]

17. Andere Medienschaffende und die Radios, die über keinen MPN Downloadvertrag verfügen, haben die Möglichkeit, die Musikstücke kostenlos anzuhören. Zusätzlich können die Contentdaten heruntergeladen werden.[13]

18. Die **Media Control AG** (nachfolgend: Media Control) ist ein in der Entertainmentbranche tätiges Marktforschungsunternehmen. Media Control erhebt kontinuierlich Verkaufszahlen im Musik-, Games-, Video- und Buch-Bereich und wertet diese aus. Der breiten Öffentlichkeit ist das Unternehmen durch die Ermittlung der Hitparade bekannt.

19. Im Auftrag von IFPI Schweiz erstellt Media Control aufgrund der Verkaufszahlen von CDs und Singles seit 1983 die Hitparade, die jeweils sonntags auf DRS 3 ausgestrahlt und am darauffolgenden Mittwoch jeweils im 20Minuten publiziert wird. Die Charts werden auf Basis des aktuellen Chartsreglementes erstellt, welches die Rahmenbedingungen für deren Erstellung festsetzt.[14] Das Reglement wurde vom Marketingausschuss von IFPI Schweiz ausgearbeitet und ist seit 1995 in Kraft. Seither wurde es auch auf Initiative von Media Control etliche Male geändert. Im Gegensatz zu vielen europäischen Ländern ist das schweizerische Reglement nicht öffentlich zugänglich und lediglich dem Marketingausschuss, dem Vorstand von IFPI Schweiz sowie Media Control bekannt.[15] Allerdings ist IFPI Schweiz in der Zwischenzeit dabei, das Chartsreglement zu überarbeiten und verschiedene Neuerungen auszuarbeiten und umzusetzen: So soll das Chartsreglement künftig veröffentlicht werden und es sollen verschiedene Interessengruppen an dessen Umsetzung beteiligt werden.

[5] http://www.ifpi.ch/index.php/ifpi-mitgliederliste.html; besucht am 13. Februar 2012.
6 Akte Nr. 119.
[7] Phonag ist eine 100 %-ige Tochtergesellschaft von TBA.
[8] http://www.phononet.ch/; besucht am 7. März 2012.
[9] Akte Nr. 190.
[10] http://www.suisa.ch/; besucht am 7. März 2012.
[11] Akte Nr. 190.
[12] Akte Nr. 190.
[13] Akte Nr. 190.
[14] Akte Nr. 119, Beilage 9.
[15] Öffentlich zugänglich ist das Chartsreglement in Deutschland, Österreich, Holland, Belgien und UK. Geheim ist das Chartsreglement in der Schweiz, Italien, Spanien und Irland.

20. Die für die Chartserhebung von Media Control gezählten Händler sind nur ihr bekannt. Diese Händler müssen gewisse Kriterien erfüllen, um für die Chartserhebung berücksichtigt zu werden. So müssen die Händler unter anderem 3 IFPI-A-Mitgliedern bekannt sein, regelmässig Tonträger beziehen und über einen festen Verkaufsstandort verfügen. Wenn es sich um einen Downloadhändler handelt, muss er unter anderem gewährleisten, dass es sich um Verkäufe an Endverbraucher handelt, damit Doppelzählungen vermieden werden können. Zusätzlich müssen die Verkaufsmeldungen kontrollierbar sein. Des Weiteren muss das Repertoire repräsentativ sein und der Downloadhändler muss eine „.ch-Domain“ haben.[16]

A.3 Wertschöpfungskette

21. Nachfolgend wird die von IFPI Schweiz erstellte, typische Wertschöpfungskette eines Musikstückes vom Komponisten bis zum Konsumenten aufgezeigt.

Quelle: IFPI Schweiz

22. Am Anfang der Wertschöpfungskette stehen die Komponisten und Musiker. Damit ihr Stück auf den Markt gelangen kann, benötigen die Musiker einen Produzenten, der in der Regel für die Finanzierung aufkommt.

23. Um die Musikstücke auf den Markt zu bringen, wählen die Künstler normalerweise ein Label, welches sich um die Herstellung und Vervielfältigung der Tonträger kümmert. Nimmt das Label die Künstler unter Vertrag, kommen dem Label als Ton- und Tonbildträgerhersteller Exklusivrechte zu, wie z.B. Herstellungs-, Vervielfältigungs- und Veräusserungsrechte. Sodann übertragen die Künstler und Produzenten dem Label in der Regel gewisse ihrer eigenen Rechte zur exklusiven Nutzung. Für diese Rechte bezahlen die Labels Lizenzgebühren, welche teilweise von Verwertungsgesellschaften (wie z.B. SUISA) zugunsten der Rechteinhaber (Komponisten, Interpreten) erhoben werden.

24. Nach der Herstellung und Vermarktung gelangen die Ton- und Tonbildträger über den Vertrieb in den Verkaufskanal. Die Vertriebs- und Verkaufskanäle sind demnach den Labels in der Wertschöpfungskette nachgelagert.

25. Man unterscheidet zwischen physischem und digitalem Vertrieb. Der physische Vertrieb umfasst die Vermarktung und den Absatz des physischen Produktes, also der Single oder CD. Der digitale Vertrieb nutzt in erster Linie das Internet als Vertriebskanal (Downloads). Die meisten IFPI-Mitglieder sind nicht nur Labels. Sie übernehmen gleichzeitig auch den digitalen und den physischen Vertrieb und beliefern daher sowohl den physischen Handel wie Ex Libris und Media Markt als auch die digitalen Händler wie z.B. iTunes. Dem Vertrieb können Zwischenhändler vorgelagert sein, die als Dienstleister agieren und den Labels den Zugang zum Vertrieb vermitteln. Im Gegensatz zum Vertrieb haben Zwischenhändler keine direkten Händlerbeziehungen (vgl. Skizze in Rz 21).

26. Die Händler verkaufen den Endkonsumenten schliesslich die Ton- und Tonbildträger.

A.4 Verfahren

27. Mit Schreiben vom 10. Februar 2011 ging beim Sekretariat eine Anzeige ein.[17]

28. Am 24. März 2011 hat das Sekretariat eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG[18] eröffnet. Gleichentags wurden Media Control, Phononet, IFPI International, Musikvertrieb, die Phonag AG, die TBA AG, Warner, Universal, Sony und EMI mit Fragebogen befragt. Am 4. April 2011 wurde auch die IFPI Schweiz mittels Fragebogen befragt.

29. Mit Schreiben vom 15. Mai 2011 wurden die Ex Libris AG, die Media Markt AG, die CD Shop AG, die Direktmedia AG sowie diverse Radiosender mit Fragebogen befragt. Sämtliche Fragebogen wurden beantwortet.

30. Am 25. Mai 2011 haben die Vorstandsmitglieder von IFPI Schweiz beschlossen, die Praxis der Parallelimportverzichtserklärungen künftig einzustellen.[19]

31. Mit Schreiben vom 30. Mai, 31. Mai und 6. Juni 2011 haben diverse Mitglieder [Geschäftsgeheimnis] der IFPI dem Sekretariat die volle Kooperation zugesichert.

32. Am 1. Juni 2011 hat IFPI Schweiz die Antworten auf den Fragebogen und die Erklärungen zur Praxis der Parallelimportverzichtserklärung eingereicht.

33. Mit Schreiben vom 6. Juni 2011 hat das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG gegen IFPI Schweiz, gegen die Mitglieder von IFPI Schweiz, gegen Media Control und Phononet eröffnet.

[16] Akte Nr. 119, Beilage 10.
[17] Akte Nr. 1.
[18] Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).
[19] Akte Nr. 119, Beilage 2.

34. Mit Schreiben vom 7. Juni 2011 wurde der Anzeigerin mitgeteilt, dass gegen die in Rz 33 genannten Unternehmen ein Untersuchungsverfahren eröffnet worden ist.

35. Am 8. Juni 2011 wurde ein Parteiverhör mit dem damaligen Geschäftsführer von IFPI Schweiz durchgeführt. Am 28. Juni 2011 fand ein Parteiverhör mit Phononet statt. Mit Media Control wurde am 6. Juli 2011 ein Parteiverhör durchgeführt.

36. Mittels amtlicher Publikation gemäss Art. 28 KG gab das Sekretariat am 28. Juni 2011 die Eröffnung der Untersuchung im Bundesblatt und im Schweizerischen Handelsamtsblatt bekannt.

37. Am 6. Juli 2011 hat Herr Niessner beantragt, als Vertreter der UNIKOM Radios am Verfahren beteiligt zu werden. Am 12. März 2012 wurde der Antrag mit der Begründung abgelehnt, der UNIKOM-Verband sei bereits als offizieller Vertreter der UNIKOM-Radios gemäss Art. 43 Abs. 1 KG am Verfahren beteiligt.

38. Am 14. Juli 2011 hat Smart Music Distribution mitgeteilt, dass sie sich am Verfahren beteiligen möchte. Mit E-Mail vom 12. März 2012 wurde das Unternehmen als Dritte ohne Parteistellung im Verfahren anerkannt.

39. Am 31. Juli 2011 teilte der Verband der schweizerischen UNIKOM-Radios mit, dass sie sich am Verfahren beteiligen möchten. Mit Schreiben vom 7. März 2012 wurde der Verband als Dritter ohne Parteistellung am Verfahren beteiligt.

40. Im Rahmen der Ermittlungen zeichnete sich bei IFPI Schweiz, seinen Mitgliedern und Phononet die Bereitschaft zum Abschluss von einvernehmlichen Regelungen im Sinne von Art. 29 KG ab. Diese wurden am 21. Mai 2012 unterzeichnet.

41. Den Parteien wurde der Antrag des Sekretariates am 6. Juni 2012 zur Stellungnahme unterbreitet (vgl. Art. 30 Abs. 2 KG).

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

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

44. Die IFPI-Mitglieder, Media Control und Phononet stellen ohne weiteres Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes dar. Es stellt sich hingegen die Frage, ob der Verein IFPI Schweiz ebenfalls unter den Unternehmensbegriff des Kartellgesetzes fällt.

45. IFPI Schweiz ist als Verein eine juristische Person. Der Verein hat einen Geschäftsführer, erbringt autonom Dienstleistungen für seine Mitglieder und ist wirtschaftlich selbständig. Insbesondere berät er seine Mitglieder in rechtlichen Fragen, führt Tarifverhandlungen mit der SUISA, lässt die Hitparade durch Media Control erheben und verteilt die Swissperform-Einnahmen.[20] IFPI Schweiz ist daher Anbieter von Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess und stellt damit ein Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes dar.[21]

46. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die in das vorliegende Verfahren involvierten Unternehmen unter den Unternehmensbegriff gemäss Art. 2 Abs. 1bis KG fallen.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

47. 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).

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

B.3 Unzulässige Wettbewerbsabrede

49. 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

50. 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).

51. Eine Wettbewerbsabrede definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: (i) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen, (ii) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung und (iii) die an der Abrede beteiligten Unternehmen sind auf der gleichen oder auf verschiedenen Marktstufen tätig.

52. Nachfolgend ist zu prüfen, ob die genannten Tatbestandselemente von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt sind.

[20] http://www.ifpi.ch/index.php/home-ifpi2010/articles/home-31.html; besucht am 21. Februar 2012.

[21] RPW 2000/2, 167 ff., *Des tarifs conseillés de l'Association fribourgeoise des écoles de circulation (AFEC).*

B.3.1.1 Bewusstes und gewolltes Zusammenwirken

53. Für das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede gemäss Art. 4 Abs. 1 KG ist erforderlich, dass zwei oder mehrere wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen kooperieren.[22] Der Beweis eines „bewussten und gewollten Zusammenwirkens" mag am einfachsten gelingen, wenn die Wettbewerbsabrede in Form einer ausdrücklichen Vereinbarung vorliegt.[23]

54. Bei nicht erzwingbaren Vereinbarungen liegen oftmals keine direkten Beweise wie eine schriftliche Übereinkunft oder ein protokollierter Beschluss vor, sondern die Beteiligten haben sich mündlich oder sogar nur konkludent über den Inhalt verständigt. Die Beweisführung muss deshalb indirekt über Indizien (Marktstrukturen, Verhalten der Unternehmen, etc.) erfolgen.[24]

55. Die Mitglieder von IFPI Schweiz haben spätestens seit 1999 stillschweigend vereinbart, keine Parallelimporte von Ton- und/oder Tonbildträgern anderer IFPI-Mitglieder in die Schweiz zu tätigen (vgl. Rz 58). Um diese ursprüngliche Vereinbarung künftig auch bei Neumitgliedern durchzusetzen, wurde von 1999 bis 2011 von sechs Neumitgliedern als Beitrittsvoraussetzung verlangt, dass sie sich schriftlich dazu verpflichten, keine Parallelimporte von Ton- und/oder Tonbildträgern eines anderen IFPI-Mitgliedes in die Schweiz zu tätigen.

56. Zu diesem Zweck wurde den Neumitgliedern seit 1999 durch die damaligen Geschäftsführer (vgl. Rz 68) von IFPI Schweiz folgende Parallelimportverzichtserklärung (nachfolgend: Unterlassungserklärung) zur Unterschrift vorgelegt:

„Der neu in den Verein IFPI Schweiz aufzunehmende Tonträgerhersteller, (…) , erklärt unwiderruflich, keine Ton- und/oder Tonbildträger, die dem Repertoire eines anderen IFPI-Mitgliedes zugeordnet werden können, ohne Zustimmung des Rechteinhabers parallel zu importieren, zu verkaufen oder sonst wie in Verkehr zu bringen.

Er ist darüber informiert, dass die Zuwiderhandlung die Verpflichtung zur Zahlung einer ***Vertragsstrafe von CHF 20'000.–*** *auslöst. Als Zuwiderhandlung gilt auch der Import, bzw. Verkauf (in Verkehr bringen) eines einzelnen Ton- und/oder Tonbildträgers."*[25]

57. 2006 wurde die Unterlassungserklärung verschärft, indem die Busse von CHF 20'000.– auf CHF 50'000.– erhöht wurde.[26] Überdies wurde eine Passage eingefügt, wonach konzernzugehörige andere Firmen ebenfalls unter das Parallelimportverbot fallen. Die Unterlassungserklärung lautete fortan wie folgt:

„Die neu in den Verein IFPI Schweiz aufzunehmende Tonträgerfirma, (…) , erklärt unwiderruflich, ***weder selbst noch durch konzernzugehörige andere Firmen Ton- und/oder Tonbildträger****, die dem Repertoire eines anderen IFPI-Mitgliedes zugeordnet werden können, ohne Zustimmung des Rechteinhabers parallel in die Schweiz zu importieren, zu verkaufen oder sonst wie in Verkehr zu bringen.*

Sie ist darüber informiert, dass die Zuwiderhandlung die Verpflichtung zur Zahlung einer ***Vertragsstrafe von CHF 50'000.–*** *auslöst. Als Zuwiderhandlung gilt auch der Import, bzw. Verkauf (in Verkehr bringen) eines einzelnen Ton - und/or Tonbildträgers (davon ausgenommen sind Tonträger aus Vinyl)."*[27]

58. Gemäss Statuten von IFPI Schweiz entscheidet die Generalversammlung über die Aufnahme von neuen Mitgliedern.[28] Über Beitrittsgesuche von Neumitgliedern haben die Mitglieder von IFPI Schweiz ab 1999 in der Generalversammlung jeweils unter der Voraussetzung abgestimmt, dass die Unterlassungserklärung unterzeichnet wurde.[29] Dies zeigt deutlich, dass sämtliche IFPI-Mitglieder über die Unterlassungserklärung nicht nur informiert waren, sondern dass sie diese darüber hinaus unterstützt und mitgetragen haben.[30] In casu wird das Verhalten der IFPI-Mitglieder in der Generalversammlung als Indiz dafür gewertet, dass zwischen ihnen eine Abrede über die Unterlassung von Parallelimporten getroffen wurde.

59. Jene IFPI-Mitglieder, die dem Verband vor 1999 beigetreten waren, haben nie eine schriftliche Erklärung unterzeichnet (vgl. Rz 55), haben aber dennoch auf Parallelimporte von Ton- und/oder Tonbildträgern von anderen IFPI-Mitgliedern verzichtet. Es wäre nicht nachvollziehbar, dass die ursprünglichen IFPI-Mitglieder, welche an den Generalversammlungen von IFPI Schweiz teilgenommen und dort über Neubeitritte abgestimmt haben, dieses Verhalten nur von Neumitgliedern verlangt, selber aber nicht praktizierten (vgl. Rz 55), was ein weiteres Indiz für das Vorliegen einer Abrede zwischen allen IFPI-Mitgliedern ist.

60. Zusätzlich hat Phononet in sogenannten Teilnehmerverträgen, die die Rahmenbedingungen für die Nutzung des Phononetsystems für die Labels regeln (vgl. Rz 12), eine Passage eingebaut, welche den Labels den Parallelimport untersagt. In § 4.1. des Teilnehmervertrages steht:

„Der Teilnehmer erklärt, dass er keine Parallelimporte tätigt (…)."[31]

61. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die IFPI-Mitglieder an der Abrede zur Verhinderung von Parallelimporten beteiligt waren. Die in Fn 29 genannten Unternehmen haben sogar eine Unterlassungserklärung unterzeichnet.[32] Die Abrede wurde von den Mitgliedern im Rahmen des Verbandes IFPI Schweiz getroffen, wobei der damalige Geschäftsführer die Unterlassungserklärung entworfen und dem damaligen Verbandsvorstand vorgelegt hat. So hat der Geschäftsführer den

[22] THOMAS NYDEGGER/WERNER NADIG, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 1 N 81.
[23] BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 22), Art. 4 Abs. 1 N 82.
[24] BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 22), Art. 4 Abs. 1 N 97.
[25] Akte Nr. 182.
[26] Akte Nr. 182.
[27] Akte Nr. 182.
[28] Akte Nr. 119, Beilage 6, Art. 4 der Statuen des Vereins; vgl. Art. 65 Abs. 1 ZGB.
[29] Seit deren Einführung im Jahr 1999 haben sechs Neumitglieder ([...] [Geschäftsgeheimnis]) eine solche Unterlassungserklärung bei der Vereinsaufnahme unterzeichnet, Vgl. Akte Nr. 119.
[30] Vgl. Akte Nr. 192, S. 47.
[31] Vgl. Akte Nr. 250.
[32] Akte Nr. 182.

Neumitgliedern die Unterlassungserklärung zur Unterzeichnung unterbreitet. Deshalb hat IFPI Schweiz als Verband auch zu der Abrede beigetragen. Phononet hat die IFPI-Mitglieder bei der Umsetzung der Abrede unterstützt und die Wirkung der Abrede mit der genannten Vertragsklausel verschärft.

62. Das Tatbestandselement „bewusstes und gewolltes Zusammenwirken“ zwischen den IFPI-Mitgliedern ist somit gegeben.

B.3.1.2 Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

63. Gemäss Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 KG genügt es, dass die Abrede eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt. Das Gesetz verlangt nicht, dass beide Tatbestandselemente kumulativ vorliegen müssen. Es ist jedoch erforderlich, dass die Wettbewerbsabrede kausal für die Wettbewerbsbeschränkung ist.[33]

64. Die subjektive Absicht der Abredebeteiligten ist für das „Bezwecken“ einer Wettbewerbsbeschränkung nicht relevant. Für die Erfüllung des Tatbestandes von Art. 4 Abs. 1 KG genügt es, wenn der Inhalt der Abrede objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung oder Beseitigung eines Wettbewerbsparameters herbeizuführen. Der Nachweis eines Unrechtbewusstseins oder sogar eines Willens der Beteiligten, eine kartellrechtswidrige Abrede einzugehen, ist nicht erforderlich (objektivierter Zweckbegriff).[34]

65. IFPI Schweiz hat geltend gemacht, dass die Unterlassungserklärung lediglich der Pirateriebekämpfung gedient habe und zu keinem Zeitpunkt eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt worden sei. In den sechs unterzeichneten Unterlassungserklärungen wurde jedoch Pirateriebekämpfung mit keinem Wort erwähnt. Überdies konnte mit einem Parallelimportverbot, an welches sich sämtliche IFPI-Mitglieder hielten, zu keinem Zeitpunkt der Handel mit Piraterieprodukten verhindert oder unterbunden werden. Dazu hätten geeignetere Mittel und Wege bestanden. Dies hat der damalige Geschäftsführer von IFPI Schweiz im Parteiverhör vom 8. Juni 2011 denn auch eingestanden.[35] Das Vorliegen der Unterlassungserklärung spricht dafür, dass ohne diese Parallelimporte von Ton- und/oder Tonbildträgern durch die IFPI-Mitglieder vorgenommen worden wären. Letzteres ergibt sich auch aus der Tatsache dass es die IFPI-Mitglieder für notwendig hielten, die Busse für den Fall des Nichteinhaltens der Unterlassungserklärung von CHF 20‘000.– auf CHF 50‘000.– zu erhöhen.

66. Dass es sich bei der Wettbewerbsabrede um ein kartellrechtlich problematisches Verhalten handelte, muss IFPI Schweiz und seinen Mitgliedern spätestens durch die KG-Revision im Jahre 2003 bewusst geworden sein, da die Einführung der direkten Sanktionen gemäss Art. 49a KG sowie die Aufnahme von Art. 5 Abs. 4 KG und die damit bezweckte Bekämpfung von Gebietsabschottungen und Ermöglichung von Parallelimporten in der Presse ausführlich diskutiert worden sind. Sowohl der von 1994 bis Oktober 2009 amtierende Geschäftsführer von IFPI Schweiz wie auch der ab November 2009 bis 2011 sind Rechtsanwälte und mussten daher die kartellrechtliche Problematik einer Parallelimportverzichtserklärung wie der vorliegenden erkannt haben. Darüber hinaus wurde ebendieser Geschäftsführer 2010 durch die CVW Disques Office S.A. (nachfolgend: Disques Office) im Rahmen ihres Beitrittsgesuchs ausdrücklich darüber orientiert, dass die Unterlassungserklärung gegen das Kartellgesetz verstosse und IFPI Schweiz dies daher nicht als Voraussetzung für den Vereinsbeitritt verlangen könne.[36]

67. IFPI Schweiz hat des Weiteren vorgebracht, dass diese Vereinbarung von IFPI Schweiz oder seinen Mitgliedern niemals kontrolliert worden sei. Man habe die Labels auch nie dazu angehalten, diese Vereinbarung einzuhalten. Ob dies zutrifft, kann dahingestellt bleiben. Aufgrund der angedrohten Konventionalstrafe, welche im Jahr 2006 von CHF 20‘000.– auf CHF 50‘000.– angehoben wurde, und der zusätzlich eingefügten Passage, wonach konzernzugehörige andere Firmen ebenfalls unter das Parallelimportverbot fallen,[37] gehen die Wettbewerbsbehörden davon aus, dass man den Parallelimport von Ton- und/oder Tonbildträgern in die Schweiz effektiv verhindern und dies durch die Erhöhung der Geldstrafe und das Ausdehnen auf konzernzugehörige Unternehmen durchsetzen wollte. Damit kann die Frage, ob mit der Unterlassungserklärung eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt worden ist, bejaht werden.

68. IFPI Schweiz macht weiter geltend, lediglich sechs Mitglieder hätten die Unterlassungserklärung unterzeichnet und diese hätten gemeinsam einen Marktanteil von weniger als 5 %. Zwar trifft es zu, dass seit deren Einführung im Jahr 1999 lediglich sechs IFPI-Mitglieder die Unterlassungserklärung unterschrieben haben, an der Abrede über die Unterlassung von Parallelimporten waren jedoch sämtliche IFPI-Mitglieder beteiligt.[38] Dass der Zweck der Unterlassungserklärung umfassend erreicht wurde zeigt sich daran, dass kein Mitglied von IFPI Schweiz Parallelimporte getätigt hat.

69. Die Unterlassungserklärung hat daher eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bezweckt und bewirkt.

B.3.1.3 Abrede zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Stufen

70. Gemäss der Begriffsbestimmung von Art. 4 Abs. 1 KG muss die eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckende oder bewirkende Abrede von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen getroffen werden.

71. Die Mitglieder von IFPI Schweiz, welche auf der gleichen Marktstufe tätig sind, haben im Rahmen des Verbands untereinander vereinbart, keine Parallelimporte von Ton- und/oder Tonbildträgern anderer IFPI-Mitglieder in die Schweiz vorzunehmen.

[33] BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 22), Art. 4 Abs. 1 N 68 m.w.N.
[34] BSK KG-NYDEGGER/NADIG (Fn 22), Art. 4 Abs. 1 N 71; JÜRG BORER, Kartellgesetz, 3. Auflage 2011, Art. 4 Abs. 1 N 4.
[35] Vgl. Akte Nr. 246, S. 14.
[36] Vgl. Akte Nr. 192, Beilage 3, S. 21 und 22.; Akte Nr. 239, Beilage 10. [...] [Geschäftsgeheimnis].
[37] Akte Nr. 182.
[38] Vgl. Fn 29 sowie Rz 59.

B.3.1.4 Verhalten von Phononet

72. Ebenfalls zum Gelingen der Abrede hat Phononet mit den Teilnehmerverträgen für das Phononetsystem beigetragen.[39] Phononet ist nicht auf demselben Markt tätig wie die Labels. Diese Verträge haben jedoch dazu geführt, dass die Abrede unter den Labels zusätzlich gefestigt und befolgt wurde. Phononet wird daher ebenfalls zur Verantwortung gezogen.[40]

B.3.1.5 Zwischenergebnis

73. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass zwischen den Mitgliedern von IFPI Schweiz – im Rahmen des Verbandes – vereinbart wurde, keine Parallelimporte von Tonb- und/oder Tonbildträgern anderer IFPI-Mitglieder zu tätigen. Diese stellt eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG dar.

74. Phononet hat ebenfalls einen Beitrag zur Abrede geleistet.

75. Nachfolgend ist zu prüfen, ob diese Wettbewerbsabrede den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 KG erfüllt.

B.3.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

76. Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern wird vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen (Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG). Gemäss Botschaft[41] entsprechen die in den Vermutungstatbeständen von Art. 5 Abs. 3 KG erwähnten Formen horizontaler Abreden (Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen) den sogenannten „harten Kartellen“.[42]

77. Die Aufteilung von Märkten oder Geschäftspartnern schränkt das Angebot ein und führt zu einer verminderten Produktion und damit letztlich zu höheren Preisen.[43]

B.3.2.1 Vorliegen einer horizontalen Gebietsabrede

78. Wie in Rz 71 festgestellt wurde, bestand eine horizontale Abrede, welche darauf abzielte, Parallelimporte von Ton- und/oder Tonbildträgern in die Schweiz zu verhindern. Phononet hat (wie in Rz 72 dargelegt) durch die Teilnehmerverträge für das Phononetsystem, welche für sich alleine betrachtet als vertikale Abreden zu qualifizieren wären, die Wirkung dieser horizontalen Abrede verstärkt. Die Wirkungen ergaben sich jedoch hauptsächlich aus der Abrede zwischen den IFPI-Mitglieder, weshalb insgesamt eine horizontale Abrede vorliegt.

79. Durch die Wettbewerbsabrede wurde der Schweizer Markt teilweise abgeschottet, indem die Bezugsmöglichkeiten des Handels für Ton- und/oder Tonbildträger eingeschränkt wurden. So hatte der Handel keine Möglichkeit über die Labels parallelimportierte Ton- und/oder Tonbildträger aus dem Ausland zu beziehen. Dies hat dazu geführt, dass das Bezugsangebot von Ton- und Tonbildträgern für Händler vermindert wurde.

80. Die Parallelimportverzichtserklärung zielte darauf ab, den Schweizer Markt abzuschotten. Daraus folgt, dass in casu eine Gebietsabsprache im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG gegeben ist und damit die gesetzliche Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs greift.

B.3.2.2 Umstossung der gesetzlichen Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG

81. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann umgestossen werden, falls trotz der Wettbewerbsabrede wirksamer aktueller und potenzieller Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen (Aussenwettbewerb) oder Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen (Innenwettbewerb) besteht. Um die Intensität des Aussen- sowie des Innenwettbewerbs zu prüfen, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

B.3.2.2.1 Relevanter Markt

Sachlich relevanter Markt

82. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden.[44]

83. Die an der Abrede beteiligten Unternehmen sind neben ihrer Haupttätigkeit als Ton- und Tonbildträgerhersteller mehrheitlich auch im Vertrieb dieser Produkte (Musik-CDs, Musik-DVDs etc.) in der Schweiz tätig. Daher sind zu ihrer Marktgegenseite u.a. Schweizer Händler von physischen Ton- und Tonbildträgern (z.B. Ex Libris, Media Markt, Manor etc.) sowie Anbieter von digitalen Download-Produkten (z.B. iTunes, Nokia, Vodafone etc.) zu zählen (vgl. Rz 21 ff.).

84. Als erstes stellt sich die Frage, ob für die Marktgegenseite eine Austauschbarkeit zwischen einem physischen Produkt und seinem digitalen Pendant besteht. Während eine solche Art der Substitution für einen Konsumenten – zumindest bis zu einem gewissen Grad – durchaus denkbar ist, scheint eine analoge Möglichkeit zur Austauschbarkeit für den Handel eher schwierig: Ein Händler von physischen Ton- und Tonbildträgern stellt gemäss seinem Geschäftsmodell Verkaufsräumlichkeiten und Ladenfläche für den Verkauf von Ton- und Tonbildträgern zur Verfügung, pflegt den direkten Kundenkontakt und spezialisiert sich u.U. auf Beratungsdienstleistungen. Eine Umstellung auf digitale Produkte würde daher bedeuten, dass er Verkaufsräumlichkeiten aufgeben sowie den direkten Kundenkontakt und allfällige Beratungsleistungen einstellen oder neu organisieren

[39] Vgl. Rz 11 f. sowie Rz 60.
[40] Vgl. RPW 2011/4, 644, Rz 829, *ASCOPA*; Urteil des EuG vom 8. Juli 2008 T-99/04 *AC-Treuhand*, Slg. 2008 II-01501, Rz 112 ff.
[41] Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 468, 517.
[42] FRANZ HOFFET in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet /Ducrey (Hrsg.), 1997, Art. 5 N 71.
[43] PATRICK L. KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 5 N 373.
[44] Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

müsste. Mit anderen Worten würde dies einen grundlegenden Wechsel des Geschäftsmodells bedeuten, welcher wohl nicht ohne weiteres zu vollziehen wäre. Analoges gilt für einen Händler von digitalen Download-Produkten. Es scheint daher plausibel, dass auf der Stufe Handel ein physisches Produkt nicht so einfach durch sein digitales Pendant substituiert werden kann (allenfalls könnten sich diese beiden Produktkategorien ergänzen – Komplemente statt Substitute bilden).

85. In einem ersten Schritt kann aus den genannten Gründen festgehalten werden, dass der sachlich relevante Markt physische Ton- und Tonbildträger und keine digitalen Produkte umfasst. In einem nächsten Schritt gilt es abzuklären, inwiefern eine Austauschbarkeit zwischen unterschiedlichen physischen Ton- und Tonbildträgern (also zwischen Ton- und Tonbildträgern von verschiedenen Künstlern, Musikrichtungen etc.) besteht.[45]

86. Betrachtet man die Austauschbarkeit auf der Stufe Endkonsument, so wäre grundsätzlich eine Segmentierung des sachlich relevanten Marktes nach einzelnen Künstlern (u.a. sogar nach einzelnen Alben/Singles) denkbar, wobei aufgrund der einvernehmlichen Regelung diesbezüglich keine detaillierten Abklärungen vorgenommen wurden. Diese Ansicht kann dadurch unterstützt werden, dass es gerade im Bereich „Musik“ vorstellbar scheint, dass Konsumenten bei (signifikanten) Preiserhöhungen wohl nicht auf Produkte anderer Künstler ausweichen. Eine solche „Markentreue“ würde implizieren, dass es für einen Tonträgerhersteller durchaus profitabel sein könnte, für den Ton- oder Tonbildträger eines bestimmten Künstlers von einem *hypothetischen tiefen* Preis abzuweichen (sprich den Preis zu erhöhen), da mit keinem massiven Nachfragerückgang zu rechnen wäre. Diese Tatsache würde für eine detaillierte Abgrenzung nach einzelnen Künstlern sprechen.[46]

87. Allerdings gilt es zu bemerken, dass bei der Betrachtung der Stufe Handel nicht so sehr die Austauschbarkeit aus Sicht eines einzelnen Endkonsumenten ausschlaggebend ist, sondern vielmehr das resultierende Aggregat. Ein Händler möchte v.a. diejenigen Produkte in sein Sortiment aufnehmen und anbieten, welche von einem Grossteil seiner Zielgruppe nachgefragt werden. Da im Bereich Musik verschiedene Präferenzen vorherrschen und meist mehrere Künstler in der Gunst der Konsumenten stehen, kann für den Handel ein gewisser Spielraum bezüglich der Austauschbarkeit unterschiedlicher Ton- und Tonbildträger bestehen (zu dieser Frage wurden im Rahmen der vorliegenden Untersuchung, welche mit einer einvernehmlichen Regelung abgeschlossen werden konnte, keine detaillierten Abklärungen getroffen).

88. Wie weit die Austauschbarkeit zwischen verschiedenen physischen Ton- und Tonbildträgern beim Handel geht, sprich ob schliesslich ein separater sachlicher Markt für einzelne Künstler, für verschiedene Musikrichtungen oder Gruppen von Künstlern oder ein umfassender Markt für Ton- und Tonbildträger der Realität am besten entspricht, spielt für die Analyse und die Ergebnisse schliesslich keine Rolle. Die Abrede hat sämtliche physischen Ton- und Tonbildträger gleichermassen umfasst und daher wären sämtliche potentiell denkbaren Märkte in gleichem Ausmass betroffen.[47] Bei engeren Marktabgrenzungen wäre für jeden einzelnen sachlich relevanten Markt eine vollständige Analyse bezüglich „Umstossung der Vermutung“, „Erheblichkeit“ und „Rechtfertigungsgründe“ durchzuführen. Diese würde jedoch für sämtliche Märkte zum gleichen Ergebnis führen und insbesondere zum gleichen wie bei einer umfassenden Gesamtbetrachtung, da – wie bereits erwähnt – die Abrede sämtliche physischen Ton- und Tonbildträger in gleichem Masse betroffen hat.

89. Aufgrund der angeführten Argumente und in Anbetracht des Untersuchungsabschlusses durch eine einvernehmliche Regelung wird davon ausgegangen, dass der sachlich relevante Markt sämtliche physischen Ton- und Tonbildträger umfasst. Auf eine definitive Marktabgrenzung wird jedoch verzichtet.

Räumlich relevanter Markt

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

91. Händler beziehen physische Ton- und Tonbildträger in erster Linie in der Schweiz von Schweizer Vertrieben (so z.B. von den an der Abrede beteiligen Unternehmen), weichen bei Bedarf oder günstigen Gelegenheiten jedoch auch auf Bezugsquellen und Lieferanten im Ausland aus. Solche Lieferanten befinden sich mehrheitlich im Raum Europa. In räumlicher Hinsicht ist demnach zumindest von einem schweizerischen Markt auszugehen.

92. Wie nachfolgend gezeigt wird, spielt die exakte Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes keine Rolle, da unabhängig von dieser von einer den Wettbewerb erheblich beeinträchtigenden Wettbewerbsabrede ausgegangen werden kann.

B.3.2.2.2 Aussenwettbewerb

93. Nachfolgend wird geprüft, inwiefern die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen in ihrem Verhalten durch aktuellen oder potentiellen Aussenwettbewerb diszipliniert wurden.

94. Bei horizontalen Abreden werden in der Analyse der aktuellen und potentiellen Konkurrenz diejenigen Unternehmen betrachtet, welche im gleichen sachlichen und räumlichen Markt auf der gleichen Marktstufe wie die an der Abrede beteiligten Unternehmen agieren oder eintreten könnten. Im vorliegenden Fall ist es so, dass die Abrede den Import von Ton- und Tonbildträgern betroffen hat. Daher sind aktuelle und potentielle Wettbewerber auf der Stufe Import von physischen Ton- und Tonbildträgern zu identifizieren.

[45] Ohne vertieftere Abklärungen in diesem Zusammenhang gemacht zu haben, gehen die Wettbewerbsbehörden davon aus, dass Ton- und Tonbildträger, welche keine musikalischen Werke enthalten (z.B. Hörspiele etc.) weder für Endkonsumenten noch für Händler als Substitute für Ton- und Tonbildträger, welche musikalische Werke enthalten angesehen werden können.

[46] Vgl. MASSIMO MOTTA, Competition Policy, Theory and Practice, Cambridge 2009, S. 102 ff.

[47] Vgl. RPW 1999/3, 474, Rz 64, *Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagserzeugnisse in der Schweiz*.

95. Die Abrede wurde innerhalb des Vereins IFPI getroffen, welchem Hersteller von Ton- und/oder Tonbildträgern angehören. Die an der Abrede beteiligten Unternehmen charakterisieren sich daher in erster Linie durch ihre Tätigkeit als Hersteller von Ton- und/oder Tonbildträgern (vgl. Rz 49 ff.). Da die Abrede jedoch nicht auf die Tätigkeit der Herstellung, sondern auf jene des Parallelimports und damit auf die Belieferung der Marktgegenseite mit den vom sachlichen Markt umfassten Produkten abgezielt hat, sind nicht nur Hersteller von Ton- und/oder Tonbildträgern, sondern noch weitere Unternehmen zur aktuellen und potentiellen Konkurrenz hinzuzuzählen.

96. Zur aktuellen Konkurrenz sind all jene Unternehmen zu zählen, welche die vom sachlichen Markt umfassten Produkte an die Marktgegenseite (Schweizer Händler) liefern (selbst wenn sie nicht als Hersteller von Ton- und/oder Tonbildträgern agieren). Zur potentiellen Konkurrenz (potentielle Wettbewerber) sind entsprechend all jene Unternehmen zu zählen, welche mit relativ geringem Aufwand und innerhalb kurzer Zeit in der Lage wären, die vom sachlichen Markt umfassten Produkte an die Marktgegenseite (Schweizer Händler) zu liefern. Aufgrund der Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes können aktuelle und potentielle Wettbewerber sowohl in der Schweiz als auch im Ausland ansässig sein.

97. Aus den obigen Ausführungen ist ersichtlich, dass eine relativ grosse Anzahl von Unternehmen als aktuelle oder mindestens potentielle Konkurrenten der an der Abrede beteiligten Unternehmen angesehen werden können. Konkret hat die Auswertung der Fragebogen, welche im Verlaufe der Vorabklärung an verschiedene Händler in der Schweiz (Cede-Shop AG, Ex Libris AG, Media Saturn Management AG, Musik Hug, Directmedia AG) versandt wurden, ergeben, dass diese mit diversen Bezugsquellen und Lieferanten aus Europa oder den USA zusammenarbeiten. Ausserdem dürfte der Aufwand für eine Belieferung von Schweizer Händlern gerade für (ausländische) Unternehmen, welche im Bereich Musik tätig sind, nicht sehr gross sein.

B.3.2.2.3 Zwischenergebnis zur Umstossung der Vermutung

98. Aufgrund der Tatsachen, dass (i) mehrere Schweizer Händler selber Parallelimporte tätigen und dabei mit verschiedenen Lieferanten oder Bezugsquellen zusammenarbeiten und (ii) eine grössere Anzahl von Unternehmen mit relativ geringem Aufwand in der Lage wären, physische Ton- und Tonbildträger in die Schweiz zu liefern, gehen die Wettbewerbsbehörden davon aus, dass genügend aktuelle und potentielle Konkurrenz besteht, um die in Art. 5 Abs. 3 KG verankerte Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs umzustossen.

99. In den folgenden Ausführungen wird nun gezeigt, wieso die Abrede dennoch eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs bewirkt hat.

B.3.2.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

100. Ob eine Beeinträchtigung erheblich im Sinne des KG ist oder nicht, beurteilt sich anhand einer Gesamtbetrachtung des Einzelfalls, wobei sowohl qualitative wie auch quantitative Aspekte zu berücksichtigen sind.[48]

B.3.2.3.1 Qualitatives Element

101. In ihrer jüngsten Praxis hat die WEKO darauf hingewiesen, dass beim Vorliegen von sogenannten *Hardcore-Kartellen* das qualitative Element der Wettbewerbsbeeinträchtigung grundsätzlich als gravierend zu bewerten ist, auch wenn die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs umgestossen werden kann.[49] Als *Hardcore-Kartelle* gelten solche, welche die Tatbestandsmerkmale von Art. 5 Abs. 3 KG erfüllen.

102. Begründet wird diese Praxis damit, dass die in Art. 5 Abs. 3 KG explizit genannten Absprachen unbestritten ein hohes Schädigungspotential für den Wettbewerb aufweisen. In casu liegen die Tatbestandsmerkmale von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG vor, weshalb in Anlehnung an die jüngste Praxis von einer aus kartellrechtlicher Sicht qualitativ schwerwiegenden Wettbewerbsbeschränkung auszugehen ist.

B.3.2.3.2 Quantitatives Element

103. An das quantitative Element sind beim Vorliegen von *Hardcore-Kartellen* gemäss jüngster Praxis der WEKO keine allzu hohen Anforderungen zu stellen, da diese in qualitativer Hinsicht grundsätzlich als gravierend bewertet werden. Das Vorliegen des quantitativen Elements kann aus folgenden Gründen bejaht werden:

104. Wie bereits in Rz 49 ff. ausgeführt, bestand zwischen den Mitgliedern von IFPI Schweiz eine Abrede über die Unterlassung von Parallelimporten. Gleichzeitig konnte gezeigt werden, dass seit 1999 keines der an der Abrede beteiligten Unternehmen Parallelimporte getätigt hat. Die WEKO leitet aufgrund der Protokolle von IFPI Schweiz ab, dass die Mitglieder von IFPI Schweiz über die Beitrittsgesuche von sechs Neumitgliedern jeweils unter der Voraussetzung abgestimmt haben, dass die Unterlassungserklärung unterzeichnet wurde (vgl. Rz 59). Es ist unwahrscheinlich, dass ein entsprechendes Verhalten nur von Neumitgliedern verlangt wurde, ohne dass eine stillschweigende Vereinbarung zwischen den bestehenden Mitgliedern bestand, wonach die gleiche Pflicht auch für sie selber gilt. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass die Abrede von sämtlichen an der Abrede beteiligten Unternehmen vollumfänglich umgesetzt wurde.

105. In diesem Zusammenhang ist weiter anzumerken, dass die Abrede zwischen den beteiligten Unternehmen auch insofern umfassend war, als dass sie den gesamten sachlichen Markt betroffen hat. Die Marktgegenseite konnte über ein an der Abrede beteiligtes Unternehmen keine parallel importierten Produkte beziehen. Es ist also nicht so, dass wenigstens ein Teil des Sortiments über Parallelimporte der an der Abrede beteiligten Unternehmen hätte bezogen werden können.

[48] Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 28. Juni 2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung; VertBek), Ziffer 12.1. Auch wenn die Vertikalbekanntmachung vorliegend – mangels Vorliegen einer vertikalen Wettbewerbsabrede gemäss Ziffer 1 VertBek – nicht direkt anwendbar ist, so kann sie bei horizontalen Wettbewerbsabreden immerhin als Orientierungshilfe dienen (vgl. dazu auch RPW 2012/1, 74, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*).

[49] RPW 2012/1, 74, *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*; RPW 2010/4, 751 Rz 315 f., *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*.

106. Erschwerend kommt hinzu, dass für die Marktgegenseite nicht irgendein Bezugskanal, sondern der eigentliche Hauptbezugskanal eingeschränkt wurde. Abklärungen in diesem Zusammenhang haben ergeben, dass der Bezug von physischen Ton- und Tonbildträgern über Schweizer Vertriebskanäle für die Händler mit verschiedenen Vorteilen verbunden ist. So sind Schweizer Vertriebskanäle an das erwähnte Logistik- und Bestellsystem von Phononet angeschlossen, welches für den Handel verschiedene Vorteile bietet. Weiter sind auch die „Erfahrungswerte" mit Schweizer Vertrieben am grössten.

107. Schliesslich kann angemerkt werden, dass die Abrede über die Unterlassung von Parallelimporten spätestens seit 1999 bis ins Jahr 2011 wirksam war, also insgesamt mehr als zehn Jahre. Es scheint daher durchaus wahrscheinlich, dass aufgrund des langen Bestehens der Abrede Verhaltensweisen von beteiligten Unternehmen indirekt beeinflusst und zementiert wurden. Allfällige Überlegungen und Gedanken der beteiligten Unternehmen zu Parallelimporten könnten aufgrund der Abrede bereits im Keim erstickt worden sein.

108. Zusammenfassend kann also gesagt werden, dass die Abrede über die Unterlassung von Parallelimporten das Verhalten der Marktteilnehmer beeinflusst und damit wettbewerbsschädliche Auswirkungen im relevanten Markt gezeitigt hat. Damit ist die Abrede als quantitativ nicht geringfügig anzusehen.

B.3.2.3.3 Zwischenergebnis zur Beurteilung der Erheblichkeit

109. Im Rahmen der Gesamtwürdigung wird die Abrede über die Unterlassung von Parallelimporten – da sie qualitativ eine schwerwiegende und quantitativ eine nicht geringfügige Beeinträchtigung des Wettbewerbs bewirkt hat – als eine den Wettbewerb im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigende Abrede qualifiziert. Es bleibt schliesslich zu prüfen, ob die besagte Abrede durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann.

B.3.2.4 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

110. Wettbewerbsabreden sind durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie (i) 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 (ii) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.[50]

111. Anzufügen ist, dass nicht bereits Gründe der wirtschaftlichen Effizienz vorliegen, wenn ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten aus Sicht der beteiligten Unternehmen effizient ist, vielmehr muss die Abrede gesamtwirtschaftlich oder aus Sicht der Marktgegenseite als effizient betrachtet werden können.[51]

B.3.2.4.1 Rechtfertigungsgründe

112. Die Parteien haben keine konkreten Rechtfertigungsgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG vorgebracht, welche dort abschliessend aufgezählt sind. Die Parteien haben lediglich geltend gemacht, dass mit der Unterlassungserklärung und dem damit verbundenen Parallelimportverbot die Bekämpfung und Eindämmung der Piraterieproblematik und keine Behinderung von Parallelimporten im Allgemeinen bezweckt wurde. Ob die Parallelimportverzichtserklärung jedoch überhaupt ein geeignetes Mittel zu Pirateriebekämpfung war, kann offen gelassen werden. Zur Bekämpfung der Piraterie hätten mildere Mittel bestanden, weshalb die Unterlassungserklärung jedenfalls unverhältnismässig war.

113. Für die Beurteilung der Frage nach dem Vorliegen von Rechtfertigungsgründen sind ausschliesslich ökonomische Aspekte zu berücksichtigen[52], welche Hinweise darauf liefern können, dass die Abrede gesamtwirtschaftlich effizient war.

114. In casu ist nicht ersichtlich, inwiefern eine Abrede über die Unterlassung von Parallelimporten in irgendeiner Form mit einem der genannten Rechtfertigungsgründe im Zusammenhang stehen könnte und damit gesamtwirtschaftlich effizient sein sollte. Vor diesem Hintergrund ist das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG zu verneinen.

115. Selbst wenn man die Bekämpfung und Eindämmung der Piraterieproblematik als Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG akzeptieren würde, müsste man letztendlich zum Schluss kommen, dass das Parallelimportverbot für die von den Parteien geltend gemachte Zweckerreichung nicht verhältnismässig war.

116. So kann einerseits die Eignung der ergriffenen Massnahme zur Erreichung des verfolgten Zwecks – nämlich die Eindämmung der Piraterieproblematik – in Frage gestellt werden, da sich die Abrede über die Unterlassung von Parallelimporten auf physische Ton- und Tonbildträger beschränkt hat, die Piraterieproblematik jedoch hauptsächlich im digitalen Download-Bereich vorherrschend ist bzw. war.[53] Ausserdem ist es fraglich, ob die durch die Abrede disziplinierten Unternehmen als Quelle der Piraterieproblematik gesehen werden können.

117. Andererseits erscheint das Parallelimportverbot auch nicht erforderlich, da es bereits ausgereicht hätte, den urheberrechtsverletzenden – anstatt den allgemeinen – Parallelimport zu verbieten und damit ein milderes Mittel denkbar gewesen wäre.[54] Ein solches Verbot wäre wiederum überflüssig, weil der Verkauf und Handel mit physischen Piraterieprodukten in der Schweiz sowieso verboten ist. Entsprechend hätten die bestehenden gesetzlichen Bestimmungen zur Bekämpfung und Eindämmung der Piraterieproblematik genügt. Man hätte ein fehlbares Verhalten nur bei den zuständigen Stellen anzeigen müssen.

[50] Vgl. Art. 5 Abs. 2 KG.
[51] RPW 2010/4, 752 Rz 333 , Ba*ubeschläge für Fenster und Fenstertüren*.
[52] RPW 2010/4, 680 Rz 240, Hors-*Liste Medikamente: Preise von Cialis, Levitra und Viagra*.
[53] Akte Nr. 246, S. 14 ff. sowie MARTIN DRUSC/MARCO MEIER, Musik- und Filmpiraterie im Internet, in: Produktpiraterie, Peter Münch/Simon Brun (Hrsg.), 2009, S. 166.
[54] RPW 2010/1, 107 Rz 323, *Gaba*.

B.3.2.4.2 Zwischenergebnis zur Beurteilung von Effizienzgründen

118. Die Abrede über die Unterlassung von Parallelimporten zwischen den beteiligten Unternehmen kann nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden.

B.3.3 Ergebnis

119. Zusammenfassend kann gesagt werden, dass es sich beim Sachverhalt betreffend die Unterlassungserklärung und dem damit verbundenen Parallelimportverbot um eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG handelt. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann zwar umgestossen werden, jedoch liegt eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vor, welche nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann (Art. 5 Abs. 1 und 2 KG).

B.4 Angeblich unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

B.4.1 Relevante Märkte und Marktbeherrschende Stellung

120. Die Anzeigerin wirft IFPI Schweiz und Phononet verschiedene Verhaltensweisen vor, die das Sekretariat im Rahmen der Untersuchung wegen unzulässigen Verhaltensweisen gemäss Art. 7 KG überprüft hat. Es handelt sich hierbei um die Vorwürfe gegen IFPI Schweiz bezüglich der „offiziellen Schweizer Hitparade“ und der Aufnahme in den Verband einerseits, sowie andererseits um die Vorwürfe gegen Phononet bezüglich des Music Promotion Networks.

121. Bei der Untersuchung dieser Verhaltensweisen prüfen die Wettbewerbsbehörden üblicherweise zunächst das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung, d.h., es wird geprüft, ob ein Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager auf einem Markt in der Lage ist, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) im wesentlichen Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG). Ein Unternehmen wird sich nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können, wenn es sich ausreichend starker aktueller und/oder potenzieller Konkurrenz gegenübersieht. Um dies zu prüfen, ist in der Regel vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen. Entsprechend den unter Rz 120 aufgeführten Vorwürfen wird nachfolgend auf drei Märkte eingegangen:

122. Bezüglich der Erstellung der „offiziellen Schweizer Hitparade“ stehen verschiedene Marktteilnehmer mit IFPI in Verbindung. So u.a. auch die Künstler (sowie deren Labels und Vertriebe), welche in die „offizielle Schweizer Hitparade“ aufgenommen werden möchten. Es kann angemerkt werden, dass die Verbindung zwischen IFPI Schweiz und Künstlern (sowie deren Labels und Vertrieben) nicht einem klassischen „Angebots-Nachfrage Verhältnis“ entspricht, da eine Aufnahme in die Hitparade nicht „erkauft“ werden kann (man kann sich auch nicht aktiv dafür entscheiden, in die „offizielle Schweizer Hitparade“ aufgenommen zu werden). Trotzdem wäre es denkbar, Künstler (sowie deren Labels und Vertriebe) als Marktgegenseite von IFPI anzusehen und Substitutionsmöglichkeiten daher auf dieser Stufe zu prüfen.

123. Abklärungen haben ergeben, dass neben der „offiziellen Schweizer Hitparade“ verschiedene andere „Hitparaden“ oder „Ranglisten“ im Bereich Musik existieren (so erstellen die meisten Händler anhand ihrer Verkaufszahlen eigene „Verkaufshitparaden“[55]). Die Frage, ob die Aufnahme in solche „Erhebungen“ für Künstler (sowie deren Labels und Vertriebe) allenfalls als Substitut für eine Aufnahme in die „offizielle Schweizer Hitparade“ angesehen werden könnte und ob der sachlich relevante Markt damit über die „offizielle Schweizer Hitparade“ hinaus abzugrenzen wäre, kann vorliegend offengelassen werden, da unabhängig von der Abgrenzung des relevanten Marktes und vom Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung die untersuchten Verhaltensweisen nicht als unzulässig im Sinne von Art. 7 KG zu qualifizieren sind.

124. Bezüglich der Verbandsaufnahme kann zunächst angemerkt werden, dass IFPI Schweiz als Dachverband der Ton- und Tonbildträgerhersteller in der Schweiz v.a. die Interessen seiner Mitglieder vertritt (vgl. Rz 7). Als Marktgegenseite von IFPI Schweiz könnten daher Unternehmen betrachtet werden, welche ihre Interessen durch IFPI Schweiz vertreten lassen möchten. Dabei handelt es sich hauptsächlich um Labels (Ton- und Tonbildträgerhersteller). Substitutionsmöglichkeiten wären daher auf der Stufe Labels zu prüfen.

125. Gemäss aktuellem Kenntnisstand der Wettbewerbsbehörden existiert neben IFPI Schweiz kein weiterer Verband, welcher die Interessen von Ton- und Tonbildträgerherstellern vertritt. Eine marktbeherrschende Stellung könnte trotzdem nicht so einfach bejaht werden, da sich insbesondere die Frage stellt, ob es sich bei einer Mitgliedschaft in IFPI Schweiz um eine sogenannte „Essential Facility“[56] handelt, d.h. ob eine Mitgliedschaft unabdingbar für das erfolgreiche Bestehen als Label ist. Schliesslich können auch an dieser Stelle die Fragen der Abgrenzung des relevanten Marktes sowie der Marktbeherrschung offengelassen werden, da unabhängig davon die untersuchten Verhaltensweisen nicht als unzulässig im Sinne von Art. 7 KG zu qualifizieren sind.

126. Bezüglich des Music Promotion Networks agiert Phononet als Plattform, welche die beiden Marktgegenseiten „Industrie“ (Labels und Vertriebe) und „Medien“ (u.a. Radio und Printmedien) verbindet, um die Bemusterung von Medienschaffenden mit Neuheiten aus der Musikindustrie zu gewährleisten (vgl. Rz 13 ff.). Relevant für die untersuchten Verhaltensweisen ist ausschliesslich die Marktgegenseite „Medien“, für welche entsprechend die Substitutionsmöglichkeiten zu prüfen wären.

[55] Akte Nr. 238, S. 14 f.
[56] MOTTA (Fn 46), S. 66 ff.

127. Abklärungen haben ergeben, dass für die Medien verschiedene alternative Bemusterungstools existieren (häufig genannt werden u.a. Open Broadcast, iTunes, Haulix, Fat Drop etc.) oder oft auch die Möglichkeit der direkten Bemusterung durch die Künstler selber besteht.[57] Die Frage, ob solche alternativen Bemusterungsmöglichkeiten als Substitute für das Music Promotion Network angesehen werden könnten und wie der sachlich relevante Markt schliesslich abzugrenzen wäre, kann vorliegend offengelassen werden, da unabhängig von der Abgrenzung des relevanten Marktes und vom Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung die untersuchten Verhaltensweisen nicht als unzulässig im Sinne von Art. 7 KG zu qualifizieren sind.

B.4.2 Angeblich unzulässige Verhaltensweisen

B.4.2.1 Offizielle Schweizer Hitparade

B.4.2.1.1 Einleitung

128. Die „offizielle Schweizer Hitparade“ (nachfolgend Hitparade) ist eine wöchentliche Zusammenstellung der meistverkauften Singles (Single-Hitparade), Musikalben (Album-Hitparade), Compilations (Compilation-Hitparade) und DVDs (DVD-Hitparade).[58]

129. Das Chartsreglement der Hitparade (nachfolgend Chartsreglement) ist ein Dokument, welches die Rahmenbedingungen für die Erstellung der Hitparade festlegt. Damit sollen die Voraussetzungen für eine möglichst repräsentative Ermittlung der Verkaufszahlen und die Erstellung einer möglichst repräsentativen Hitparade garantiert werden.

130. Ausgearbeitet wurde das Chartsreglement im Jahr 1995 vom IFPI Marketingausschuss. Dieser zeigt sich auch verantwortlich für die diversen Revisionen, welche seit der Inkraftsetzung vorgenommen wurden und die gemäss IFPI Schweiz den stetig ändernden Marktbedingungen Rechnung tragen sollten (so verändert sich der Markt z.B. im digitalen Bereich sehr schnell[59]). Das Dokument ist – im Gegensatz zu vergleichbaren Reglementen in anderen Ländern – nicht öffentlich zugänglich und nur den Mitgliedern des Marketingausschusses, dem Vorstand von IFPI Schweiz sowie dem Unternehmen Media Control bekannt (vgl. auch Rz 19).

131. Das Chartsreglement richtet sich in erster Linie an Media Control, welche von IFPI beauftragt ist, die Daten für die Hitparaden-Erstellung zu erheben und aufzuarbeiten. Media Control steht damit in einem Vertragsverhältnis mit IFPI Schweiz, ist ansonsten jedoch unabhängig vom Verein und dessen Mitgliedern. Aufgrund der Auslagerung an Media Control hat IFPI Schweiz keinen direkten Einfluss auf die Datenerhebung und die Erstellung der Hitparade, sondern nur einen „indirekten“ über das Chartsreglement.

132. Zur Erstellung der Hitparade erfasst Media Control die Verkaufszahlen für die unter Rz 128 aufgeführten Produkte von verschiedenen Händlern, Fachhändlern, Shops etc. in der Schweiz (nachfolgend unter dem Begriff Händler zusammengefasst). In dieser Erfassung der Verkaufszahlen werden sowohl Händler von physischen als auch von digitalen (Download) Produkten berücksichtigt. Gemäss eigenen Angaben erreicht Media Control bei den physischen Produkten eine 75 %-ige und bei digitalen eine 98 %-ige Marktabdeckung. Nachfolgend werden jene Händler, welche von Media Control über die Verkaufszahlen befragt werden und diese entsprechend übermitteln auch als „meldeberechtigte Händler“ bezeichnet.

133. Die vorliegenden Vorwürfe werden im Zusammenhang mit Art. 7 KG geprüft. Auf eine detaillierte Abklärung der Frage der Marktbeherrschung kann verzichtet werden, da – wie bereits in Rz 120 ff. erwähnt – selbst bei deren Vorliegen kein missbräuchliches Verhalten im Sinne von Art. 7 KG festgestellt werden kann.

B.4.2.1.2 Erstellung des Chartsreglements und der „offiziellen Schweizer Hitparade“

134. Die Anzeigerin hat zunächst ganz allgemein geltend gemacht, die Hitparade würde durch das Chartsreglement verfälscht und manipuliert. Die Wettbewerbsbehörden erachten es jedoch grundsätzlich als legitim, dass Rahmenbedingungen für die Hitparaden-Erstellung ausgebarbeitet werden und dazu ein Reglement erlassen wird. Schliesslich dürfte es gerade im Interesse einer glaubhaften und objektiven Hitparade sein, wenn Anforderungen, Abläufe und Begriffe klar definiert und geregelt sind und nicht arbiträr bestimmt werden können. Der Bedarf an einem Reglement zeigt sich ausserdem dadurch, dass es gemäss Angaben von Media Control immer wieder zu Manipulationsversuchen kommt.[60] Ein Reglement kann dazu beitragen, solche Manipulationen oder Manipulationsversuche zu erkennen und damit zu verhindern oder zumindest zu erschweren.

135. Zudem spricht nichts dagegen, dass ein solches Reglement von jenen Kreisen erlassen wird, welche (i) die Hitparade initiieren und vermarkten, (ii) für diese finanziell aufkommen und (iii) dafür die Verantwortung übernehmen. In diesem Sinne stellt die blosse Erstellung eines Chartsreglements durch den IFPI-Marketingausschuss keinen Verstoss gegen Art. 7 KG dar, selbst wenn eine marktbeherrschende Stellung vorliegen sollte.

B.4.2.1.3 Angebliche Nichtaufnahme in die „offizielle Schweizer Hitparade“

136. Im Zusammenhang mit der Hitparade hat die Anzeigerin vorgebracht, digital vertriebene Titel würden von IFPI Schweiz ausgeschlossen und fänden daher keinen Eingang in die Hitparade. Als Beleg für ihre Aussage nennt sie den Titel „Slow down. Take it easy“, welcher angeblich nicht in die (Single-)Hitparade aufgenommen wurde, obwohl die Verkaufszahlen eine Aufnahme gerechtfertigt hätten.[61]

[57] Akte Nr. 99, S. 2; Akte Nr. 181, S. 4; Akte Nr. 183, S. 1 f.
[58] Vgl. Akte Nr. 119, Beilage 10.
[59] Akte Nr. 246, S. 30; Akte Nr. 263, S.11.
[60] Solche Manipulationsversuche gehen allerdings nicht von IFPI-Mitgliedern, sondern hauptsächlich von Künstlern aus (vgl. Akte Nr. 239, Beilage 13).
[61] Akte Nr. 1, exemplarisch Rz 77 und 80.

137. Die Wettbewerbsbehörden entnehmen diesem Vorwurf mehrere Elemente. Einerseits den allgemeineren Vorwurf, dass digital distribuierte Titel generell nicht in die Hitparade aufgenommen werden. Weiter den Vorwurf, dass Titel, welche über die Anzeigerin vertrieben werden, nicht in die Hitparade aufgenommen werden, und schliesslich konkret den Vorwurf, dass der Titel „Slow Down. Take it easy“ nicht in die Hitparade gekommen sei. Aus Sicht der Wettbewerbsbehörden handelt es sich dabei um unterschiedliche Vorwürfe, welche nachfolgend einzeln geprüft werden.

138. Der allgemeine Vorwurf, dass digital distribuierte Titel nicht in die Hitparade aufgenommen werden, konnte im Rahmen der Untersuchung widerlegt werden. Aus dem Chartsreglement geht klar hervor, dass sowohl physische als auch nicht physische (digitale) Formate für die Hitparade gewertet werden.[62] Allerdings verlangt das Chartsreglement einschränkend, dass ein Titel, um für die Hitparade gewertet zu werden, durch einen „offiziellen Schweizer Vertrieb“ vertrieben werden muss.[63] Dieses Erfordernis betrifft aber sowohl physische wie auch digital vertriebene Titel.

139. Bezüglich des Vorwurfs, dass Titel, welche über die Anzeigerin vertrieben werden, nicht in die Hitparade aufgenommen werden, verweist diese hauptsächlich auf die Umstände im Zusammenhang mit dem Titel „Slow down. Take it easy“: Die Anzeigerin behauptet, für den Titel „Slow down. Take it easy“ den Vertrieb übernommen zu haben. IFPI Schweiz hingegen hat nicht die Anzeigerin, sondern „Godbrain Distribution“ als Vertrieb für den besagten Titel anerkannt.[64] Im Gegenzug bezeichnet IFPI Schweiz die Anzeigerin als sogenannten *Aggregator*[65], d.h. als einen Vermittler, der keine direkten Geschäftsbeziehungen zu den wesentlichen Händlergruppen unterhält.[66] Gemäss Chartsreglement gilt ein Aggregator nicht als „offizieller Schweizer Vertrieb“, weil er die Grundvoraussetzung für einen Vertrieb – nämlich die relevanten Händlerbeziehungen – nicht erfüllt.[67] Aus diesem Grund wäre der präzise Vorwurf, den die Anzeigerin im Zusammenhang mit der Problematik der „Nichtaufnahme von digital distribuierten Titeln“ machen könnte, der, dass sie von IFPI Schweiz nicht als „offizieller Schweizer Vertrieb“ anerkannt wurde.

140. Ob eine Einstufung der Anzeigerin als *Aggregator* gerechtfertigt ist oder nicht, ist eine technische Frage, welche nicht von den Wettbewerbsbehörden beantwortet werden kann. Kartellrechtlich problematisch könnte jedoch sein, dass die Anforderungen an einen „offiziellen Schweizer Vertrieb“ durch das Chartsreglement beschrieben werden: „Als offizielle Schweizer Vertriebe gelten solche, welche bei der Phononet AG angeschlossen sind und/oder direkte Geschäftsbeziehungen zu den wesentlichen Händlergruppen in der Schweiz unterhalten und diese beliefern“.[68]

141. Da das Chartsreglement „geheim“ ist und damit die darin enthaltenen Anforderungen an einen „offiziellen Schweizer Vertrieb“ nicht öffentlich bekannt sind, könnte die Situation entstehen, in welcher einem Unternehmen ungerechtfertigterweise die Anerkennung als „offizieller Schweizer Vertrieb“ verwehrt wird. Ein solches Unternehmen könnte sich folglich nicht gegen einen solchen Entscheid wehren, da ihm – wie bereits erwähnt – die entsprechenden Anforderungen nicht bekannt sind. Der Schaden, welcher dem „falsch eingestuften“ Unternehmen entstehen würde, wäre der, dass die über dieses Unternehmen vertriebenen Titel keinen Eingang in die Hitparade finden könnten (vgl. Rz 137 ff.). Eine solche Situation wird von der Anzeigerin geltend gemacht. Die Erhebungen des Sekretariats haben jedoch ergeben, dass der Titel „Slow down. Take it easy“ gewertet wurde, wenn auch mit einer Verzögerung von einer Woche infolge unvollständiger Meldung (vgl. Rz 145 f.).

142. Da das Chartsreglement künftig jedoch veröffentlicht werden soll (vgl. Rz 154) und damit auch die Anforderungen an einen „offiziellen Schweizer Vertrieb“ bekannt gemacht werden, gehen die Wettbewerbsbehörden davon aus, dass sich solche Fragen in Zukunft nicht mehr stellen werden.

143. Ausserdem gehen die Wettbewerbsbehörden davon aus, dass es im Zusammenhang mit der „Anerkennung von offiziellen Schweizer Vertrieben“ auch in der Vergangenheit zu keinen grösseren Schwierigkeiten gekommen ist. Die Anzeigerin hat einen Fall identifiziert, die Wettbewerbsbehörden haben jedoch keine Kenntnis von weiteren Fällen. Dass jedoch selbst die Anzeigerin keine Benachteiligungen aus der Nicht-Anerkennung als „offizieller Schweizer Vertrieb“ hinnehmen musste, zeigt sich dadurch, dass sie als konkrete Auswirkung einzig die Nichtaufnahme des Titels „Slow down. Take it easy“ in die Hitparade vorbringen kann. Dieser Vorwurf erweist sich indes als falsch. Sowohl gemäss Aussagen von Media Control und IFPI Schweiz als auch gemäss den Angaben auf der Internetseite www.hitparade.ch[69] ist dieser Titel spätestens am 20. Dezember 2009 in der Hitparade auf Platz 5 eingestiegen und hat sich dort während zwölf Wochen gehalten.

144. Media Control und IFPI Schweiz räumen ein, dass es bei besagtem Titel zu einer einwöchigen Verzögerung bei der Aufnahme in die Hitparade gekommen ist.[70] Diese Verzögerung sei aber durch eine unvollständige Meldung des entsprechenden Titels entstanden. Media Control hat daraufhin den Fall entsprechend dem üblichem Vorgehen in solchen Fällen an den IFPI Schweiz Marketingausschuss zur Abklärung und Freigabe weitergeleitet.

[62] Akte Nr. 119, Beilage 10, Ziffer 2.b sowie Ziffer 3.e.
[63] Akte Nr. 119, Beilage 10, Ziffer 2.b.
[64] http://www.hitparde.ch/, besucht am 11. April 2012 sowie, Akte Nr. 119, Beilage 12, Ziffer 2.c.2.
[65] Vgl. dazu Akte Nr. 1, Beilage 26, sowie Akte Nr. 119, Beilagen 11 und 12.
[66] Gemäss IFPI Schweiz ist ein *Aggregator* ein Zwischenhändler vor der Vertriebsstufe, welcher selber keine Händler, sondern Vertriebe beliefert. Erst ein Vertrieb beliefert dann den Handel mit den Ton- und/oder Tonbildträgern (vgl. Rz 21). Entsprechend seiner Tätigkeit hat ein *Aggregator* keine direkten Beziehungen zu den Händlern.
[67] Akte Nr. 119, Beilage 10, Ziffer 2.b.
[68] Akte Nr. 119, Beilage 10, Ziffer 2.b.
[69] http://www.hitparade.ch/weekchart.asp?cat=s&date=20091220&year=2009; besucht am 11. April 2012.
[70] Akte Nr. 246, S. 34; Akte Nr. 263, S. 15.

145. Gerade die Freigabe von „Slow down. Take it easy“ zeigt, dass der Marketingausschuss von IFPI Schweiz bereit war, das Chartsreglement zugunsten kleinerer Labels auszulegen, und nicht auf den darin enthaltenen Anforderungen zu beharren. Konkret hat man die Voraussetzung bezüglich Bekanntheit bei 3 IFPI-A-Mitgliedern im vorliegenden Fall nicht angewendet. So ist aus dem Protokoll der Marketingausschuss Sitzung vom 11. Dezember 2009 i.S. „Slow down. Take it easy“ zu lesen: „Für die nächste Chartwertung wird die Single nun berücksichtigt, da im Grundsatz alle Parameter dem Chartsreglement entsprechen (inkl. Labelbindung Phononet). Zudem mausert sich der Song zu einem Hit, dieser soll nicht verhindert werden. Trotzdem gibt es im Chartsreglement einen Punkt dem der Wertung nicht ganz gerecht wird: §3.e.4 (…die nicht von einem offiziellen Schweizer Vertrieb, welcher bei mindestens 3 IFPI-A-Mitgliedern bekannt ist…). Kein Mitglied des MA [Marketingausschusses] kannte den Vertrieb „Godbrain“, bevor dieser Fall eintrat“.[71]

146. Bei der verzögerten Nennung des Titels „Slow down. Take it easy“ in der „offiziellen Schweizer Hitparade“ handelt es sich im Übrigen nicht um einen Manipulationsfall oder eine Massnahme zum Ausschluss bestimmter Künstler. Die einwöchige Verzögerung der Platzierung in der Hitparade war offenbar auf mangelhafte Vertriebsangaben zurückzuführen, was seitens Media Control ergänzende Abklärungen erforderlich machte. Im Rahmen dieser Abklärungen konnte Media Control die unvollständige Meldung mit dem Vertrieb Godbrain Distribution als „offizieller Schweizer Vertrieb“ des fraglichen Titels ergänzen und somit vervollständigen. Für diese Abklärungen reichte jedoch das kurze Zeitfenster zwischen Erhebung und Erstellung der „offiziellen Schweizer Hitparade“ nicht aus, weshalb es zu einer einwöchigen Verzögerung kam.

B.4.2.1.4 Angeblicher Informationsvorteil von Mitgliedern des IFPI Marketingausschusses

147. Die Anzeigerin hat weiter darauf hingewiesen, dass aufgrund der „Geheimhaltung“ des Chartsreglements (vgl. Rz 130) den Mitgliedern des IFPI Marketingausschusses ein Informationsvorteil entstehen würde. Konkret bestehe dieser Vorteil darin, dass die Mitglieder des Marketingausschusses genau wüssten, welche (physischen oder digitalen) Händler ihre Verkaufszahlen an Media Control übermitteln (vgl. Rz 132). Ein solcher Informationsvorteil könne nun dahingehend ausgenutzt werden, dass die Mitglieder des Marketingausschusses ihre Produkte „strategisch“ bei den meldeberechtigten Händlern platzieren könnten, wohingegen andere, v.a. kleinere Labels oder Vertriebe dieses Wissen nicht hätten und daher ihre Produkte nicht im gleichen Sinne strategisch bei den „richtigen“ Händlern positionieren könnten. Auch diese Tatsache würde schliesslich zu einer Verfälschung der Hitparade und einer Verzerrung des Wettbewerbs führen.[72]

148. Dem kann entgegnet werden, dass die Mitglieder des Marketingausschusses die Liste der meldeberechtigten Händler (ob physisch oder digital) nicht kennen. Media Control stellt das Händlerpanel (so wird die Liste der meldeberechtigten Händler genannt; nachfolgend auch Panel) ohne Einflussnahme von IFPI Schweiz und unter strengster Geheimhaltung selbstständig zusammen. Gemäss Media Control ist dieses Panel strikt „geheim“ und Dritten nicht zugänglich. Die Geheimhaltung habe aber nichts mit IFPI Schweiz zu tun, sondern erfolge zur Verhinderung von Manipulationen. Auch im Ausland werde das Händlerpanel nie veröffentlicht.[73]

149. Jedoch hat das Chartsreglement (welches nur den Mitgliedern des Marketingausschusses bekannt ist) einen „indirekten“ Einfluss auf das Händlerpanel von Media Control, da es die grundsätzlichen Voraussetzungen für die Meldeberechtigung eines Händlers festlegt (u.a. muss ein Händler mindestens 3 IFPI-A-Mitgliedern bekannt sein, damit er meldeberechtigt ist[74]) und nimmt damit eine „Vorselektion“ der grundsätzlich meldeberechtigten Händler vor. Damit erfahren die Mitglieder des Marketingausschusses zwar nicht, welche Händler am Schluss ins Panel aufgenommen werden, aber sie kennen immerhin einen Teil jener Händler, welche nicht meldeberechtigt sind.

150. Dass dieses zusätzliche Wissen jedoch kaum ausreicht, um die Hitparade zu manipulieren, zeigen folgende Überlegungen: Media Control erreicht bei der Händlerbefragung eine sehr breite Marktabdeckung (75 % für physische Produkte, 98 % für digitale; vgl. Rz 132), womit die Repräsentativität der Erhebung gewährleistet sein sollte. Gerade im Bereich der digitalen Produkte (Download-Verkäufe), welcher von der Anzeigerin als besonders kritisch hervorgehoben wird[75], kann von einer Vollerhebung gesprochen werden. Es scheint daher höchst unwahrscheinlich, dass mittels einer „strategischen Platzierung“ von Produkten eine bessere Hitparadenplatzierung und damit eine Verfälschung erreicht werden kann.

151. Media Control hat ausserdem erwähnt, dass man mit einer Abdeckung von 75 % bei den physischen Produkten an die Grenze des Machbaren gelangt sei. Dies liege nicht daran, dass IFPI Schweiz weitere Händlerbefragungen erschwere oder gar verhindere, sondern vielmehr daran, dass nicht jeder Händler, welcher zwar gemäss Chartsreglement meldeberechtigt wäre, auch die technischen Voraussetzungen erfüllen kann, um seine Verkaufszahlen zu melden.[76]

[71] Akte Nr. 119, Beilage 12.
[72] Akte Nr. 1, Rz 70.
[73] Akte Nr. 263, S. 9 und 10.
[74] Akte Nr. 119, Beilage10, Ziffer 1.b.
[75] Akte Nr. 1, Rz 70, wörtlich: „Das Hitparaden-Reglement ist geheim und kann nicht eingesehen werden. Namentlich gilt das mit Bezug darauf, die Download-Verkäufe welcher Shops für die Hitparade mitgezählt werden. Die Labels, die Marketingausschuss der IFPI angehören, wissen im Gegensatz zu allen anderen Labels, wem sie ihre Titel zum Download zur Verfügung stellen müssen, damit die Verkäufe im Rahmen der Hitparade mitgezählt werden. Anderen, wie z.B. der Anzeigerin sind diese Tataschen nicht bekannt“.
[76] Dazu Frau Altig von Media Control: „Nicht jeder Händler kann die Voraussetzungen ad hoc schaffen EAN online genau zu melden. Das muss immer gewährleistet sein. Da gibt es immer wieder Händler, die sich melden. Und es wird geprüft, ob sie korrekt melden, ob sie jeden Tag melden können. Das sind alles notwendige Kriterien. Sind die Kriterien gegeben, dann wird der Händler aufgenommen. Aber im Moment ist es so, dass 75 % machbar ist. Mehr Händler, die die Kriterien erfüllen, gibt es im Moment nicht“ (Akte Nr. 263, S. 22).

152. Ebenfalls angemerkt werden kann, dass sämtliche Anbieter von Ton- und Tonbildträgern (sowohl die Mitglieder des Marketingausschusses als auch alle anderen Labels) in erster Linie ein Interesse daran haben dürften, ihre Produkte möglichst breit, d.h. bei möglichst vielen Händlern abzusetzen, und daher kaum daran interessiert sind, ihre Verkaufskanäle eigenmächtig durch „strategische“ Platzierungen einzuschränken.

B.4.2.1.5 Zwischenergebnis

153. Anhaltspunkt für die Eröffnung der Untersuchung war, dass die Geheimhaltung des Chartsreglements sowie gewisse Anforderungen darin durchaus das Potential für Diskriminierungen beinhalten und daher kartellrechtlich nicht ohne weiteres unbedenklich erschienen. Jedoch ergab die Untersuchung keine Hinweise auf missbräuchliche Verhaltensweisen im Sinne von Art. 7 KG im Zusammenhang mit der „offiziellen Schweizer Hitparade“. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass bezüglich der „offiziellen Schweizer Hitparade“ kein Kartellrechtsverstoss vorliegt.

154. Weiter haben sich IFPI Schweiz und seine Vorstandsmitglieder dazu bereit erklärt, dass im Rahmen dieser Verfügung die Formulierungen des Chartsreglements offen gelegt werden und damit eine gewisse Transparenz geschaffen wird. Schliesslich wurde auch den Anmerkungen, dass ein öffentlich zugängliches Chartsreglement die Transparenz erhöhen und eine Einbindung verschiedener Interessengruppen bei der Erstellung und Anpassung des Chartsreglements die Gefahr der einseitigen Ausgestaltung verringern würde, Rechnung getragen. IFPI Schweiz ist nun dabei, diese sowie verschiedene weitere Neuerungen auszuarbeiten und umzusetzen.

B.4.2.2 Aufnahme in den Verein IFPI Schweiz

155. Die Anzeigerin hat den Vorwurf erhoben, dass „digitale Distributoren“ (digitale Vertriebe) nicht in den Verein IFPI Schweiz aufgenommen werden. Als Beleg dafür nennt sie ihre eigene angebliche Nichtaufnahme in IFPI. Die vorliegenden Vorwürfe werden im Zusammenhang mit Art. 7 KG geprüft. Analog zur vorhergehenden Analyse kann auf eine detaillierte Abklärung der Frage der Marktbeherrschung verzichtet werden, da selbst bei deren Vorliegen kein missbräuchliches Verhalten im Sinne von Art. 7 KG festgestellt werden kann (vgl. auch Rz 120 ff.).

156. Grundsätzlich werden in IFPI Schweiz nur „Ton- und/oder Tonbildträgerhersteller, welche mindestens ein eigenes Label führen/oder vertreten“ aufgenommen.[77] Diese Voraussetzung ergibt sich direkt aus dem Vereinszweck von IFPI Schweiz (Wahrung der Interessen der Ton- und Tonbildträgerhersteller, insbesondere Wahrung und Förderung von urheber- und leistungsschutzrechtlichen Belangen). Vertriebe, welche kein Label führen oder vertreten, seien es physische oder digitale, werden also nicht in den Verein aufgenommen, weil solche Unternehmen nicht für eine Aufnahme gemäss Vereinszweck vorgesehen sind (genauso wenig nimmt IFPI Schweiz Unternehmen aus anderen Branchen oder Bereichen auf).

157. Es kann jedoch vorkommen, dass gewisse Mitglieder von IFPI Schweiz neben ihrer Tätigkeit als Hersteller auch als „Vertrieb“ tätig sind. Somit sind auch „(digitale) Distributoren“ Mitglied von IFPI Schweiz, nicht jedoch aufgrund ihrer Tätigkeit als solche, sondern aufgrund ihrer zusätzlichen Tätigkeit als Ton- und/oder Tonbildträgerhersteller.

158. Nur am Rande sei hier erwähnt, dass gemäss IFPI Schweiz die Formulierung „Ton- und/oder Tonbildträgerhersteller“ nicht dahingehend zu interpretieren sei, dass zwischen Produzenten physischer und digitaler Tonträger unterschieden werde. Beide Arten von Herstellern werden grundsätzlich in den Verein aufgenommen, es existiert somit keine Diskriminierung zwischen physischen und digitalen Ton- und Tonbildträgerproduzenten.

159. Wie bereits dargelegt, bestehen für die Aufnahme in den Verein genau definierte Anforderungen, welche sich aus dem Vereinszweck ergeben. Die Anzeigerin ist überzeugt, dass sie diese Anforderungen erfüllt und daher eine IFPI-Mitgliedschaft gerechtfertigt wäre.[78] Ob dies tatsächlich der Fall ist, wurde aus zwei Gründen nicht näher geprüft:

160. Erstens: Die Voraussetzungen für eine Aufnahme in IFPI Schweiz stellen grundsätzlich keinen Verstoss gegen das Kartellgesetz (insbesondere gegen Art. 7 KG) dar, selbst wenn eine marktbeherrschende Position vorliegen würde. Schliesslich macht es Sinn, dass im Verein der Ton- und Tonbildträgerhersteller ausschliesslich Ton- und Tonbildträgerhersteller vertreten sind. Es konnte weiter nicht festgestellt werden, dass es je zu Problemen im Zusammenhang mit der Vereinsaufnahme gekommen wäre (dies gilt auch für die Anzeigerin, vgl. nachfolgend Rz 161) und somit ein Missbrauch einer allfälligen marktbeherrschenden Stellung vorliegen würde.

161. Zweitens: Die Anzeigerin hat nie offiziell um Aufnahme in IFPI Schweiz ersucht. Aus der den Wettbewerbsbehörden vorgelegten E-Mail Korrespondenz zwischen IFPI Schweiz und der Anzeigerin geht lediglich hervor, dass die Anzeigerin nachgefragt hat, ob sie grundsätzlich zur Aufnahme in IFPI Schweiz berechtigt wäre („Is [die Anzeigerin] eligible to become an IFPI member“ [79]) und daraufhin auch eine allgemeine Antwort bekommen hat („To apply for membership you should send us a written application letter, together with a commercial register extract giving evidence that you are present as a producer in the Swiss market for at least 2 years. During the annual general assembly IFPI members will decide on admission“[80]). Jedoch scheint die Anzeigerin nie ein offizielles Aufnahmegesuch eingereicht zu haben. Auch aus den eingesehenen Protokollen geht nicht hervor, dass der Vorstand von IFPI Schweiz oder die Generalversammlung je über ein Aufnahmegesuch der Anzeigerin befunden hätten. Schliesslich bestätigte der damalige Geschäftsführer von IFPI

[77] http://www.ifpi.ch/, besucht am 11. April 2012.
[78] „Die Geschäftstätigkeit der Anzeigerin unterscheidet sich in gar nichts von denjenigen der anderen Musiklabels.“ Akte Nr. 1, Rz 55.
[79] Akte Nr. 1, Beilage 22.
[80] Akte Nr. 1, Beilage 22.

Schweiz im Rahmen des Parteiverhörs: „Der Vorstand wie auch die Generalversammlung hat nie darüber befunden, ob [die Anzeigerin] in den Verein aufgenommen wird oder nicht“.[81]

162. Zusammenfassend kann also gesagt werden, dass auch bezüglich der „Vereinsaufnahme“ keine Hinweise für eine missbräuchliche Verhaltensweise und damit einen Kartellrechtsverstoss vorliegen.

B.4.2.3 Music Promotion Network

163. Einige Radiostationen gaben an, MPN sei zu wenig auf ihre Bedürfnisse zugeschnitten und zu teuer. Ausserdem hätten die Majors bei einer Ablehnung von MPN durch die Radiostationen auf diese Druck ausgeübt, um sie zu Vertragsabschlüssen zu drängen. Als Druckmittel seien etwa ein „Lieferstopp“ oder das Vorenthalten von Interviews mit Künstlern eingesetzt worden. Bezüglich des „Lieferstopps“ hätten die Majors gedroht, die Medienschaffenden nicht mehr physisch zu bemustern, sondern nur noch über MPN zu beliefern, und angegeben, dieser Punkt sei nicht verhandelbar.[82] Die vorliegenden Vorwürfe werden im Zusammenhang mit Art. 7 KG geprüft. Auf eine detaillierte Abklärung der Frage der Marktbeherrschung kann wiederum verzichtet werden, da selbst bei deren Vorliegen kein missbräuchliches Verhalten im Sinne von Art. 7 KG festgestellt werden kann.

164. Der Vorwurf, dass MPN schlecht auf ihre Bedürfnisse abgestimmt sei, scheint nur die Einschätzung gewisser Marktteilnehmer zu sein. Andere Marktteilnehmer sind hingegen mit der Ausgestaltung von MPN zufrieden. Von den Kritikern wird vor allem die Tatsache als störend empfunden, dass für das Funktionieren von MPN eine fixe IP-Adresse nötig ist, was zusätzliche Kosten verursacht. Da Phononet aus Sicherheitsgründen eine fixe IP-Adresse verlangt[83], kann ihr nicht vorgeworfen werden, dass ihr System nicht auf die Bedürfnisse sämtlicher Marktteilnehmer zugeschnitten ist.

165. Den Vorwurf der überhöhten Preise konnten die Wettbewerbsbehörden ebenfalls nicht bestätigen: So kostet MPN für die UNIKOM Radios [...] pro Jahr plus die Kosten für eine fixe IP-Adressen. Zu erwähnen ist weiter, dass ein ursprünglich als zu hoch empfundener Preis nachverhandelt und infolgedessen auf die zuvor erwähnten [...] pro Jahr reduziert wurde. Da die Kosten für die fixen IP-Adressen nicht an Phononet erstatten werden müssen, sondern dem jeweiligen Provider (z.B. Cablecom), betragen die tatsächlich von Phononet für MPN in Rechnung gestellt Kosten [...] pro Jahr ([...] pro Monat). Diese Kosten scheinen in Anbetracht der Tatsachen, dass MPN den Abonnenten Zugriff auf sämtliche seiner Musikdaten und Informationen erlaubt und die Erstellung und der Betrieb des Systems mit beträchtlichen Kosten verbunden ist, nicht als überhöht. Ausserdem scheinen sich verschiedene Marktteilnehmer hauptsächlich an den zusätzlichen Kosten für die fixe IP-Adresse zu stören und nicht an den [...] für MPN an sich.

166. Schliesslich konnte auch nicht bestätigt werden, dass gewisse Marktteilnehmer mit Druck zur Teilnahme an MPN gezwungen wurden. Insbesondere konnte nicht gezeigt werden, dass Interviews mit Künstlern aufgrund der Nichtteilnahme an MPN verweigert wurden.

167. Nach dem Gesagten kann MPN als eine auf dem Markt entwickelte und effiziente Lösung um Musik zu bemustern betrachtet werden. MPN hat sowohl für die Musikindustrie als auch für seine Nutzer Vorteile. Unternehmen, die kein Interesse an diesem Tool hatten oder die es als zu teurer erachteten, konnten sich den Zugriff auf neue Titel oder Künstler auf andere Weise verschaffen (vgl. Rz 127).

168. Gestützt auf die erwähnten Gründe kann in dieser Angelegenheit kein Verstoss gegen das Kartellgesetz festgestellt werden.

B.4.3 Ergebnis

169. Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen kann zusammenfassend festgestellt werden, dass keine Hinweise auf einen Verstoss gegen Art. 7 KG vorliegen. Das Verfahren wird daher in diesem Punkt ohne Folge eingestellt.

B.5 Einvernehmliche Regelung

170. Im Verlauf des Verfahrens zeichnete sich bei IFPI Schweiz, seinen Mitgliedern und Phononet die Bereitschaft zur Unterzeichnung einer einvernehmlichen Regelung im Sinne von Art. 29 KG ab. Diese wurden am 16. Mai 2012 beziehungsweise am 18. Mai 2012 unterzeichnet. IFPI Schweiz, dessen Mitglieder sowie Phononet verpflichten sich dadurch, inskünftig Parallelimporte von physischen Ton- und/oder Tonbildträgern nicht in kartellrechtswidriger Weise zu erschweren oder zu unterbinden. Die geforderte Kartellrechtskonformität ist insbesondere so zu verstehen, dass IFPI Schweiz auf die Unterzeichnung der Unterlassungserklärung durch Neumitglieder verzichtet und Phononet die Passage, welche Parallelimporte untersagt, aus den Teilnehmerverträgen für das Phononetsystem entfernt. Die einvernehmlichen Regelungen lassen jedoch explizit die Möglichkeit, insbesondere die Piraterieproblematik mit gesetzlichen Mitteln gemäss dem Schutz des geistigen Eigentums zu bekämpfen. Wie bereits in Rz 112 ff. dargelegt, stellt ein Parallelimportverbot jedoch kein geeignetes Mittel zur Bekämpfung der Piraterieproblematik dar.

171. Die einvernehmlichen Regelungen lauten wie folgt:

Für IFPI Schweiz und dessen Mitglieder:

A. Vorbemerkungen:

a) Die vorliegende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 Kartellgesetz (KG; SR 251) erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren 32-0234 zu vereinfachen, zu verkürzen und – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (WEKO) – zu einem förmlichen Abschluss zu bringen.

[81] Akte Nr. 246, S. 29 f.
[82] Akte Nr. 99, S. 2; Akte Nr. 181, S. 4.
[83] Eine fixe IP-Adresse garantiert, dass der Zugriff auf die Musikdateien von Phononet besser überwacht werden kann. Bei urheberrechtsverletzenden Handlungen von Marktteilnehmern kann entsprechend effizienter reagiert werden.

b) Mit der Unterzeichnung der vorliegenden einvernehmlichen Regelung soll das Verdachtselement betreffend die „Verhinderung von Parallelimporten im Bereich physischer Vertrieb von Ton- und Tonbildträgern“ gegen IFPI Schweiz und dessen Mitglieder, welches sich aus dem Eröffnungsschreiben des Sekretariats der WEKO betreffend Untersuchungseröffnung vom 6. Juni 2011 ergeben hat, geregelt werden. Bezüglich der weiteren Verdachtselemente gegen IFPI Schweiz, dessen Mitglieder sowie gegen die Media Control AG, welche sich aus dem zuvor erwähnten Eröffnungsschreiben vom 6. Juni 2011 ergeben haben („Manipulation der offiziellen Schweizer Hitparade“, „Verweigerung der Aufnahme in den Verband IFPI“), wird das Sekretariat bei der WEKO beantragen, das Verfahren 32-0234 gegen die erwähnten Unternehmen einzustellen.

c) Dem Willen und der Bereitschaft von IFPI Schweiz sowie dessen Mitglieder zum Abschluss der vorliegenden einvernehmlichen Regelung wird vom Sekretariat im Rahmen der Sanktionsbemessung Rechnung getragen. Aufgrund der aktuellen Ausgangslage beabsichtigt das Sekretariat, der WEKO eine Sanktion in der Grössenordnung von CHF 3‘000‘000.– bis CHF 3‘500‘000.– gegen IFPI Schweiz zu beantragen. Die definitive Festlegung der Höhe der Sanktion liegt jedoch im Ermessen der WEKO. Sie erfolgt endgültig mit deren verfahrensabschliessenden Verfügung.

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

e) IFPI Schweiz sowie dessen Mitglieder verzichten im Falle der Genehmigung der vorliegenden einvernehmlichen Regelung durch die WEKO entsprechend den in den Vorbemerkungen gemäss dieser Bst. A dargestellten Punkten (insbesondere durch Nichtüberschreiten des beantragten Sanktionsrahmens gemäss Bst. c) auf die Ergreifung von Rechtsmitteln.

f) Bei diesem Ausgang des Verfahrens 32-0234 gehen die Verfahrenskosten anteilsmässig zu Lasten von IFPI Schweiz – stellvertretend für seine Mitglieder.

B. Vereinbarungen:

Die nachfolgenden Vereinbarungen beziehen sich auf den Bereich physischer Vertrieb von Ton- und Tonbildträgern. IFPI Schweiz sowie dessen Mitglieder verpflichten sich,

1) von Neumitgliedern von IFPI Schweiz künftig keine Unterzeichnung einer Parallelimportverzichtserklärung zu verlangen;

2) gegenüber sämtlichen Marktteilnehmern, welche im Bereich Vertrieb, Vermarktung, Herstellung, Promotion und/oder Verkauf von Ton- und/oder Tonbildträgern tätig sind (so z.B. Labels, Vertriebe, Aggregatoren, Händler etc.), nicht in kartellrechtswidriger Weise Parallelimporte von physischen Ton- und/oder Tonbildträgern zu erschweren oder zu unterbinden; vorbehalten bleibt die Bekämpfung von Produkten, die gegen geltendes Schweizer Recht verstossen (insbesondere von Piraterieprodukten).

Für Phononet:

A. Vorbemerkungen:

a) Die vorliegende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 Kartellgesetz (KG; SR 251) erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren 32-0234 zu vereinfachen, zu verkürzen und – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (WEKO) – zu einem förmlichen Abschluss zu bringen.

b) Mit der Unterzeichnung der vorliegenden einvernehmlichen Regelung soll das Verdachtselement betreffend die „Beihilfe zur Verhinderung von Parallelimporten im Bereich physischer Vertrieb von Ton- und Tonbildträgern“ gegen PhonoNet, welche PhonoNet im Verlaufe des Verfahrens 32-0234 dem Sekretariat freiwillig zur Kenntnis gebracht hat, geregelt werden. Bezüglich der weiteren Verdachtselemente gegen PhonoNet, welche sich aus dem Eröffnungsschreiben des Sekretariats der WEKO betreffend Untersuchungseröffnung vom 6. Juni 2011 ergeben haben („Missbräuche im Zusammenhang mit dem Musikbelieferungs- und Musikbewerbungstool MPN“), wird das Sekretariat bei der WEKO beantragen, das Verfahren 32-0234 einzustellen.

c) Dem Willen und der Bereitschaft von PhonoNet zum Abschluss der vorliegenden einvernehmlichen Regelung und dem Umstand, dass PhonoNet „Beihilfe zur Verhinderung von Parallelimporten“ dem Sekretariat freiwillig zur Kenntnis und mittels Mitteilung an ihre Teilnehmer bereits im Juni 2011 freiwillig formell aufgehoben hatte, wird vom Sekretariat im Rahmen der Sanktionsbemessung Rechnung getragen. Aufgrund der aktuellen Ausgangslage beabsichtigt das Sekretariat, der WEKO eine Sanktion in der Grössenordnung von CHF 10‘000.– bis CHF 20‘000.– gegen PhonoNet zu beantragen. Die definitive Festlegung der Höhe der Sanktion liegt jedoch im Ermessen der WEKO. Sie erfolgt endgültig mit deren verfahrensabschliessenden Verfügung.

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

e) PhonoNet verzichtet im Falle der Genehmigung der vorliegenden einvernehmlichen Regelung durch die WEKO entsprechend den in den Vorbemerkungen gemäss dieser Bst. A dargestellten Punkten (insbesondere durch Nichtüberschreiten des beantragten Sanktionsrahmens gemäss Bst. c) auf die Ergreifung von Rechtsmitteln.

f) Bei diesem Ausgang des Verfahrens 32-0234 gehen die Verfahrenskosten anteilsmässig zu Lasten von PhonoNet.

B. Vereinbarungen:

1) Die nachfolgenden Vereinbarungen beziehen sich auf den Bereich physischer Vertrieb von Ton- und Tonbildträgern. PhonoNet verpflichtet sich, künftig weder Verpflichtungen zur Unterlassung von Parallelimporten gegenüber Industrieteilnehmern oder Handelsteilnehmern am PhonoNet-System oder ähnliche Ausführungen in ihre Verträge aufzunehmen noch in kartellrechtswidriger Weise Parallelimporte zu erschweren oder zu unterbinden; vorbehalten bleibt die Bekämpfung von Produkten, die gegen geltendes Schweizer Recht verstossen (insbesondere von Piraterieprodukten).

B.6 Sanktionierung

172. Die in Art. 49a KG vorgesehenen direkten Sanktionen bezwecken die wirksame Durchsetzung der Wettbewerbsvorschriften und sollen präventiv Wettbewerbsverstösse verhindern. Direktsanktionen können nur mittels einer Endverfügung verhängt werden, welche die Unzulässigkeit der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung feststellt.[84]

173. Die Belastung der Verfahrensparteien mit einer Sanktion setzt die Erfüllung des Tatbestandes von Art. 49a Abs. 1 KG voraus.

B.6.1 Tatbestandsmerkmale von Art. 49a Abs. 1 KG

B.6.1.1 Unternehmen

174. Die Wettbewerbsbeschränkungen, auf die Art. 49a Abs. 1 KG Bezug nimmt, müssen von einem Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 und 1bis KG ausgehen.[85]

175. IFPI Schweiz, seine Mitglieder sowie die Phononet AG sind Anbieter von Waren und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess und werden daher vom Unternehmensbegriff von Art. 2 Abs. 1bis KG (vgl. Rz 45) erfasst.

B.6.1.2 Unzulässige Verhaltensweise

176. 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 die aus diesem Grund bereits mit der gesetzlich vermuteten Beseitigung wirksamen Wettbewerbs eine Sonderbehandlung erfahren.[86] 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 erforderlich:[87] (i) Die Beteiligung an einer Abrede über Preise, Mengen oder die Aufteilung von Märkten nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG und (ii) die Unzulässigkeit dieser Abrede.

177. Wie vorangehend dargelegt, wurde im Rahmen des Vereins IFPI Schweiz entschieden, von allen Neumitgliedern die Unterzeichnung der Unterlassungserklärung zu erzwingen. Diesem Antrag stimmten alle Mitglieder zu.[88] Daraus wird ersichtlich, dass eine unzulässige Gebietsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KG vereinbart wurde. Damit sind die Voraussetzungen von Art. 49a Abs. 1 KG erfüllt. Wie oben ausgeführt (vgl. Rz 72), hat die Phononet AG ebenfalls zu der Abrede beigetragen, da deren Teilnehmervertrag als Instrument zur Verstärkung der Behinderung von Parallelimporten betrachtet werden kann.

178. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass unzulässige Abreden im Sinne von Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 KG auch sanktioniert werden können, wenn die gesetzliche Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden kann. Das Bundesgericht hat diesbezüglich festgehalten, dass mit dem Erlass von Art. 49a KG die Möglichkeit direkter Sanktionen für die schädlichsten horizontalen und vertikalen, wettbewerbsbeschränkenden Abreden geschaffen wurde.[89] Es kommt folglich nicht darauf an, ob der wirksame Wettbewerb durch eine Gebietsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG vollständig beseitigt oder „nur“ erheblich beeinträchtigt wird. Eine entsprechende Präzisierung ist jedenfalls auch in Art. 49a Abs. 1 KG nicht enthalten.[90] Zudem ergibt sich bereits aus dem Gesetzeswortlaut und der Entstehungsgeschichte, dass das Umstossen der Gesetzesvermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG nicht für eine Sanktionsbefreiung genügt.[91] Dafür muss eine Wettbewerbsabrede überdies kartellrechtlich zulässig sein, also entweder keine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung herbeiführen oder sich durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen.[92]

179. Da die Gesetzesvermutung vorliegend zwar umgestossen werden kann, die in Frage stehende Gebietsschutzabrede den Wettbewerb indes erheblich beschränkt und sich darüber hinaus nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lässt, ist die in Frage stehende Gebietsschutzabrede als unzulässig – und somit sanktionierbar – zu qualifizieren.

[84] Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002, 2022 und 2033 ff.
[85] Vgl. anstelle vieler JÜRG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 3. Aufl., 2011, Art. 49a N 6.
[86] Vgl. dazu BBl 2002 2036 f.
[87] Vgl. ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verhaltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, insbesondere der neue Vermutungstatbestand für Vertikalabreden, in: Kartellgesetzrevision 2003, Neuerungen und Folgen, Stoffel/Zäch (Hrsg.), 2004, 34.
[88] Vgl. Akte Nr. 192, S. 47, 98 und 106 sowie Rz 53 ff.
[89] BGE 135 II 60, S. 63, E. 2.1.
[90] Vgl. RPW 2009/2, 155 Rz 86, *Sécateurs et cisailles*.
[91] BBl 2002 2037.
[92] Vgl. PETER REINERT, in: Stämpflis Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.) 2007, Art. 49a N 8.

B.6.1.3 Vorwerfbarkeit

180. In der Botschaft zum KG 2003 wurde in Bezug auf die Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG ausgeführt, dass es sich hierbei im Gegensatz zu den Strafsanktionen nach Art. 54 f. KG um Verwaltungssanktionen handle, die kein Verschulden voraussetzten.[93] Ungefähr zur gleichen Zeit, namentlich in ihrem Entscheid vom 7. März 2002, tendierte die REKO/WEF allerdings in eine andere Richtung. Sie hielt bezüglich Art. 51 KG fest, die Idee, dass eine (Verwaltungs-) Sanktion nicht allein aus objektiven Gründen auferlegt werden könne, werde aufgrund ihrer vorangegangenen Ausführungen bekräftigt.[94] Welche Rolle dem Element „faute“ (Verschulden) hinsichtlich der Sanktionierung zukomme, bräuchte allerdings nur beantwortet zu werden, wenn kein oder nur ein vermindertes Verschulden vorliegen würde, was hier aber nicht der Fall sei.[95] In diesem Zusammenhang zitierte die REKO/WEF eine Lehrmeinung, wonach Verschulden vorliege, wenn der Täter wissentlich handle oder Handlungen unterlasse, die eine vernünftige, mit den notwendigen Fachkenntnissen ausgestattete Person in einer entsprechenden Situation hätte vornehmen können oder müssen.[96]

181. 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 Vorwerfbarkeit. Dabei hielt die WEKO fest, es müsse mindestens eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung vorliegen.[97] Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte in der Folge die Rechtmässigkeit dieses Entscheids.[98]

182. Die WEKO hat seither bei jedem Sanktionsentscheid gemäss Art. 49a Abs. 1 KG die Vorwerfbarkeit geprüft.[99] Diese Praxis der WEKO wurde durch das Bundesverwaltungsgericht im Fall „Publigroupe“ bestätigt. Die WEKO stellte in der diesbezüglichen Verfügung fest, es liege seitens der Untersuchungsadressatinnen ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne einer Vorwerfbarkeit vor, nämlich zumindest eine fahrlässige Sorgfaltspflichtverletzung oder ein Organisationsverschulden, weshalb das subjektive Element der Vorwerfbarkeit gegeben sei.[100] Das Bundesverwaltungsgericht hielt fest, diese Sichtweise sei nicht zu beanstanden. Es kam zum Schluss, dass, da die dortige Beschwerdeführerin 1 nicht alles Notwendige vorgekehrt habe, damit die verantwortlichen Abteilungen, Organe und Angestellten das als kartellrechtlich problematisch angesehene Verhalten innerhalb der Übergangsfrist gemäss Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 beendeten, sie einen Kartellrechtsverstoss zumindest in Kauf genommen und damit eventualvorsätzlich gehandelt habe.[101]

183. Ist ein Kartellrechtsverstoss nachgewiesen, so ist im Regelfall auch die objektive Sorgfaltspflichtverletzung des Unternehmens gegeben. Nur in seltenen Fällen wird die Vorwerfbarkeit zu verneinen sein; so möglicherweise wenn die durch einen Mitarbeitenden 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 verhindern.[102]

184. Eine kartellrechtsrelevante Vorwerfbarkeit ist demnach gegeben, wenn dem Unternehmen der Verstoss gegen Art. 49a Abs. 1 KG als objektive Sorgfaltspflichtverletzung angelastet werden kann. Eine solche liegt insbesondere vor, wenn die natürlichen Personen die relevanten Handlungen, welche sie für das an der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung beteiligte Unternehmen vornahmen[103], vorsätzlich oder fahrlässig begingen oder für das Unternehmen agierende natürliche Personen pflichtwidrig das Einschreiten gegen solche Handlungen unterliessen oder das Unternehmen ein Organisationsverschulden trifft, welches darin besteht, dass es nicht alle möglichen und zumutbaren Vorkehren getroffen hat, um die Begehung eines Kartellrechtsverstosses innerhalb des Unternehmens zu verhindern.

185. Die Initiative zum Abschluss der Unterlassungserklärungen durch die Neumitglieder haben die damaligen Geschäftsführer von IFPI Schweiz ergriffen. So hat der damalige Geschäftsführer die Unterlassungserklärung ausgearbeitet und dem damaligen Verbandsvorstand vorgelegt. Die Thematik wurde zudem mehrmals während der Generalversammlungen erwähnt und das Vorgehen durch die Mitglieder genehmigt. Auch war IFPI Schweiz die kartellrechtliche Problematik der gewählten Vorgehensweise bewusst.[104] Aus diesen Gründen haben die Mitglieder sowie der Verein IFPI Schweiz ihre objektiven Sorgfaltspflichten verletzt. Die Frage der Vorwerfbarkeit des Verstosses gegen Art. 49a Abs. 1 KG ist somit zu bejahen.

---

[93] Vgl. BBl 2002, 2034.

[94] Im Original: „*Cela [das Vorangehende] conforte l'idée que l'on ne puisse infliger la sanction prévue à l'article 51 alinéa 1 LCart en se fondant uniquement sur des critères objectifs.*“ (Entscheid der REKO/WEF, RPW 2002/2, 398 E. 3.3.1, *Rhône-Poulenc S.A., Merck & Co. Inc./WEKO*).

[95] Entscheid der REKO/WEF, RPW 2002/2, 398 E. 3.3.1, *Rhône-Poulenc S.A., Merck & Co. Inc./WEKO*.

[96] Entscheid der REKO/WEF, RPW 2002/2, 399 E. 3.3.2, *Rhône-Poulenc S.A., Merck & Co. Inc./WEKO*.

[97] RPW 2006/1, 169 ff. Rz 197 ff., *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

[98] Urteil des BVGer, RPW 2007/4, 672 E. 4.2.6, *Flughafen Zürich AG (Unique)/WEKO*.

[99] Vgl. die Nachweise in RPW 2011/1, 189 Rz 557, Fn 546, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

[100] RPW 2007/2, 232 ff. Rz 306 ff., insbesondere Rz 308 und 314, *Richtlinien des Verbandes schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*.

[101] Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

[102] RPW 2011/1, 189 Rz 558 m.w.H., *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

[103] In diesem Zusammenhang ist klarzustellen, dass nicht nur Organe (so schon nur aufgrund von Art. 55 ZGB die Unternehmen in kartellverwaltungsrechtlich relevantem Sinne zu verpflichten vermögen, sondern vielmehr zumindest alle Mitarbeitenden mit selbstständigen Entscheidungsbefugnissen in ihrem Tätigkeitsbereich (in diesem Sinne Art. 29 Bst. c des schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 [StGB; SR 311.0]). Ob noch weitere Personen eine derartige Verpflichtung des Unternehmens herbeiführen, braucht hier mangels Relevanz für vorliegende Untersuchung nicht beantwortet zu werden.

[104] Vgl. Rz 58 und 66 sowie Akte Nr. 246, S. 17.

186. Bei der Phononet AG handelt es sich um ein unabhängiges Unternehmen, welches mit seinen Kunden einen Teilnehmervertrag abgeschlossen hat. Die Klausel betreffend das Verbot von Parallelimporten hat die Abreden zwischen IFPI Schweiz und seinen Mitgliedern verschärft, was Phononet bekannt gewesen sein musste. Die Frage der Vorwerfbarkeit des Verstosses kann somit auch gegen Phononet AG bejaht werden.

B.6.2 Bemessung

B.6.2.1 Einleitung

187. Den folgenden Ausführungen ist vorauszuschicken, dass sich IFPI Schweiz im Rahmen der einvernehmlichen Regelung bereit erklärt hat, die Sanktion stellvertretend für seine Mitglieder zu übernehmen. Da der Verein IFPI Schweiz eine aktive Rolle bezüglich der vorliegenden Abrede eingenommen hat, haben sich die Wettbewerbsbehörden mit diesem Vorschlag einverstanden erklärt. Die Sanktionen werden daher vorliegend IFPI Schweiz – stellvertretend für seine Mitglieder – sowie Phononet auferlegt.

188. Rechtsfolge einer Verletzung von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag von bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes (Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 7 SVKG[105]). 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.

189. Zur Bemessung des Sanktionsbetrags wird in der Botschaft konkretisierend ausgeführt, dass der Sanktionsrahmen von 0 – 10 % in schwerwiegenden Fällen eine abschreckende Wirkung gewährleistet, den Behörden jedoch auch ermöglicht, in geringfügigen Fällen Sanktionsbeträge von lediglich symbolischem Charakter auszusprechen. Aus diesem Grund verzichtete der Gesetzgeber auch auf die Formulierung eines Ausnahmetatbestandes für leichte Fälle: Die Höhe der Sanktion könne in solchen Fällen entsprechend herabgesetzt werden.[106] Damit steht der WEKO von Gesetz wegen ein gewisser Sanktionsrahmen zur Verfügung, den sie nach pflichtgemässem Ermessen auszuschöpfen hat. Dabei hat sie die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Gleichbehandlung zu beachten.[107]

190. Die Bemessungskriterien bei der Verhängung von Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG werden in der SVKG näher geregelt (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die SVKG geht für die konkrete Sanktionsbemessung zunächst von einem Basisbetrag aus, der in einem zweiten Schritt aufgrund der Dauer des Verstosses anzupassen ist, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann[108].

191. Trotz der in der SVKG festgelegten Vorgehensweise handelt es sich bei der Sanktionsbemessung nicht um einen reinen Rechenvorgang, sondern um eine rechtliche und wirtschaftliche Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände.[109] Dabei wiederholt Art. 2 Abs. 2 SVKG ausdrücklich, dass das Prinzip der Verhältnismässigkeit zu beachten ist. Dies hat die WEKO bereits mehrfach anerkannt.[110]

B.6.2.2 Konkrete Sanktionsberechnung

192. Ausgangspunkt für die konkrete Sanktionsbemessung bildet gemäss der SVKG der Basisbetrag. Dieser beträgt je nach Schwere und Art 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). Dieser Betrag ist dann gemäss Art. 4 SVKG je nach Dauer des Verstosses zu erhöhen. Die Erhöhung beträgt bis zu 50 % bei einer Dauer des Wettbewerbsverstosses von 1–5 Jahren, danach erfolgt ein Zuschlag von 10 % für jedes weitere Jahr. Schliesslich sind erschwerende (Art. 5 SVKG) und mildernde (Art. 6 SVKG) Umstände zu berücksichtigen, wobei die SVKG darauf verzichtet festzulegen, in welchem Ausmass diese zu einer Erhöhung bzw. Minderung der Sanktion führen können.[111]

193. Aus der dargestellten Berechnungsweise wird deutlich, dass einerseits bei der Festsetzung des Basisbetrags und andererseits bei der Berücksichtigung von erschwerenden bzw. mildernden Umständen ein Ermessen der WEKO besteht (Verhältnismässigkeitsprinzip gemäss Art. 2 Abs. 2 SVKG). Zur Wahrung des Grundsatzes der Gleichbehandlung muss dargelegt werden, aufgrund welcher Elemente die konkrete Sanktion bemessen wird (Schwere des Verstosses nach Art. 49a Abs. 1 KG und 2 Abs. 1 SVKG und Umstände gemäss Art. 5 und 6 SVKG).[112]

194. Für die Bemessung des zu berücksichtigenden Sanktionsbetrages ist vorliegend von Bedeutung, dass die Abrede in casu über lange Zeit bestand (vgl. Rz 55), wobei für die Festlegung der Sanktion die Dauer ab dem 1. April 2004 relevant ist. Weiter liegen jedoch keine erschwerenden Umstände vor. Es bestehen insbesondere keine Indizien dafür, dass durch den Verstoss ein besonders hoher Gewinn erzielt wurde (Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG).

195. Bezüglich der mildernden Umstände gemäss Art. 6 SVKG ist schliesslich folgendes zu berücksichtigen:

[105] Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung, SVKG; SR 251.5).
[106] Vgl. BBl 2002 2037 f.
[107] Vgl. RPW 2007/2, S. 299, Rz 400, *Terminierung Mobilfunk*.
[108] Vgl. zum Ganzen die „Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung (SVKG)“ des Sekretariats der WEKO (im Folgenden: Erläuterungen SVKG), publ. auf der Website der WEKO (http://www.weko.admin.ch/imperia/md/ images/weko/33.pdf; besucht am 17. April 2008).
[109] Vgl. RPW 2006/4, S. 662, Rz 242, Flugh*afen Zürich AG (Unique) – Valet Parking* (mit Nw. zur vergleichbaren europäischen Praxis in Fn 267); RPW 2007/2, S. 235, Rz 320 *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*; RPW 2007/2, S. 299, Rz 401, *Terminierung Mobilfunk*. Dies stimmt auch mit der bisherigen Praxis des BVGer überein (vgl. BVGer, RPW 2007/4, S. 673 f., E. 4.3.3–E. 5, *Flughafen Zürich AG (Unique), Wettbewerbskommission (WEKO)*).
[110] Vgl. RPW 2008/3, S. 408 ff., *Publikation von Arzneimittelinformationen*; RPW 2009/2 156 ff, *Sécateurs et cisailles*.
[111] Vgl. RPW 2007/2 235 ff. *Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern*; RPW 2007/2 300 ff., *Terminierung Mobilfunk, und die Erläuterungen SVKG* (Fn. 108), S. 3.
[112] Vgl. RPW 2008/3 409, *Publikation von Arzneimittelinformationen*.

- Der Vorstand von IFPI Schweiz hat am 25. Mai 2011 beschlossen, die Praxis der Unterlassungserklärungen per sofort einzustellen. Gleichzeitig wurden die bis dahin unterzeichneten Unterlassungserklärungen für gegenstandslos erklärt.[113] Dieser Beschluss wurde danach allen Mitgliedern mitgeteilt zusammen mit der Empfehlung, die Teilnahme am Wettbewerbsverstoss einzustellen.
- IFPI Schweiz hat sich während dem gesamten Verfahren sehr kooperativ gezeigt und hat sich bereit erklärt, Lösungen für mehr Markttransparenz zu suchen.
- Verschiedene Mitglieder von IFPI Schweiz haben sich am 31. Mai 2011 spontan zu einer umfassenden Kooperation bereit erklärt.[114]
- Die Phononet AG hat die Wettbewerbsbehörde spontan auf die kartellrechtliche Problematik der Teilnehmerverträge hingewiesen und das entsprechende Informationsmaterial von sich aus zur Verfügung gestellt.
- Der Wille und die Bereitschaft der IFPI Schweiz und der Phononet AG zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung ist als kooperatives Verhalten zu würdigen.[115]

196. Aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips sowie der vorstehenden Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände sieht die einvernehmliche Regelung eine Verwaltungssanktion zu Lasten von IFPI Schweiz in der Höhe von CHF 3 Mio. bis CHF 3,5 Mio. vor. Die Möglichkeit, Parallelimporte tätigen zu können, wird gemäss Kartellgesetz[116] als besonders schutzwürdig angesehen. Weiter liegt in casu eine harte horizontale Abrede vor, welche praktisch eine gesamte Branche umfasst. Die WEKO schöpft daher den vorgesehenen Sanktionsrahmen voll aus und legt die Sanktion für IFPI Schweiz, stellvertretend für seine Mitglieder, auf CHF 3,5 Mio. fest.

197. Für die Phononet AG sieht die einvernehmliche Regelung eine Sanktion in der Höhe von CHF 10‘000.– bis CHF 20‘000.– vor. Aus den vorgenannten Gründen schöpft die WEKO den Sanktionsrahmen auch hier voll aus, die Sanktion für die Phononet AG wird auf CHF 20‘000.– festgelegt.

198. Mit den vorliegend festgelegten Sanktionen ist der gesetzlich vorgegebene Sanktionsrahmen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG gewahrt.

C Kosten

199. Nach Art. 2 Abs. 1 Gebührenverordnung KG[117] ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

200. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt oder wenn sich die Parteien unterziehen. Als Unterziehung gilt auch, wenn ein oder mehrere Unternehmen, welche aufgrund ihres möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ein Verfahren ausgelöst haben, das beanstandete Verhalten aufgeben und das Verfahren als gegenstandslos eingestellt wurde.[118] Vorliegend ist daher die Gebührenpflicht von IFPI Schweiz sowie Phononet zu bejahen.

201. Demgegenüber entfällt die Gebührenpflicht für Unternehmen, die ein Verfahren verursacht haben, sich die zu Beginn vorliegenden Anhaltspunkte jedoch nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird.[119] Gegen die Media Control wird das Verfahren ohne Folgen eingestellt, weshalb auch keine Kosten auferlegt werden.

202. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von CHF 100.– bis CHF 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).

203. IFPI Schweiz hat den Antrag gestellt, die Verfahrenskosten je danach aufzuschlüsseln, ob sie für die Untersuchung hinsichtlich Art. 5 Abs. 3 KG oder jener hinsichtlich Art. 7 KG entstanden sind. Eine solche Unterteilung ist in der Praxis nicht möglich, weshalb die WEKO diesen Antrag abweist. Des Weiteren sind die den Parteien auferlegten Kosten in Anbetracht des Verfahrens und des Entscheides der WEKO angemessen.

204. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz CHF 130.– bis CHF 290.–. Demnach beläuft sich die Gebühr auf CHF 91‘753.–. Die Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in der Gebühr nach Aufwand eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

205. Von den Verfahrenskosten von insgesamt CHF 91‘753.– werden CHF 89‘753.– IFPI Schweiz - stellvertretend für seine Mitglieder – und CHF 2‘000.– der Phononet AG auferlegt.

D Ergebnis

206. Die Abrede über die Unterlassung von Parallelimporten von Ton und/oder Tonbildträgern zwischen den Mitgliedern von IFPI Schweiz im Rahmen des Verbandes und unter Beihilfe der Phononet AG stellt einen Verstoss gegen Art. 5 Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 1 KG dar. Bezüglich der weiteren Verdachtselemente (angebliche Manipulation der „offiziellen Schweizer Hitparade“, Aufnahme in den Verein IFPI Schweiz und Missbräuche im Zusammenhang mit dem Musikbelieferungs- und Musikbewertungstool MPN) wird die Untersuchung gegen IFPI Schweiz, dessen Mitglieder, die Media Control AG und die Phononet AG eingestellt.

[113] Vgl. Akte Nr. 119, Beilage 2.
[114] Vgl. Akte Nr. 107-111 sowie 113-118.
[115] Vgl. RPW 2006/4 666, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*, Rz 271; RPW 2007/2 238, Rz 342, *TDC Switzerland AG (Sunrise)/Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG*.
[116] Vgl. RPW 2010/1, 112 Rz 359, Gaba; Verfügung Nikon AG vom 28. November 2011, Rz 562 sowie Verfügung BMW vom 7. Mai 2012, Rz 364 (beide einsehbar unter http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de).
[117] Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).
[118] Vgl. BGE 128 II 247, 257, E.6.1, (= RPW 2002/3 546 f. Rz 6.1.), *BKW FMB Energie AG* sowie Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG e contrario.
[119] Vgl. BGE 128 II 247, 257, E.6.1, (= RPW 2002/3 546 f. Rz 6.1.), *BKW FMB Energie AG* e contrario sowie Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c GebV-KG.

E Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission gemäss Art. 30 Abs. 1 KG:

1. Die nachfolgende einvernehmliche Regelung mit IFPI Schweiz betreffend den physischen Vertrieb von Ton- und Tonbildträgern (vgl. für den gesamten Text inklusive Vorbemerkungen Rz 171) wird genehmigt:

   „Die nachfolgenden Vereinbarungen beziehen sich auf den Bereich physischer Vertrieb von Ton- und Tonbildträgern. IFPI Schweiz sowie dessen Mitglieder verpflichten sich,

   1) von Neumitgliedern von IFPI Schweiz künftig keine Unterzeichnung einer Parallelimportverzichtserklärung zu verlangen;

   2) gegenüber sämtlichen Marktteilnehmern, welche im Bereich Vertrieb, Vermarktung, Herstellung, Promotion und/oder Verkauf von Ton- und/oder Tonbildträgern tätig sind (so z.B. Labels, Vertriebe, Aggregatoren, Händler etc.), nicht in kartellrechtswidriger Weise Parallelimporte von physischen Ton- und/oder Tonbildträgern zu erschweren oder zu unterbinden; vorbehalten bleibt die Bekämpfung von Produkten, die gegen geltendes Schweizer Recht verstossen (insbesondere von Piraterieprodukten).“

2. IFPI Schweiz – stellvertretend für seine Mitglieder – wird gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. c i.V.m. Abs. 1 sowie Art. 49a KG mit einem Betrag von CHF 3‘500‘000.– belastet.

3. Die nachfolgende einvernehmliche Regelung mit der Phononet AG betreffend den physischen Vertrieb von Ton- und Tonbildträgern (vgl. für den gesamten Text inklusive Vorbemerkungen Rz 171) wird genehmigt:

   „Die nachfolgenden Vereinbarungen beziehen sich auf den Bereich physischer Vertrieb von Ton- und Tonbildträgern. PhonoNet verpflichtet sich, künftig weder Verpflichtungen zur Unterlassung von Parallelimporten gegenüber Industrieteilnehmern oder Handelsteilnehmern am PhonoNet-System oder ähnliche Ausführungen in ihre Verträge aufzunehmen noch in kartellrechtswidriger Weise Parallelimporte zu erschweren oder zu unterbinden; vorbehalten bleibt die Bekämpfung von Produkten, die gegen geltendes Schweizer Recht verstossen (insbesondere von Piraterieprodukten)."

4. Die Phononet AG wird gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. c i.V.m. Abs. 1 sowie Art. 49a KG mit einem Betrag von CHF 20‘000.– belastet.

5. Im Übrigen wird das Verfahren gegen IFPI-Schweiz, dessen Mitglieder, die Phononet AG und die Media Control AG eingestellt.

6. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Art. 50 bzw. 54 KG belegt werden.

7. Von den Verfahrenskosten von insgesamt CHF 91‘753.–, werden
   - CHF 89‘753.– IFPI Schweiz - stellvertretend für seine Mitglieder - auferlegt;
   - CHF 2‘000.– der Phononet AG auferlegt.

8. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
   - IFPI Schweiz, vertreten durch Dr. Franz Hoffet und/oder Andrea Sigl, Homburger AG, Prime Tower, Hardstrasse 201, 8005 Zürich
   - Mitglieder von IFPI Schweiz, alle vertreten durch IFPI Schweiz, Kraftstrasse 30, 8044 Zürich (Liste der Mitglieder im Anhang)
   - Media Control AG, vertreten durch Klaus Neff, Vischer AG, Schützengasse 1, Postfach 1230, 8021 Zürich
   - Phononet AG, vertreten durch Dr. Marcel Meinhardt und Dr. Astrid Waser, Lenz & Staehelin Rechtsanwälte, Bleicherweg 58, 8027 Zürich

[Rechtsmittelbelehrung]

Anhang

Mitglieder von IFPI Schweiz

BRAMBUS RECORDS + VERLAG AG, in Mühlehorn

CLAVES RECORDS SA, in Pully

DISQUES VDE-GALLO, in Denezy

DIVOX AG, in Itingen

EMI Music Switzerland AG, inZürich

Gadget Records AG, in Zürich

GOLD RECORDS, in Horgen

G. records c/o Gotthard Music GmbH, in Hildisrieden

GRÜEZI MUSIC AG, in Altendorf

HAT HUT RECORDS LTD., in Basel

HIPPO RECORDS (Frank Valdor), in Walchwil

K-TEL International (Switzerland) AG, in Rotkreuz

harmonia mundi MUSICORA AG, in Baar

MUSIKVERTRIEB AG, in Zürich

NATION MUSIC GmbH, in Aarau

PDU, Edizioni Discografiche e Musicali SA, in Lugano

PHONAG RECORDS AG, in Glattbrugg

PICK-RECORDS / Edition Melodie GmbH, in Zürich

READER'S DIGEST AG, in Zürich

SONY MUSIC ENTERTAINMENT (SWITZERLAND) GmbH, in Zürich

SOUND SERVICE WIGRA AG, in Gümligen

STAR PRODUCTIONS GmbH, in Waldstatt

TBA AG, in Glattbrugg

TCB MUSIC SA, in Montreux

TONSTUDIO AMOS AG, in Bretzwil

TUDOR RECORDING AG, in Zürich

TURICAPHON AG, in Riedikon

UNIVERSAL MUSIC GmbH, in Zürich

VITEKA MUSIC / EXIT RECORDS, in Wangen

WARNER MUSIC SWITZERLAND AG, in Zürich

ZYX MUSIC AG, in Rotkreuz

B 2	**3. Unternehmenszusammenschlüsse** Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	**1. BKW FMB Energie AG/Groupe E SA/CC Energie SA**

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 28. Juli 2011

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 28. Juli 2011

A Sachverhalt

1. Am 11. Juli 2011 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission die Meldung über das Zusammenschlussvorhaben BKW FMB Energie AG/Groupe E SA/CC Energie SA erhalten. Dabei geht es um eine Erweiterung der Geschäftstätigkeit der CC Energie SA (nachfolgend CC), deren Gründung bereits Gegenstand eines Zusammenschlusskontrollverfahrens der Wettbewerbskommission (nachfolgend WEKO) war.

2. CC erbringt bisher Dienstleistungen im Bereich der Kundenbetreuung (Customer Relation Management; nachfolgend CRM) und der EDV-Betreuung (Applikationsmanagement). Gemäss Meldung betätigt sich CC dabei als Ansprechstelle für Haushalts- und KMU-Kunden von Energieversorgungsunternehmen und bearbeitet deren Kundenanfragen. Zu den von CC angebotenen Leistungen des CRM gehören unter anderem das Kundenkontaktmanagement (Kundenkontakt bei Störungen, Beschwerden, Fragen über Tarife und Produkte, Abrechnungsberatung- und Information), das Inkasso- und Debitorenmanagement sowie das Kundendatenmanagement (z.B. Datenerfassung bei Wohnungswechsel, bei neuer Produktwahl etc.). Unter Applikationsmanagement ist die Systembetreuung (Software) im Rahmen der zu erbringenden CRM-Leistungen zu verstehen. Das Applikationsmanagement ist eng mit dem CRM verknüpft und in dem Sinne keine eigenständige Dienstleistung. Für gewisse Kundensupportleistungen (z.B. Datenmanagement) bildet ein entsprechendes Applikationsmanagement die Voraussetzung.

3. BKW ist ein internationales Energieunternehmen mit Hauptsitz in Bern. Die Mehrheit des Aktienkapitals ist im Besitz des Kantons Bern (52,65 %). Weitere Aktionäre sind die Groupe E mit 10 %, E.ON Energie AG mit 7,03 % und die BKW selbst besitzt 9,99 %. Die restlichen Aktien verteilen sich auf institutionelle und private Anleger. Seit 2003 ist BKW an der Schweizer Börse SIX kotiert. BKW besteht aus zahlreichen Konzerngesellschaften in der Schweiz, in Deutschland, in Italien und in Österreich. Sie verfügt über diverse Stromproduktionseinrichtungen in den Bereichen Kernkraft, Wasserkraft, Sonne und Wind. Zur Übertragung des Stroms sind Übertragungseinrichtungen im Hoch- und Höchstspannungsbereich in deren Besitz. Diesbezüglich sind in ihren angestammten Gebieten auch Verteilnetze zur Stromversorgung vorhanden.

4. Groupe E ist ein national tätiges Energieunternehmen mit Hauptsitz in Freiburg. Dabei besitzt der Kanton Freiburg 78,54 % und BKW 10 % der Aktien. Die restlichen Aktien werden vom Kanton Neuenburg, der Neuenburger Kantonalbank sowie Gemeinden und Privaten gehalten. Auch die Groupe E hält diverse Beteiligungen an verschiedenen Unternehmen. Sie verfügt hauptsächlich über Wasserkraftwerke zur Produktion von Strom und verteilt diesen über Übertragungseinrichtungen im Hoch- und Höchstspannungsbereich. Ebenso verfügt sie in ihren angestammten Gebieten über Verteilnetze, um Stromversorgungsaufgaben wahrzunehmen.

5. Als Unternehmenszusammenschluss gilt: a. die Fusion von zwei oder mehr bisher voneinander unabhängigen Unternehmen; b. jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen (Art. 4 Abs. 3 KG).

6. Entsprechend dem Ergebnis des Zusammenschlusskontrollverfahrens anlässlich der Gründung der CC handelt es sich bei dieser um ein Gemeinschaftsunternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG. Allerdings ist festzustellen, dass zum damaligen Zeitpunkt nur die BKW und die Groupe E (bzw. deren Rechtsvorgängerin Entreprises électriques fribourgeoises, EEF) Aktionäre der CC waren. Gemäss Meldung soll neu die Youtility SA (nachfolgend Youtility) als Aktionärin von CC hinzutreten, verbunden mit einer neuen Zusammensetzung des Verwaltungsrats.

7. Gemeinsame Kontrolle besteht, wenn zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Möglichkeit haben, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens auszuüben.[1] Gemeinsame Kontrolle liegt somit vor, wenn die kontrollierenden Unternehmen strategische geschäftspolitische Entscheidungen, d.h. Entscheidungen über Budget, Geschäftsplan,

[1] MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 3 N 223.

grössere Investitionen und die Besetzung der Unternehmensleitung gemeinsam treffen, wobei nicht unbedingt eine einstimmige Beschlussfassung für alle diese Rechte gleichzeitig bestehen muss.[2]

8. Zusammengefasst bedürfen vorliegend insbesondere folgende Beschlüsse der Zustimmung sowohl der BKW als auch der Groupe E: Änderung des Gesellschaftszweckes, Aufnahme von Kunden, die weder zum Kreis der Vertriebspartner der Groupe E und der BKW gehören noch Aktionäre der Youtility sind, Verlegung von Betriebsstandorten sowie Änderungen des Geschäftsmodells. Damit verfügen sowohl die BKW als auch die Groupe E über Vetorechte gegen Entscheidungen, welche für das strategische Wirtschaftsverhalten des Gemeinschaftsunternehmens wesentlich sind[3]. Für den vorliegenden Zusammenschluss ist daher wie bisher von einer gemeinsamen Kontrolle von BKW und Groupe E über CC auszugehen. An den Kontrollverhältnissen ändert der vorliegende Zusammenschluss somit nichts.

9. In Anlehnung an die Praxis der EU-Kommission[4] liegt ein Zusammenschluss auch vor, wenn die Muttergesellschaften eines bestehenden Gemeinschaftsunternehmens erhebliche zusätzliche Vermögenswerte, Verträge, zusätzliches Know-how, oder andere Rechte auf das Gemeinschaftsunternehmen übertragen.[5] Dabei ist erforderlich, dass diese Vermögenswerte und Rechte die Grundlage oder den Kern für eine Ausdehnung der Geschäftstätigkeit auf andere sachliche oder räumliche Märkte bilden, die nicht Ziel des ursprünglichen Gemeinschaftsunternehmens waren. Das Gemeinschaftsunternehmen muss solche Tätigkeiten zudem als Vollfunktionsunternehmen[6] durchführen.[7]

10. Gemäss Meldung werden durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben die Marke „1to1 energy“ sowie die bestehenden „1to1 energy“ Produkterechte an CC übertragen und neu unter die gemeinsame Kontrolle von BKW und Groupe E gestellt. Damit einhergehend wird CC mit der Führung der Marke „1to1 energy“ und der Produktentwicklung im Retailsegment betraut, was die Geschäftstätigkeit der CC als Dienstleistungsgesellschaft entsprechend erweitert. Die Übertragung der Marke „1to1 energy“ und der bestehenden „1to1 energy“ Produkterechte an CC stellt ein Einbringen von erheblichen Vermögenswerten dar. Diese Einbringung ist sodann Grundlage für eine Erweiterung der Geschäftstätigkeit der CC, welche diese als Vollfunktionsunternehmen durchführt.

11. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der WEKO zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss: a. die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielten; und b. mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG; SR 251]). Diese Schwellenwerte sind vorliegend erreicht.

12. Zu prüfen ist, ob das Vertragswerk der Parteien, konkret der Aktionärbindungsvertrag, Wettbewerbsabreden enthält, die mit dem Vorhaben bzw. dem Gemeinschaftsunternehmen nicht unmittelbar verbunden sind und/oder für sein Funktionieren nicht notwendig sind. Abreden, die die kumulativen Bedingungen der Notwendigkeit und des unmittelbaren Zusammenhangs erfüllen, sind als Nebenabreden zu bezeichnen.[8] Abreden, welche die genannten Bedingungen nicht erfüllen und somit keine Nebenabreden in diesem Sinne darstellen, erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Kommissionsentscheid.[9] Sie bedürfen einer separaten Prüfung gemäss Art. 5 KG im Rahmen der entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahren.

13. Wettbewerbsverbote im Verhältnis der Gründerunternehmen zu einem Gemeinschaftsunternehmen können als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig angesehen werden, wenn sich diese Verpflichtungen auf die Waren, Dienstleistungen und Gebiete beziehen, die in der betreffenden Gründungsvereinbarung vorgesehen sind.[10]

14. Vorweg ist fraglich, was unter dem Begriff „Gründerunternehmen“ gemäss Ziff. 36 EU-Bekanntmachung zu verstehen ist. Wenn darunter nur die beteiligten Unternehmen im Sinne von Art. 3 VKU fallen, würde das in Ziff. 13 zur Gründung von Gemeinschaftsunternehmen Erwähnte vorliegend für Youtility nicht gelten. Die Frage kann aber vorliegend offen gelassen werden, da Youtility vorliegend auch als Veräusserin eines Unternehmensteils anzusehen ist und damit das vorliegende Wettbewerbsverbot unter dem Aspekt der Übertragung eines Unternehmensteils[11] zu prüfen wäre. Das zulässige zeitliche Mass für Konkurrenzverbote beträgt in diesem Fall drei Jahre, wenn mit dem Unternehmen sowohl der Geschäftswert als auch das Know-how, beziehungsweise zwei Jahre, wenn nur der Geschäftswert übertragen wird.[12] Nachdem Youtility sowohl Geschäftswerte als auch Know-how überträgt und nur bis Ende

[2] RPW 2008/2, 275 Rz 16, *Sony Ericsson/Motorola*.
[3] Vgl. auch zitierte Praxis in BSK KG-MANI REINERT (Fn 1), Art. 4 Abs. 3 N 264 ff.
[4] Vgl. Berichtigung der Konsolidierten Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (Amtsblatt der Europäischen Union C 43/10 vom 21.2.2009); nachfolgend: EU-Mitteilung.
[5] BSK KG-MANI REINERT (Fn 1), Art. 4 Abs. 3 N 394.
[6] Vgl. zum Begriff des Vollfunktionsunternehmens: RPW 2009/4, 389 f. Rz 105, *Post/NZZ/Tamedia*.
[7] Vgl. N 107 EU-Mitteilung; BSK KG-MANI REINERT (Fn 1), Art. 4 Abs. 3 N 395 f.
[8] Vgl. MICHAEL LEUPOLD, Sind Konkurrenzverbote Wettbewerbsabreden im Sinne des Kartellgesetzes?, SZW 3/99, S. 150; ANDRAS PALASTHY, Droit des cartels, clause de non-concurrence et restrictions accessoires: une jurisprudence critiquable, in Bull. CEDIDAC n° 31, Juni 1999, p. 1.
[9] Vgl. PHILIPP ZURKINDEN, Gründung von Gemeinschaftsunternehmen in der Schweiz und das neue schweizerische Kartellgesetz, 1999, S. 157 f.
[10] Vgl. Ziff. 36 der Bekanntmachung der EU-Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind (Amtsblatt der Europäischen Union C 56/24 vom 5.3.2005); nachfolgend EU-Bekanntmachung.
[11] Vgl. dazu BSK KG-MANI REINERT (Fn 1), Art. 4 Abs. 3 N 10 ff.
[12] RPW 2010/3, 505 Rz 65, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

2014 an das Konkurrenzverbot gebunden ist, erweist sich das Wettbewerbsverbot ungeachtet der Qualifikation von Youtility als Gründungsunternehmen in zeitlicher Hinsicht als gerechtfertigt.

15. Die fraglichen Wettbewerbsverbote von BKW und Groupe E sind mit dem zu beurteilenden Zusammenschluss unmittelbar verbunden. Eine explizite Einschränkung des räumlichen Geltungsbereichs der Abreden liegt nicht vor. Gemäss Einleitung zur Gründungsvereinbarung wurde insbesondere die Marke «1to1 energy» bereits heute schweizweit bewirtschaftet. Entsprechend kann auf eine örtliche Einschränkung verzichtet werden, zumal das Konkurrenzverbot höchstens in Bezug auf das Ausland problematisch sein könnte. Diesfalls sind aber keine Auswirkungen auf die Schweiz im Sinne von Art. 2 Abs. 2 KG zu erwarten.

16. Das Wettbewerbsverbot ist in sachlicher Hinsicht nicht explizit eingegrenzt. Die Parteien verpflichten sich, die CC weder direkt noch indirekt zu konkurrenzieren. Sowohl in der Einleitung des Aktionärbindungsvertrages als auch in der Einleitung zur Gründungsvereinbarung ist indes das geplante Geschäftsfeld näher umschrieben. Die vorgesehenen Wettbewerbsverbote zugunsten des Gemeinschaftsunternehmens fallen unter das Konzentrationsprivileg, allerdings nur soweit sie sich auf das heute geplante Geschäftsfeld der CC beziehen.

17. Hinsichtlich Abreden über Bezugs- und Lieferpflichten in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen verweist die EU-Bekanntmachung auf die Grundsätze, die bei der Übertragung von Unternehmen Anwendung finden, sofern die Gründerunternehmen in einem dem Markt des Gemeinschaftsunternehmens vor- oder nachgelagerten Markt tätig bleiben.[13] Bezugs- und Lieferpflichten, mit denen sichergestellt werden soll, dass die zuvor bereitgestellten Mengen weiter geliefert werden, können für eine Übergangszeit bis zu fünf Jahren gerechtfertigt sein.[14]

18. In casu verpflichten sich die Aktionäre der CC, ihren gesamten Bedarf an Basisleistungen, die bei der CC zur Verfügung stehen, durch Bezug bei dieser zu decken. CC verpflichtet sich im Gegenzug, diese Leistungen zu konkurrenzfähigen Konditionen anzubieten. Gemäss Begleitschreiben vom 8. Juli 2011 zur Meldung sind die Vertragsparteien derzeit daran, die Dauer dieser Bezugs- und Lieferpflicht auf 5 Jahre zu beschränken. Es ist festzuhalten, dass die vorliegende Bezugs- und Lieferfrist für eine Dauer von maximal 5 Jahren als zulässige Nebenabrede qualifiziert werden kann.

19. Eine explizite Begrenzung der Bezugs- und Liefermengen, wie in Ziff. 34 der EU-Bekanntmachung verlangt, liegt nicht vor. Aus dem Aktionärbindungsvertrag geht hervor, dass die Aktionäre ihren Bedarf an Basisdienstleistungen bei der CC zu decken haben. Die vorliegenden Bezugs- und Lieferpflichten fallen unter das Konzentrationsprivileg, jedoch nur in demjenigen Umfang, wie die nun neu durch CC zu erbringenden Dienstleistungen zuvor durch BKW und Groupe E innerhalb ihrer Wirtschaftseinheit selbst bereitgestellt bzw. bezogen wurden.

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

21. Als relevante Märkte kommen vorliegend Märkte im Elektrizitätsbereich[15] sowie Märkte im Bereich IT Services[16] in Frage. CC wird gemäss Meldung in keinem der im Elektrizitätsbereich abgegrenzten Märkte aktiv werden. In der Meldung werden die erweiterten Dienstleistungen von CC dem Markt für Business Management Services zugeordnet. Welchem Markt der vorliegende Zusammenschluss letztendlich tatsächlich zuzuordnen ist, kann offen bleiben, da selbst bei der räumlich kleinst möglichen Abgrenzung der in Frage kommenden Märkte kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d KG vorliegt.

22. Es bestehen insgesamt 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.

[13] Ziff. 44 EU-Bekanntmachung.
[14] Vgl. Ziff. 33 EU-Bekanntmachung.
[15] Vgl. dazu RPW 2008/1, 121 f. Rz 14, *RE Comm SA/Services Industriels de Lausanne*; RPW 2006/3, 483 ff. Rz 64 ff., *Atel – EOSH-Aktiven*.
[16] Vgl. RPW 2002/4, 632 f. Rz 16 ff., *IBM/PwC Consulting*; RPW 2009/2, 159 ff., *Hewlett-Packard Company/Electronic Data Systems Corporation*.

B 2.3	2. Migros/Galaxus

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 18. Juli 2012

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 17. Juli 2012

A Sachverhalt

1. Am 18. Juni 2012 hat die Wettbewerbskommission (Weko) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt der Migros-Genossenschaftsbund (nachfolgend: MGB) die Übernahme der Galaxus AG (nachfolgend G AG).

2. Der MGB ist hauptsächlich im Detailhandel (Food / Near Food / Non Food) tätig. Zum MGB gehören auch die Globus-Gruppe und Denner. Daneben verfügt der MGB mit den Migros-Industrien über eigene Produktionsbetriebe und ist unter anderem auch in den Bereichen Grosshandel (Scana, CCA), Freizeit und Wellness, sowie Bankgeschäfte (Migros Bank), Treibstoffen und Erdöl (Migrol) sowie Reisen (Hotelplan) tätig.

3. G AG ist eine Holding mit den beiden 100-prozentigen Tochtergesellschaften Galaxus (Schweiz) AG (nachfolgend Galaxus) und digitec AG (nachfolgend digitec). Galaxus, seit 2010 tätig, ist eine reine Internet-Händlerin mit Produkten aus den Bereichen Haushalt, Do it und Garden, Spielwaren und Digital. digitec ist ebenfalls eine Internet-Händlerin in den Bereichen Computer, Unterhaltungselektronik und Kommunikation. Über ihre Seite www.digitec.ch vertreibt sie Produkte aus den Bereichen Computer, Unterhaltungselektronik und Kommunikation. Zudem verfügt sie über sieben Läden (Verkaufsflächen ca. 200–300 m2), in denen sich Kunden beraten lassen können und/oder bestellte Produkte abholen können.

4. […] ist Gründer der drei Gesellschaften der Galaxus-Gruppe und Verwaltungsratspräsident der Galaxus AG und der digitec AG sowie Mitglied des Verwaltungsrats der Galaxus (Schweiz AG). […] ist Gründer der drei Gesellschaften der Galaxus-Gruppe und Verwaltungsratspräsident der Galaxus (Schweiz) AG, Vizepräsident des Verwaltungsrates der Galaxus AG sowie Mitglied des Verwaltungsrats der digitec AG. […] ist Gründer der drei Gesellschaften der Galaxus-Gruppe und Vizepräsident des Verwaltungsrates der Galaxus (Schweiz) AG sowie, Mitglied des Verwaltungsrats der Galaxus AG und der digitec AG. […].

5. Mit dem Zusammenschlussvorhaben erhofft sich der MGB die Optimierung und Ausbau des Online-Handels der Migros-Gruppe, während die Verkäufer erwarten, insbesondere beim Einkauf und der Logistik Synergien und Effizienzgewinne erzielen zu können.

6. Am 28. Juni 2012 wurden Fragebögen an 10 Konkurrenten der Zusammenschlussparteien versandt, von welchen 9 mit einem ausgefüllten Fragebogen antworteten.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

B.1.1 Unternehmen

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

9. Nachfolgend wird festgestellt, dass neu eine gemeinsame Kontrolle durch den MGB und die Gründer besteht. Am vorliegenden Zusammenschluss sind daher natürliche Personen involviert, […]. Es stellt sich daher die Frage, ob sie als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes anzusehen sind und insbesondere als beteiligte Unternehmen nach Art. 3 VKU[2]. Als beteiligte Unternehmen im Sinne der VKU gelten gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU bei der Erlangung der Kontrolle die kontrollierenden und die kontrollierten Unternehmen.

10. Wie Art. 2 Abs. 1bis KG klar bestimmt, ist die Rechts- oder Organisationsform unerheblich für die Unternehmensqualität. Natürliche Personen können daher Unternehmen sein, sofern sie als Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess beteiligt sind.

11. Aufgrund der Angaben in den Verträgen, welche der Meldung beiliegen, halten vor der Transaktion [die drei Verkäufer] je 33 1/3 % der Aktien der G AG. Es ist jedoch nicht bekannt, ob aufgrund von Verträgen für gewisse Aktionäre spezifische Kontrollrechte bestehen, welche Grundlage einer alleinigen oder gemeinsamen Kontrolle wären. Gemäss der Meldung handelt es sich bei der G AG heute um eine – im kartellrechtlichen Sinne – nicht kontrollierte Gesellschaft.

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

12. In der EU liegt kein Zusammenschluss vor, wenn die die Kontrolle erwerbenden (natürlichen) Personen[3] nicht bereits mindestens ein Unternehmen kontrollieren.[4] Es ist nur von einer „kontrolle erlangenden Person“ auszugehen, wenn diese Personen weitere wirtschaftliche Tätigkeiten für eigene Rechnung durchführen[5] oder noch mindestens ein weiteres Unternehmen kontrollieren.[6] D. h. in der EU muss sich die Tätigkeit auf eine andere wirtschaftliche Tätigkeit bzw. die Kontrolle auf eine andere Einheit als die Gegenstand der Transaktion bildende beziehen.

13. In der Schweiz besteht kein ähnlicher Passus im KG oder der VKU. Es scheint dabei auch eine von der EU-Praxis abweichende „Praxis2 zu bestehen. Zu erwähnen ist insbesondere der Entscheid Credit Suisse Groupe – Belcom Holding, in dem Herr Schawinski aufgrund einer Mehrheitsbeteiligung ebenfalls als Unternehmen qualifiziert wurde.[7] Bei der Mehrheitsbeteiligung scheint es sich um seine Beteiligung an der Belcom gehandelt zu haben, welche er nach der Transaktion mit der CSG gemeinsam kontrollierte. Im Fall Rätia Energie AG hat die Weko lediglich festgestellt, dass eine natürliche oder juristische Person, die selbst nicht die Unternehmenseigenschaft innehat, aber ein oder mehrere Unternehmen kontrolliert, für die Zwecke der Zusammenschlusskontrolle einem Unternehmen gleichzustellen ist.[8] Die vorliegend interessierende Frage, ob eine natürliche Person noch eine andere wirtschaftliche Tätigkeit ausüben oder ein anderes Unternehmen kontrollieren muss, ist daher nicht völlig klar. Nicht geklärt ist auch, ob den Personen schon vor dem in Frage stehenden Zusammenschluss Unternehmensqualität zukommen muss oder nicht.

14. Im Fall Tamedia/doodle hat die WEKO festgehalten, dass natürlichen Personen zumindest im Hinblick auf die Zusammenschlusskontrolle Unternehmensqualität zukommt.[9] Auch vorliegend wird daher davon ausgegangen, dass durch den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle über die G AG den [Verkäufern] Unternehmensqualität zukommt. Die genannten Personen und Unternehmen sind somit als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

15. Gemäss Art. 4 Abs. 3 KG gilt als Unternehmenszusammenschluss die Fusion von zwei oder mehr bisher voneinander unabhängigen Unternehmen oder 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.

16. Nach Art. 1 VKU erlangt ein Unternehmen im Sinne von Artikel 4 Abs. 3 Bst. b KG die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen, wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des andern Unternehmens auszuüben. Mittel zur Kontrolle können, einzeln oder in Kombination, insbesondere Eigentums- oder Nutzungsrechte an der Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens des Unternehmens sein, oder Rechte oder Verträge, die einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratungen oder Beschlüsse der Organe des Unternehmens gewähren.

17. Aufgrund der vorgesehenen Abläufe im Aktienkaufvertrag zwischen [den Verkäufern] und dem MGB vom 4. Juni 2012 (im Folgenden: Aktienkaufvertrag)[10] und v. a. dem zusätzlich abgeschlossenen Aktionärbindungsvertrags zwischen [den Verkäufern] und dem MGB (im Folgenden: Aktionärbindungsvertrag; ABV[11]) können zwei Phasen unterschieden werden. In einer ersten Phase übernimmt der MGB von den Verkäufern Aktien im Umfang von 30 % […]. [Ab einem gewissen Zeitpunkt] bestehen sodann für den Käufer resp. für die Verkäufer Optionen, weitere Aktien zu kaufen resp. zu verkaufen, wodurch der MGB Mehrheitsaktionär wird.

B.1.2.1 Ausgestaltung des Aktienkauf- und Aktionärbindungsvertrags

18. Der MGB erwirbt mit Aktienkaufvertrag vom 4. Juni 2012 zunächst 30 % der Aktien der G AG von den Verkäufern. Die restlichen Aktien verbleiben in dieser ersten Phase [bei den drei Verkäufern]. Gemäss Meldung erwirbt der MGB bereits zu diesem Zeitpunkt die alleinige Kontrolle, da ihm Kontrollrechte eingeräumt würden und sich die Verkäufer nicht verpflichtet hätten, gemeinsam zu stimmen.

19. Die Generalversammlung entscheidet gemäss Art. 8 der Statuten über die in Art. 698 Abs. 2 OR[12] vorgesehenen Gegenstände. Gemäss Art. 13 der Statuten fasst sie ihre Beschlüsse und vollzieht ihre Wahlen mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen. Dem Vorsitzenden steht kein Stichentscheid zu. Für gewisse Beschlüsse sind 81 % der Stimmen notwendig, wozu neben der Änderung der Statuten im Wesentlichen die Beschlüsse gemäss Art. 704 OR gehören.

20. [Die Regelungen betreffend Vertretung und Beschlussfassung im Verwaltungsrat sind so ausgestaltet, dass der MGB Entscheide im Verwaltungsrat blockieren kann.] Gewisse Geschäfte der neben der G AG übrigen existierenden Gruppengesellschaften bedürfen dabei der Zustimmung durch einen Verwaltungsrat, der durch den MGB bestimmt wurde.

21. Im ABV sind zudem weitere Bestimmungen bezüglich Aktienübertragung enthalten. […]

---

[3] Gemeint sind hier nur Personen ohne Unternehmenseigenschaft, d. h. ohne eigene wirtschaftliche Aktivität.
[4] Art. 3 Abs. 1 Bst. b der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen („EG-Fusionskontrollverordnung“).
[5] In diesem Fall gelten die Personen wohl als Unternehmen.
[6] Ziff. 12 der konsolidierten Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (im Folgenden: EU-Zuständigkeitsmitteilung).
[7] RPW 1999/3, 501 f., *Einheiten der Credit Suisse Group – Belcom Holding AG*: Aufgrund der Aktienmehrheit hatte Herr Schawinski vermutlich die Kontrolle über die Gegenstand der Transaktion bildende Belcom Holding inne.
[8] RPW 2000/2, 237 Rz 11, *Rätia Energie AG*.
[9] RPW 2011/3, 417 Rz 4 ff., *Tamedia/doodle AG*.
[10] Beilage 6 zur Meldung.
[11] Beilage 7 zur Meldung.
[12] Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (Obligationenrecht, OR; SR 220).

B.1.2.2 Kontrollerwerb durch den MGB

22. In der Generalversammlung werden Beschlüsse abgesehen von gewissen Quoren mit der absoluten Mehrheit der Stimmen gefasst. Es sind daher grundsätzlich wechselnde Koalitionen möglich, insbesondere kann der MGB durch die anderen drei Aktionäre überstimmt werden. Für gewisse Beschlüsse ist zwar die Zustimmung des MGB nötig (insbesondere Beschlüsse gemäss Art. 704 Abs. 1 OR und über Statutenänderungen). Diese Beschlüsse verleihen jedoch grundsätzlich keine Kontrolle.[13]

23. […] und die im ABV vorgesehenen Regeln über die Beschlussfassung geben dem MGB aber die Möglichkeit, praktisch sämtliche wichtigen strategischen Entscheide zu blockieren. Dies erlaubt dem MGB, einen bestimmenden Einfluss über die G AG auszuüben. Der MGB erwirbt daher die Kontrolle über die G AG im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 1 Bst. b VKU.

B.1.2.3 Alleinige oder gemeinsame Kontrolle?

24. Nachfolgend ist zu prüfen, ob es sich um eine alleinige Kontrolle des MGB handelt, oder ob die übrigen Aktionäre – d.h. […] – ebenfalls über Kontrollmöglichkeiten an der G AG verfügen. Im Falle einer gemeinsamen Kontrolle würde es sich bei der G AG um ein Gemeinschaftsunternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU handeln, sofern die Kriterien eines Vollfunktionsunternehmen erfüllt sind. Dies ist vorliegend der Fall.

25. Gemeinsame Kontrolle besteht, wenn zwei oder mehr Unternehmen die Möglichkeit haben, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens auszuüben, indem wichtige strategische Entscheide durch die Mutterunternehmen blockiert werden können.[14] Dies ist möglich aufgrund gleicher Stimmrechte bzw. gleicher Besetzung der Entscheidgremien, Vetorechten bezüglich strategischer Entscheide, gemeinsamer Ausübung der Stimmrechte oder auch einer faktischen gemeinsamen Kontrolle.

26. Der erste Fall ist zugeschnitten auf Gemeinschaftsunternehmen zweier Muttergesellschaften mit gleichen Stimmrechten. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor.

27. Weiter ist festzustellen, dass die [Aktionäre als Gründer] keine Vetorechte besitzen. Die zweite Möglichkeit zur Annahme gemeinsamer Kontrolle ist damit ebenfalls nicht gegeben.

28. Weiter können Unternehmen mit Minderheitsbeteiligungen auch ohne die Gewährung von Vetorechten eine gemeinsame Kontrolle innehaben, indem sie gemeinsam eine Stimmenmehrheit haben und bei der Ausübung der Stimmrechte gemeinsam handeln.[15] Die einheitliche Stimmrechtsausübung lässt sich dabei durch eine Stimmbindungsvereinbarung oder über eine gemeinsam kontrollierte Holdinggesellschaft erreichen. Im vorliegenden Fall besteht laut Meldung keine Stimmbindungsvereinbarung. Ebensowenig besteht vorliegend eine gemeinsam kontrollierte Holdinggesellschaft bzw. eine andere übergeordnete Einheit zur rechtlichen Durchsetzung eines abgestimmten Abstimmungsverhaltens. Die dritte Möglichkeit zur Begründung gemeinsamer Kontrolle scheidet daher ebenfalls aus.

29. Auf vertragsrechtlicher Basis besteht daher soweit ersichtlich keine gemeinsame Kontrolle durch die Gründer zusammen mit dem MGB.

B.1.2.4 Faktische gemeinsame Kontrolle

30. Zu prüfen bleibt folglich eine faktische gemeinsame Kontrolle, indem starke gemeinsame Interessen der [Gründer als Aktionäre] bewirken, dass sie bei der Ausübung ihrer Stimmrechte in dem Gemeinschaftsunternehmen nicht gegeneinander handeln.[16]

31. Solche gemeinsame Interessen können vorrangig aus einem hohen Grad gegenseitiger Abhängigkeit der Mutterunternehmen bei der Verwirklichung der strategischen Ziele bestehen, wenn jedes Mutterunternehmen lebenswichtige Leistungen für das Gemeinschaftsunternehmen erbringt.[17] Die Abhängigkeit kann auch zwischen einem Mehrheitsgesellschafter und einem Minderheitsgesellschafter bestehen.[18]

32. Gemeinsame Interessen sind vorliegend sowohl im Verhältnis der Gründer untereinander (abgestimmtes Stimmverhalten ermöglicht die Blockierung von Entscheiden) als auch im Verhältnis des MGB zu den Gründern relevant.

Stimmenmehrheit

33. In der Generalversammlung kommen die Gründer, sofern sie ihr Stimmverhalten koordinieren, auf 70 % der Stimmen, im Vergleich zu 30 % des MGB. Die Gründer können also bereits einfache Entscheide zu Gunsten des MGB verhindern. Zudem können sie Entscheide, für welche eine Mehrheit von 81 % erforderlich ist, blockieren. Sofern die Gründer ihr Stimmverhalten in der Generalversammlung koordinieren, können sie auch mit absolutem Mehr der Stimmen zu fällende Beschlüsse durchsetzen oder verhindern.

34. Im Verwaltungsrat werden Entscheide durch die Zustimmung der Mehrheit der anwesenden Mitglieder des Verwaltungsrates gefällt, ohne Stichentscheid des Vorsitzenden. […] Falls die Gründer ihr Stimmverhalten im Verwaltungsrat koordinieren, haben sie die Möglichkeit, strategische Entscheide zu blockieren.

Starke gemeinsame Interessen der Gründer

35. Es ist nachfolgend zu untersuchen, ob gleichgerichtete Interessen unter den Gründern vorliegen, sodass davon ausgegangen werden kann, dass sie ihre Stimmen in strategischer Hinsicht immer zusammen ausüben werden. Für eine gemeinsame Kontrolle können folgende Argumente angeführt werden:

[13] Vgl. RPW 2005/2, 359 Rz 17, *Cashgate - Zürcher Kantonalbank, Graubündner Kantonalbank, Thurgauer Kantonalbank, Schwyzer Kantonalbank und Valiant Holding*; EU-Zuständigkeitsmitteilung (Fn 6), Rz 66.

[14] MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 3 KG N 223.

[15] MANI REINERT, N 289 ff. m. w. H. (Fn 14)

[16] Siehe dazu RPW 2011/3, 417 Rz 7, *Tamedia AG/doodle AG*.

[17] Vgl. EU-Zuständigkeitsmitteilung (Fn 6), Rz 77.

[18] EU- Limited", Zuständigkeitsmitteilung (Fn 6), Rz 78.

- Alle Gründer sind und bleiben Verwaltungsräte oder können einen Vertreter bestimmen. Die drei Gründer bestimmen den Präsidenten des Verwaltungsrates gemeinsam. Diese Notwendigkeit der Koordinierung führt dazu, dass sie sich auch in allen übrigen wichtigen Fragen gegebenenfalls koordinieren müssen. Dies ist das wichtigste Argument für eine Koordinierung der Gründer untereinander und damit für die Annahme einer gemeinsamen Kontrolle mit dem MGB.
- Die […] sind die Gründer der G AG und arbeiten schon längere Zeit in der Geschäftsleitung und im bisherigen Verwaltungsrat zusammen und kennen ihre gegenseitigen Interessen.
- Alle drei sind Aktionäre der G AG und haben Optionen auf den Verkauf ihrer Aktien abgeschlossen. Dieses Argument ist jedoch zu relativieren, da laut Mitteilung der Kommission das blosse gemeinsame Interesse der Kapitalgeber an einer Rendite nicht als gemeinsames Interesse anzusehen ist. Das gemeinsame Interesse der Gründer liegt vor allem darin, auch kurzfristig einen möglichst guten Abschluss der G AG zu erreichen, da damit der Kaufpreis der zukünftigen Optionen positiv beeinflusst werden kann.
- Gemäss Meldung soll aber der Ausbau der G AG gemeinsam mit dem bestehenden Management vorangetrieben werden [, weshalb die Gründer auch in Zukunft Einfluss auf die Geschäftspolitik der G AG nehmen können].
- […]. D. h. für die Gründer steht die strategische Komponente bei ihrer Tätigkeit als Verwaltungsräte im Vordergrund.

36. Ausserdem ist anzumerken, dass der MGB wohl zumindest teilweise auf das Know-how der Gründer angewiesen ist. Eine völlige Abhängigkeit des MGB besteht jedoch nicht, ist doch das Know-how im übernommenen Unternehmen selbst vorhanden (und nicht nur bei den Gründern in ihrer Eigenschaft als potentielle „Mutterunternehmen“), worauf der MGB zurückgreifen kann. Ausserdem ist der MGB selbst in vielfältiger Weise im Online-Bereich tätig und besitzt diesbezüglich viel Know-how.

Fazit

37. Aufgrund aller Umstände ist von einer gemeinsamen Kontrolle des MGB mit den Gründern auszugehen.

B.2 Meldepflicht

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

39. Wie aus nachfolgender Tabelle ersichtlich ist, erzielten die beteiligten Unternehmen 2011 einen gemeinsamen weltweiten Umsatz von über CHF 2 Mia. und einen Umsatz in der Schweiz von jeweils mehr als CHF 100 Mio. Somit sind die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG erreicht, und das Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

Tabelle 1: Umsätze der betroffenen Unternehmen 2011, in Mio. CHF

Unternehmen	Weltweiter Umsatz	Umsatz in der Schweiz
MGB	24‘859	23‘566
Galaxus-Gruppe	[>100]	[>100]
Kumuliert	[…]	[…]

B.3 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

40. Gemäss Art. 10 Abs. 2 KG kann die Wettbewerbskommission den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss:

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

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

41. Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gelten einzelne oder mehrere Unternehmen als marktbeherrschend, wenn sie auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

42. Unternehmen sehen sich in ihren Verhaltensspielräumen durch ihre aktuellen und potenziellen Konkurrenten beschränkt. Die voraussichtliche Marktstellung der Parteien nach dem Zusammenschluss ergibt sich folglich daraus, ob nach Realisierung ihres Vorhabens genügend aktuelle und potenzielle Konkurrenten verbleiben, die das Verhalten der Parteien nach dem Zusammenschluss disziplinieren werden.

43. Hierzu sind vorab die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

B.3.1 Relevante Märkte

B.3.1.1 Sachlich relevante Märkte

44. Beim sachlich relevanten Markt gilt es im Detailhandel zu unterscheiden zwischen

- den Absatzmärkten, auf denen die Detailhändler den Endverbrauchern als Anbieter gegenüber stehen und
- den Beschaffungsmärkten, auf denen die Detailhändler den Lieferanten als Nachfrager gegenüberstehen.

Nachfolgend werden zuerst die Absatzmärkte und anschliessend die Beschaffungsmärkte bestimmt.

B.3.1.1.1. Absatzmärkte

45. Gemäss Praxis der Weko in Sachen Coop/Fust (RPW 2008/3, 481 Rz 74) werden folgende sachlich relevanten Absatzmärkte abgegrenzt: Grosshaushaltsgeräte, Kleinhaushaltsgeräte, Audio, Vision, Foto, PC Hardware, PC Software, Spiele (Software), Kommunikation. Zu diesen Märkten kommen mit der G AG Märkte in den folgenden Bereichen hinzu: Do it und Garden, Spielwaren und Haushaltsprodukte ohne Haushaltsgeräte u.a. in den Bereichen Küche, Waschen, Wohnen.

46. Der Umsatz von Galaxus mit Haushaltswaren ohne Haushaltsgeräte sowie mit Grosshaushaltsgeräten ist sehr gering. Bei den Haushaltsprodukten ohne Haushaltsgeräte erzielte die G AG einen Umsatz von ca. [<1%] des Gesamtvolumens, weswegen in der vorläufigen Prüfung des Zusammenschlussvorhabens auf eine weitere Abgrenzung verzichtet wird. Weiterhin erzielte die G AG im Jahr 2011 noch keinen Umsatz mit Grosshaushaltsgeräten, so dass ebenfalls auf eine Abgrenzung verzichtet wird.

47. Multimediales Zubehör: Die Parteien gaben als einen sachlich relevanten Markt einen für Konsumentenelektronik-Zubehör (Universalfernbedienung, Zubehör für tragbare Mediengeräte, Freizeit GPS) zusammen mit multifunktionalen technischen Gütern (Kopfhörer, Minilautsprecher, 3D Zubehör, Speichermedien) an. Bei Gütern in dieser Kategorie bestehen Schwierigkeiten in der Abgrenzung, so bilden beispielsweise Universalfernbedienungen Zubehör zu Audio als auch Vision, und elektronische Speichermedien finden Einsatz sowohl bei Braunwaren als auch Grauwaren. Es ist daher fraglich, ob die einzelnen Produktgruppen anderen Märkten zuzuordnen wären oder allenfalls in einer feineren Abgrenzung eigene Märkte bilden. Im Rahmen der Vorabklärung wird multimediales Zubehör als eigene Kategorie behandelt, die genaue Abgrenzung jedoch letztendlich offen gelassen.

48. Spielwaren: Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen führen an, dass der Markt für Spielwaren die Kategorien „klassische“ Spielwaren, Spiel-Software und –Hardware umfasst. Dabei führen sie an, dass immer mehr Spielwaren auch Software enthalten. Weiterhin bestätige die Marktkategorisierung von GfK Schweiz, welche alle drei Kategorien umfasst, ihre Marktabgrenzung.

49. Bei der Marktabgrenzung bezüglich Spielwaren ist zu beachten, dass die Produkte der drei Kategorien über verschiedene Eigenschaften verfügen. So können „klassische“ Spielwaren in Alterskategorien sowie Produkteigenschaften unterteilt werden. Bisherige Entscheide der Europäischen Kommission[19] zu Spielkonsolen- und Konsolenspiele-Hersteller sowie Herausgeber von Spiel-Software ziehen Unterschiede innerhalb verschiedener Spiel-Plattformen (PC, Spielkonsolen, tragbare Spielkonsolen usw.) sowie Spiel-Software (Online- und Offlinespiele, Spiele verschiedener Plattformen usw.) in Betracht. Für den vorliegenden Fall eines Zusammenschlusses von Unternehmen im Detailhandel bzw. Internethandel steht die Art der Abwicklung des Einkaufs von Spielwaren im Zentrum.

50. Bei „klassischen“ Spielwaren grenzte die Europäische Kommission in Sachen Blokker/Toys R Us (IV/M.890, Rz 28) einen Markt für Einzelhandelsgeschäfte und Spielwarenfachabteilungen ab, „die dem Endverbraucher das ganze Jahr über ein breites Spielwarensortiment anbieten“. Dieser Absatzkanal unterscheidet sich von anderen Kanälen, die i) ein Teilsortiment anbieten, wie beispielsweise Computerfachgeschäfte mit Spielkonsolen, Konsolenspielen und PC-Spielen, sowie solchen die ii) auf temporärer Basis ein beschränktes Angebot an Spielwaren haben, wie beispielsweise Tankstellen. Aus der Perspektive der Kunden bieten Einzelhandelsgeschäfte und Spielwarenfachabteilungen mit einem breiten, permanenten Spielwarensortiment die Möglichkeit, das Spiel oder die Produktkategorie zu finden, nach der sie Ausschau halten.

51. Kunden, welche Spiel-Software bzw. Spiel-Hardware kaufen möchten, finden diese nebst in Spielwarengeschäften vor allem bei Händlern, die Grauwaren anbieten, bei spezialisierten Spiel-Software-Händlern wie GameStop, Unterhaltungsmedienanbietern wie Ex-Libris oder bei Internet-Shops. Als Anhaltspunkt für getrennte sachlich relevante Märkte kann die Entscheidung der UK Competition Commission beim Zusammenschluss der zwei grossen spezialisierten Spiel-Software-Detailhändler Game Group PLC und Games Station Limited[20] dienen. Sie untersuchte für die Produktmärkte Spiel-Konsolen, Spiel-Software und Peripheriegeräte, ob ein gemeinsamer Markt für neue und gebrauchte Produkte besteht und befand, dass das Internet einen wesentlichen Wettbewerbsdruck auf die Fachgeschäfte ausübt und deswegen ein gemeinsamer Markt besteht.

[19] Fall Nr. COMP/35.587 PO Video Games, COMP/35.706 *PO Nintendo Distribution* und COMP/36.321 *Omega — Nintendo* sowie Fall Nr. COMP/M.5008 – *Vivendi/Activision*.

[20] Vgl. UK Competition Comission 2008 „Game Group PLC and Games Station Limited – A report on the completed acquisition by Game Group PLC of Games Station <www.competition-commission.uk.org> unter Our work > Directory of all completed inquiries > GAME Group plc / Game Station Limited merger inquiry.

52. Aufgrund der obengenannten Hinweise wird für die vorliegende Vorabklärung von getrennten Märkten für „klassische“ Spielwaren, Spiel-Software und Spiel-Hardware ausgegangen. Da für die Beurteilung der Wettbewerbssituation im Rahmen dieser Vorabklärung eine engere oder weitere Definition der Märkte nicht relevant ist, kann eine abschliessende Beurteilung hierzu offen gelassen werden.

53. **Do it und Garden**: Der Markt für Do it und Garden umfasst eine breite Produktpalette wie dekorative Produkte, Eisenwaren, Werkzeuge, elektrische Geräte, Beleuchtung, Sanitärausstattung, Baumaterialien, Teppiche und Gärtnereiprodukte. Allenfalls kann der Markt weiter gefasst sein und alternative Vertriebskanäle von Produkten umfassen, die sich an Fachleute aus dem Bausektor richten, oder enger nach Produktgruppen gefasst sein. Eine abschliessende Beurteilung kann offen gelassen werden, da sie für die Beurteilung der Auswirkung auf den Wettbewerb im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben nicht relevant ist. Dies entspricht auch der bisherigen Praxis der Europäischen Kommission.[21]

54. **Unterscheidung nach Absatzkanälen**: In der bisherigen Praxis (Coop/Fust RPW 2008/3 S. 485 Rz 111 f.) erachtete die Weko eine sachlich relevante Abgrenzung nach Verkaufsformaten zwischen dem stationären Detailhandel und dem Direktvertrieb über Internet im Bereich Elektrogeräte grundsätzlich als nicht gegeben, liess aber die abschliessende Beurteilung offen. Die Europäische Kommission erwog in den Zusammenschlussverfahren Otto/Primondo Assets und Media-Saturn/Redcoon,[22] den stationären Handel und den Fernabsatz als zwei verschiedene sachliche Märkte abzugrenzen, liess diesen Punkt bislang jedoch offen.

55. Wichtige Vorteile des stationären Handels aus Kundensicht sind die Möglichkeit der Begutachtung der Waren, die Beratung durch Servicepersonal und die sofortige Verfügbarkeit. Beim Fernabsatz besteht gegenüber dem stationären Einkauf die Möglichkeit, rund um die Uhr zu bestellen, eine wesentlich breitere und tiefere Auswahl sowie eine bequeme Heimlieferung der bestellten Waren.

56. In der Befragung der Konkurrenten, inwiefern das Internet eine Alternative zum stationären Handel darstelle, verwiesen 6 der 9 Antwortenden auf die attraktiven Preise, 6 auf die einfache Informationsbeschaffung, welche die Beratung ersetzt, 5 auf die Bequemlichkeitsvorteile der Lieferung nach und Bestellung von zu Hause, 5 auf die Transparenz durch Preisvergleiche und 3 auf eine bessere Auswahl. Damit bestätigen sich die erwähnten Vorteile der Absatzkanäle, jedoch auch den Druck des Online-Handels auf den stationären Handel.

57. Die Marktuntersuchung der Europäischen Kommission in Sachen Otto/Primondo Assets (COMP/M.5721) hat ergeben, dass Produkte einer Produktkategorie unabhängig vom Kanal je eher zu einem einzigen Produktmarkt gehören, je standardisierter sie sind. Elektronikwaren zeichnen sich dadurch aus, dass die Eigenschaften eines bestimmten Produkts genau beschrieben sind. So können vergleichbare Informationen über alle Kanäle hinweg gesucht werden. Gerade aufgrund des höheren Preises von Elektronikwaren machen Kunden auch eher Gebrauch von dieser Möglichkeit.

58. Von Anbieterseite ist zu beachten, dass angestammte Handelsunternehmen in den Online-Handel einsteigen und einige Onlineanbieter auch mit Filialen im Markt präsent sind. Beim Multikanalangebot werden häufig komplementäre Aspekte vom stationären Handel und Online-Verkauf angeführt.[23] So profitiert der Online-Verkauf beispielsweise von den Erfüllungs-Aspekten (Bezahlung, Gutscheineinlösung, Lieferung, Rückgabe, Umtausch, Ergänzung etc.), die der Service des stationären Verkaufs bietet. Hinsichtlich der Marktabgrenzung spricht dieser Aspekt zwar einerseits für bestehende Unterschiede der Verkaufskanäle aus Kundensicht, andererseits kann bei einer zunehmenden Integration der beiden Kanäle zu einem Multikanalangebot in Zukunft evt. von einem einzigen sachlich relevanten Markt ausgegangen werden.

59. Eine sachlich relevante Abgrenzung nach Verkaufsformaten beim Handel mit Elektrogeräten scheint daher eher nicht gegeben. Ob der Fernabsatz per Internet in den sachlich relevanten Markt einzubeziehen ist, kann aber letztendlich offen gelassen werden, da auch die Prüfung unter der Annahme eines getrennten sachlich relevanten Marktes für Fernabsatz keine Hinweise auf eine Beschränkung des Wettbewerbs ergibt.

60. Detailhandel: Ein weiterer sachlich relevanter Markt ist der (Lebensmittel-) 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, 598 Rz 55). Dieses Konzept des «One-Stop-Shopping» wird auch von der Europäischen Kommission angewandt.[24]

B.3.1.1.2. Beschaffungsmärkte

61. Bei der Marktabgrenzung auf den Beschaffungsmärkten sind die Angebotsumstellungsflexibilität der Lieferanten und deren Absatzalternativen massgeblich. Vorliegend bilden auf dem Beschaffungsmarkt die Hersteller und Lieferanten von Elektrogeräten, Do it und Garden, „klassischen“ Spielwaren sowie Spiel-Hardware und –Software die Marktgegenseite. Die Parteien führen an, dass gemäss Weko-Praxis in Sachen Coop/Fust (RPW 2008/3, S. 485 Rz 113ff.) davon ausgegangen werden könne, dass auf der Beschaffungsseite die gleichen sachlich relevanten Märkte bestehen wie beim Absatzmarkt. Für die vorliegende vorläufige Prüfung des Zusammenschlusses bildet dies eine opportune Annahme, da keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf den Beschaffungsmärkten vorliegen. Diese sachlich relevante **Marktabgrenzung** ist aber weiterhin nicht abschliessend.

[21] Fälle COMP/M.2804 *Vendex KBB / Brico Belgium*, COMP/M.3142 *CVC/Danske Traelast* und COMP/M.3415 *CRH / SEMAPA / Secil JV*.
[22] Fälle COMP/M.5721 *Otto/Primondo Assets* und COMP/M.6226 *Media-Saturn/Redcoon*.
[23] Vgl. Fall COMP/M.5721 Otto/Primondo Assets Rz 28 und RALF WÖLFLE/UWE LEIMSTOLL, E-Commerce-Report 2012 – Eine Studie zur Entwicklung des Schweizer E-Commerce, 2012, 12, Institut für Wirtschaftsinformatik IWI, FHNW.
[24] EU IV/M.1221 *Rewe/Meinl*; EU IV/M.803 *Rewe/Billa*; COMP/M.2161 *Ahold/Superdiplo*; EU IV/M.1684 *Carrefour/Promodes*.

B.3.1.2 Räumlich relevante Märkte

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

63. In der bisherigen Praxis in Sachen Coop/Fust (RPW 2008/3, 485 ff Rz 120 ff) ging die Weko in geographischer Hinsicht von einem Wettbewerb auf zwei Ebenen aus: einerseits auf der lokalen Ebene zwischen den jeweiligen Verkaufspunkten und andererseits auf der nationalen Ebene zwischen den verschiedenen Detailhandelsketten.

64. Gemäss den Parteien kann von mindestens nationalen Absatzmärkten ausgegangen werden, u.a. weil Galaxus ausschliesslich über das Internet verkauft und digitec lediglich über sieben kleinere Verkaufsstellen verfügt, in welchen die online bestellten Produkte abgeholt werden können und in welchen beraten wird. Zudem weisen sie darauf hin, dass sich diese Verkaufsstellen in den Ballungszentren befinden, wo es jeweils viele Einkaufsalternativen gibt. Auch beschreiben sie, dass sämtliche von digitec und Galaxus vertriebene Produkte aus dem Ausland bezogen werden können, insbesondere Software, welche in der Regel heruntergeladen werden können.

65. Beim reinen Fernabsatz über das Internet bestehen die gleichen Verkaufsbedingungen in der gesamten Schweiz, insbesondere da digitec.ch und galaxus.com mehrsprachig auftreten. Bei einer getrennten Betrachtung von Fernabsatz und stationärem Handel weisen die Untersuchungen der Europäischen Kommission basierend auf der Befragung von Marktteilnehmern und Konsumentenorganisationen auf einen nationalen relevanten Markt für Fernabsatz hin.[25] Daher kann bei Fernabsatzmärkten zumindest von einem nationalen geographischen Markt ausgegangen werden.

66. Obwohl der relevante Markt für den stationären Handel aus Sicht der Nachfrager lokal ist, wird die wettbewerbsrechtliche Analyse für den Handel von Elektrogeräten aus den nachfolgenden Gründen für einen nationalen Rahmen geführt. Einerseits sind die bisher grössten Anbieter (Fust, Interdiscount, Media Saturn, Manor und m-electronics) sowie die G AG als Internethändlerin gesamtschweizerisch tätig. Andererseits werden wichtige Entscheide wie Preis- und Aktionspolitik von den wichtigsten Detailhändlern (ausser der Media-Saturn-Gruppe) zentral gefasst und koordiniert.

67. **Detailhandel**: Wie u.a. in Bischofszell/Weisenhorn beschrieben, ist der Detailhandelsmarkt lokal. Gemäss Migros/Denner (RPW 2008/1, 156 f, Rz 239 ff) betragen die Marktradien je nach Grösse des Super- resp. Hypermarkts zwischen 10 und 20 Minuten. Bei homogenen Bedingungen kann sich die Wettbewerbsbehörde gemäss Coop/Carrefour (RPW 2008/4, 606, Rz 112) dabei auf die nationale Ebene konzentrieren.

68. **Beschaffungsmärkte**: Auf der Beschaffungsseite ist mindestens von einem schweizweiten Markt als räumlich relevanten Markt auszugehen, unter Umständen gar europäischen oder internationalen, sofern die Normierung in der Schweiz für die jeweiligen Produkte nicht abweicht bzw. die Normierung keine bedeutenden Markteintrittsschranken bewirkt. In den meisten vorliegenden Produktgruppen sind auch zum grossen Teil „Global Players“ und andere international tätige Hersteller der entsprechenden Elektrogeräte tätig, die ihre Produkte sowohl in der Schweiz als auch im Ausland vertreiben. Für das Ergebnis der vorliegenden Vorprüfung macht es keinen Unterschied, wenn der räumlich relevante Markt schweizweit oder weiter abgegrenzt wird. Daher kann die genaue räumliche Abgrenzung offen gelassen werden.

B.3.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

69. 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.

70. Wie aus nachstehender Tabelle hervorgeht, sind die Märkte klassische Spielwaren sowie Do it und Garden betroffen im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, mit gemeinsamen Marktanteilen von [20-30] % resp. [20-30] % . Ein weiterer betroffener Markt ist der Lebensmittel-Detailhandelsmarkt, bei dem der MGB über einen Marktanteil von über 30 % verfügt. Da in den betroffenen Märkten die G AG über keinen oder einem marginalen Marktanteil von [<1%] bzw. [<1%] verfügen, kann in diesen Märkten von keiner Beeinträchtigung des Wettbewerbs ausgegangen werden.

[25] Vgl. Fall COMP/M.5721 *Otto/Primondo Assets*, Rz 31f. und den dort genannten früheren Entscheide sowie COMP/M.6226 *Media-Saturn/Redcoon*, Rz 22ff.

Tabelle 2: Marktanteile bei den relevanten Absatzmärkten, 2011, Schweiz

Absatzmärkte	Migros	G AG	kumuliert
Kleinhaushaltgeräte	[10-20]%	[<1]%	[10-20]%
Audio	[0-10]%	[0-10]%	[10-20]%
Vision	[0-10]%	[0-10]%	[10-20]%
Foto	[0-10]%	[0-10]%	[10-20]%
PC Hardware	[0-10]%	[0-10]%	[10-20]%
PC Software	[0-10]%	[0-10]%	[10-20]%
Kommunikation	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
Multimediales Zubehör	[0-10]%	[0-10]%	[10-20]%
Spielwaren (inkl. Spielkonsolen Hardware/ Software)	[10-20]%	[0-10]%	[10-20]%
- „klassische“ Spielwaren	[20-30]%	[<1]%	[20-30]%
- Spiel-Software	[0-10]%	[0-10]%	[0-10]%
- Spiel-Hardware	[10-20]%	[0-10]%	[10-20]%
Do it und Garden	[20-30]%	[<1]%	[20-30]%
Lebensmittel-Detailhandel	> 30 %	–	> 30 %

Quelle: Angaben der Parteien und Berechnungen des Sekretariats (grau: betroffene Märkte)

71. In den Absatzmärkten Audio, Vision, Foto, PC Hardware und PC Software verfügt die G AG basierend auf den Gesamtmarktschätzungen der Parteien über Marktanteile zwischen [0 %] und [10 %], und zusammen mit dem MGB über einen kumulierten Marktanteil von [10-20] % bei Audio, einen solchen von jeweils [10-20] % bei Vision, Foto und PC Software sowie über einen kumulierten Marktanteil von [10-20] % bei PC Hardware. Insbesondere beim Markt für PC Hardware weisen die Antworten der Konkurrenten darauf hin, dass die Schätzung der Marktanteile durch die Parteien möglicherweise zu tief ausfallen.[26] Aufgrund der bedeutenden Marktanteilsadditionen und der führenden Stellung der G AG im Online Handel und damit vermutungsweise auch im Fernabsatzkanal werden die Absatzmärkte Audio, Vision, Foto, PC Hardware und PC Software einer eingehenderen Prüfung unterzogen.

72. In den Bereichen Audio, Vision, Foto und PC Software sind mit der Media-Saturn-Gruppe und den der Coop-Genossenschaft gehörenden Unternehmen (insb. Fust, Interdiscount und Microspot) Unternehmen mit ähnlichem oder höherem Umsatz als derjenige der beiden Zusammenschlussparteien tätig. Auf dem Markt für PC Hardware erlangen die Parteien durch die Fusion eine führende Position. Nach eigenen Berechnungen basierend auf den Angaben der Parteien und Konkurrenten lässt sich der jeweilige Anteil der kleineren Konkurrenten (d.h. ohne die Unternehmen der Coop-Genossenschaft und der Media-Saturn-Gruppe) in den hier betrachteten Märkten auf mindestens 40 % schätzen. Somit bleibt genügend aktuelle Konkurrenz in den Beschaffungsmärkten und in Absatzmärkten (Fernhandel und stationärer Handel gemeinsam), so dass auch nach der Fusion von einem funktionierenden Wettbewerb in den Märkten für Audio, Vision, Foto und PC Software ausgegangen werden kann.

[26] Nach Schätzung der Parteien umfasst der Markt für PC Hardware die GfK Kategorien IT Hardware, Office Machines (insb. Drucker), Other IT Components, Cartridges & Paper. Die Einschätzungen der befragten Konkurrenten zum Marktvolumen für PC Hardware sind um 25-50 % geringer, was auf den Einschluss von weniger Produktkategorien hinweist.

Tabelle 3: Marktanteile Konkurrenten [%], 2011, Schweiz

	Audio	**Vision**	**Foto**	**PC Software**	**PC Hardware**
MGB und G AG	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %
Media Saturn	[10-30] %	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %
Coop insgesamt, davon	[10-30] %	[10-30] %	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %
- Interdiscount und Microspot	[10-20] %	[10-20] %	[10-20] %	[0-10] %	[0-10] %
- Fust	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
Manor	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %	[0-10] %
Volumen in Mio. CHF	[300-500]	[800-1‘100]	[400-600]	[100-200]	[1‘700-2‘200]

Die Marktanteile sind berechnet aufgrund der Umsätze der Konkurrenten und den Angaben der Parteien zum Marktvolumen.

73. Im Online-Handel besteht zur Zeit ein starker Wettbewerb. So weist der E-Commerce Report 2012 der Fachhochschule Nordwestschweiz[27] darauf hin, dass es bereits aufgrund relativ niedriger Einstiegshürden eine hohe Angebotsdichte gäbe aber auch nicht mit Eintritten neuer Wettbewerber gerechnet werde. So sind mit den von der Coop-Genossenschaft direkt kontrollierten Unternehmen Interdiscount und Microspot, mit Fust und seit kurzem auch mit der Media-Saturn-Gruppe die grossen Anbieter im Bereich Konsumentenelektronik im Online-Handel tätig. Weiterhin bestehen mit der Brack Electronics AG, der ARP Schweiz AG, der Dätwyler Schweiz AG, der STEG Computer GmbH usw. mehrere Online-Anbieter, welche Privatkunden beliefern. Nach einer Schätzung der Parteien bestehen auf den sachlichen Märkten mit reinem Fernabsatz keine betroffenen Märkte. So schätzen sie ihren kumulierten Marktanteil auf [0-10] % bei Audio, [10-20] % bei Vision, [10-20] % bei Foto und [10-20] % bei PC Hardware. Basierend auf den Angaben der Konkurrenten scheint es allerdings, dass die Parteien das Gesamtvolumen des Fernabsatzkanals zu hoch geschätzt haben, so dass die Zusammenschlussparteien allenfalls auch auf einen kumulierten Marktanteil in diesem Bereich von [10-20] % bei Audio, [20-30] % bei Video, [10-20] % bei Foto und [20-30] % bei PC Hardware kommen könnten. Da der MGB jedoch über einen Marktanteil von jeweils weniger als [0-10 im Fernabsatz verfügt, kann unabhängig von der genauen Gesamtmarktschätzung von keiner Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ausgegangen werden.

C Nebenabreden

74. Gemäss der Meldung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ist in Ziffer 10 des ABV für die Verkäufer ein Konkurrenzverbot vorgesehen, das als Nebenabrede zu qualifizieren sei.

75. Konkurrenzverbote und andere ähnliche Klauseln – z.B. Abwerbungsverbote – schliessen einen oder mehrere potenzielle Wettbewerber insofern vom Wettbewerb aus, als diese bei Beachtung des Verbots auf die Aufnahme von Wettbewerb verzichten.[28] Derartige Vereinbarungen sollen den Wert des verkauften Unternehmens, der sich regelmässig aus materiellen wie immateriellen Werten (z.B. das Know-how des Veräusserers oder Goodwill) zusammensetzt, sichern.[29] Würde auf ein Konkurrenzverbot verzichtet, bestünde im Gegenzug die Gefahr, dass Unternehmensverkäufe unattraktiv oder ganz unterbleiben würden, weil der Verkäufer seine frühere Kundschaft unmittelbar nach dem Verkauf wieder zurückgewinnen und dem veräusserten Unternehmen die Existenzgrundlage entziehen könnte.[30]

76. Im Entscheid ISS/Edelweiss[31] hat die Weko ihre Praxis zu den Konkurrenzverboten nach der EU-Bekanntmachung[32] gerichtet und festgehalten, dass

[27] WÖLFLE/LEIMSTOLL (Fn 23).
[28] RPW 2010/3, 504 Rz 64, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; vgl. ZÄCH ROGER, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 2005, Rz. 248.
[29] LEUPOLD MICHAEL, Die Beurteilung von Konkurrenzverboten bei Unternehmensverkäufen im Lichte des neuen schweizerischen Kartellgesetzes, SZW 1998, S. 183 f.; Vgl. auch Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl 2005/C 56/03, Rz 18 (nachfolgend EU-Bekanntmachung); IMMENGA ULRICH/KÖRBER TORSTEN, Kommentar zu Art. 8 FKVO, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 1. EG / Teil 2, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, München 2007, Rz. 46.
[30] ETTER BORIS, Konkurrenzverbote beim Unternehmenskauf und Wettbewerbsrecht, in: sic! 2001, S. 481 ff.; vgl. ferner EU-Bekanntmachung (Fn 29), Rz. 18.
[31] RPW 2006/4, 690 Rz 41f, *ISS/Edelweissfm*.
[32] Siehe Fn 29.

horizontale Konkurrenzverbote im Rahmen von Unternehmenszusammenschlüssen nicht als Wettbewerbsabreden qualifiziert werden müssen, wenn sie räumlich, sachlich und zeitlich notwendig sind, um den Aufbau des Kundenstamms und/oder des Know-hows nach einem vollzogenen Zusammenschlussvorhaben sicherzustellen. In der Literatur und der EU-Bekanntmachung wird zudem die persönliche Notwendigkeit verlangt.[33] Diese Betrachtungsweise findet Niederschlag im schweizerischen Schrifttum[34] und entspricht der EU-Bekanntmachung, die festhält, dass Konkurrenzverbote dann nicht als Wettbewerbsabreden zu behandeln sind (und damit nicht auf ihre Unzulässigkeit überprüft werden müssen), wenn die damit verbundene Einschränkung „mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig" ist, so dass diesfalls allein die Fusionskontrollverordnung anwendbar sei.[35]

77. In räumlicher Hinsicht hat sich das Konkurrenzverbot grundsätzlich auf das Gebiet zu beschränken, in welchem der Veräusserer die Dienstleistungen oder Waren bereits vor der Unternehmensübertragung angeboten hat, da der Erwerber in Gebieten, in denen der Veräusserer zuvor nicht präsent war, nicht geschützt zu werden braucht. Der räumliche Geltungsbereich kann auf Gebiete erstreckt werden, in denen der Veräusserer zum Zeitpunkt der Unternehmensübertragung geschäftlich tätig zu werden plante, sofern er bereits entsprechende Investitionen getätigt hat.[36]

78. Sachlich hat sich das Wettbewerbsverbot auf Produkte zu beschränken, die Geschäftsgegenstand des übertragenen Unternehmens darstellten. Hierzu können auch Waren und Dienstleistungen zählen, die sich zum Zeitpunkt der Übertragung in einem fortgeschrittenen Entwicklungsstadium befinden, oder fertig entwickelte Erzeugnisse, die noch nicht auf den Markt gebracht wurden. Der Schutz des Erwerbers vor dem Wettbewerb des Veräusserers in Produkt- oder Dienstleistungsmärkten, in denen das zu übertragende Unternehmen vor der Übertragung noch nicht tätig war, wird als unnötig erachtet.[37]

79. Zeitlich erachten die EU-Wettbewerbsbehörden Konkurrenzverbote bis drei Jahre als zulässig, wenn mit dem Unternehmen sowohl der Geschäftswert als auch das Know-how übertragen werden. Die Weko hat sich dieser Praxis grundsätzlich angeschlossen.

80. In persönlicher Hinsicht gilt die Regel, wonach Einschränkungen, welche den Veräusserer begünstigen, entweder nicht mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind oder von ihrem Geltungsbereich und/oder ihrer Geltungsdauer her stärker eingegrenzt werden müssen als den Erwerber begünstigende Klauseln.[38]

81. Demnach gilt, dass Vereinbarungen, die die kumulativen Bedingungen der Notwendigkeit und des unmittelbaren Zusammenhangs erfüllen, Nebenabreden darstellen.[39] Vereinbarungen, welche die genannten Bedingungen nicht erfüllen und somit keine Nebenabreden in diesem Sinne darstellen, erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Kommissionsentscheid.[40] Sie bleiben einer späteren kartellrechtlichen Überprüfung weiter zugänglich.[41]

82. In Ziffer 10 ABV verpflichtet sich jeder Gründer […] solange er […] oder mehr der Aktien der G AG hält oder Mitglied der Geschäftsleitung der G AG und ihrer Tochtergesellschaften ist sowie während zwei Jahren seit Unterschreiten der […] Grenze oder seinem Ausscheiden als Mitglied der Geschäftsleitung (der spätere Zeitpunkt von beiden), weder direkt noch indirekt in irgendeiner Art, ausgenommen als Aktionär oder Gesellschafter einer börsenkotierten Gesellschaft mit maximal 5 % Stimmen- oder Kapitalanteil,

- ohne vorherige schriftliche Zustimmung aller andere Parteien des ABV die G AG oder eine ihrer aktuellen oder zukünftigen Tochtergesellschaften zu konkurrenzieren;
- ohne vorherige schriftliche Zustimmung aller anderen Parteien des ABV Mitarbeiter, Lieferanten oder Kunden der G AG oder einer ihrer aktuellen oder zukünftigen Tochtergesellschaften abzuwerben;
- ohne vorherige schriftliche Zustimmung aller anderen Parteien des ABV in einem geographisch und sachlichen Markt, in welchem die G AG oder eine ihrer aktuellen oder zukünftigen Tochtergesellschaften zum Zeitpunkt des Unterschreitens der […] Grenze bzw. des Ausscheidens tätig ist, im Bereich Online-Handel mit Waren tätig zu sein oder im Bereich Online-Handel entgeltlich aufbauend, entwickelnd, unterstützend oder beratend tätig zu sein.

83. Zunächst ist zu sagen, dass die genannten Konkurrenzverbote in persönlicher Hinsicht nicht zu beanstanden sind. Sie verpflichten die Gründer und damit die Veräusserer. Soweit sie allerdings die Dauer von 3 Jahren überschreiten, können sie nicht als für den Zusammenschluss notwendig erachtet werden und als Nebenabreden gelten.

84. Die Verpflichtungen gemäss 1. und 2. Lemma enthalten keinerlei Anhaltspunkte über ihren räumlichen und sachlichen Umfang. Die Verpflichtung gemäss 3. Lemma enthält zwar Hinweise zur sachlichen und räumlichen Dimension (Märkte, in denen die Galaxus AG

[33] JÜRG BORER/JUHANI KOSTKA, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 32 KG N 89; EU-Bekanntmachung (Fn 29), Rz 19.
[34] MONIKA RUGGLI / MARKUS VISCHER, Konkurrenzverbote in Unernehmenskaufverträgen, SJZ 2006, S. 299 f; Zäch (siehe Fn. 28), Rz 385.
[35] EU-Bekanntmachung (Fn 29), Rz 7.
[36] EU-Bekanntmachung (Fn 29), Rz 22.
[37] EU-Bekanntmachung (Fn 29), Rz 23.
[38] Vgl. EU-Bekanntmachung (Fn 29), Rz 17.
[39] Vgl. MICHAEL LEUPOLD, Sind Konkurrenzverbote Wettbewerbsabreden im Sinne des Kartellgesetzes?, SZW 3/99, S. 150; ANDRAS PALASTHY, Droit des cartels, clause de non-concurrence et restrictions accessoires: une jurisprudence critiquable, in Bull. CEDIDAC n° 31, Juni 1999, 1.
[40] Vgl. Philipp ZURKINDEN, Gründung von Gemeinschaftsunternehmen in der Schweiz und das neue schweizerische Kartellgesetz, 1999, S. 157 f.
[41] RPW 2011/1, 210 Rz 14, *SBB Cargo/Hupac*.

oder eine mit ihr verbundene Gesellschaft tätig ist), diese sind aber zu weit reichend, um als Nebenabreden zu gelten, da sie sich auf einen Zeitpunkt nach der Unternehmensübertragung beziehen. Sachlich und räumlich können diese Verpflichtungen nur soweit als Nebenabreden qualifiziert werden, als sie sich auf den sachlichen und räumlichen Markt beziehen, in welchen die G AG und ihre aktuellen Tochtergesellschaften zum Zeitpunkt der Unternehmensübertragung tätig sind.

85. Soweit das Konkurrenzverbot gemäss Ziffer 10 ABV über die oben genannten Grenzen hinausgeht, kann es deshalb nicht als Nebenabrede qualifiziert werden.

D Ergebnis

86. Das Zusammenschlussvorhaben Migros/Galaxus führt auf den betroffenen sachlichen Märkten für Spielwaren und Do it und Garden zu einer geringen Marktanteilsaddition. In den Märkten für Audio, Vision, Foto, PC Hardware und PC Software kommt es zu einer bedeutenden Marktanteilsaddition, die kumulierten Marktanteile bleiben jedoch unter 20 % und es bestehen daher keine betroffenen Märkte und es sind genügend grössere und kleinere Konkurrenten vorhanden, so dass es aller Voraussicht nach zu keiner marktbeherrschenden Stellung kommen kann.

87. Die vorläufige Prüfung des Zusammenschlussvorhabens Migros/Galaxus hat keine Anhaltspunkte ergeben, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für die Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3	3. Hilcona/Gastro Star

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 25. Juni 2012

A Sachverhalt

1. Am 25. Mai 2012 hat die Wettbewerbskommission (WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Hilcona AG (nachfolgend: Hilcona) den Erwerb der alleinigen Kontrolle über die Gastro Star AG (nachfolgend: Gastro Star).

2. Hilcona mit Sitz in Schaan (FL) produziert und vertreibt Convenience-Gerichte sowohl für Privathaushalte als auch für die Gastronomie. Sie hat Tochtergesellschaften in der Schweiz, Deutschland und Frankreich. Seit 2011 untersteht sie der gemeinsamen Kontrolle der Bell AG (nachfolgend: Bell, 49 % der Aktien) sowie der Toni Hilti Familien-Treuhandschaft (nachfolgend: Treuhandschaft, 51 % der Aktien). Dieser Zusammenschluss wurde am 4. Februar 2011 der WEKO gemeldet und als unbedenklich erachtet (vgl. RPW 2011, 285 ff). Bell produziert und vertreibt Fleischwaren, Seafood, Geflügel und Convenience-Gerichte, während die Geschäftsaktivitäten der Treuhandschaft sich auf diejenigen von Hilcona beschränken.

3. Bell wiederum wird von der Coop Genossenschaft (nachfolgend: Coop) kontrolliert. Letztere betreibt insbesondere Super- und Verbrauchermärkte, ist aber in einer Reihe weiterer Sektoren tätig. So verfügt sie beispielsweise über Tankstellen und Restaurants und hat eigene Produktionsbetriebe.

4. Die zu übernehmende Gastro Star mit Sitz in Dällikon (CH), deren Aktien von insgesamt vier natürlichen Personen gehalten werden, produziert und vertreibt küchenfertige Salate, Früchte und Gemüse an Grossverteiler, die Systemgastronomie, Grossverbraucher und Weiterverarbeiter. Des Weiteren erbringt sie in geringerem Ausmass auch Logistik- und Labordienstleistungen (2011: CHF [...]). Auch ihre einzige 100-prozentige Tochtergesellschaft, die schwarz viva AG (nachfolgend: schwarz viva), ist insbesondere im Bereich der Produktion und des Vertriebs küchenfertiger Salate, Früchte und Gemüse tätig.

5. Ziel des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ist es gemäss den Parteien, die bestehende Zusammenarbeit zwischen der Hilcona und der Gastro Star – vor dem Hintergrund der zunehmenden Öffnung der Schweizer Märkte im Bereich Frischprodukte – zu vertiefen und Synergien zwischen den beiden Unternehmen zu optimieren.

6. Am 4. Juni 2012 wurden Fragebögen an neun Abnehmer von Convenience-Produkten verschickt, wovon acht antworteten. Ebenfalls am 4. Juni 2012 sowie einige Tage später wurden Fragebögen an 17 Produzenten von gekühlten Convenience-Produkten im Allgemeinen und an Produzenten von gekühlten, küchenfertigen Salaten, Früchten und Gemüsen und von Salatsaucen im Speziellen verschickt, wovon schliesslich 12 antworteten. Zudem wurden drei weitere Produzenten von gekühlten, küchenfertigen Salaten, Früchten und Gemüsen telefonisch befragt.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

7. Vor Vollzug des Zusammenschlussvorhabens gründet Hilcona eine Schweizer Akquisitionsgesellschaft in Form einer 100-prozentigen Tochtergesellschaft, welche hernach sämtliche Aktien der Gastro Star übernimmt. Der Vollzug des Zusammenschlusses erfolgt innerhalb von zehn Tagen nach Erfüllung sämtlicher Vollzugsbedingungen, u.a. der Freigabe der Transaktion durch die WEKO. Da Hilcona von den vier Aktionären der Gastro Star sämtliche Aktien an dieser Gesellschaft aufkauft, ist das vorliegende Zusammenschlussvorhaben als ein Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 1 Bst. a VKU zu qualifizieren.

B.2 Meldepflicht

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

9. Wie aus nachfolgender Tabelle ersichtlich ist, erzielten die beteiligten Unternehmen 2011 einen gemeinsamen weltweiten Umsatz von über CHF 2 Mia. und einen Umsatz in der Schweiz von jeweils mehr als CHF 100 Mio. Die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG sind damit erreicht, weshalb das Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

Tabelle 1: Umsätze der betroffenen Unternehmen 2011, in Mio. CHF

Unternehmen	Weltweiter Umsatz	Umsatz in der Schweiz
Hilcona (inkl. Coop-Gruppe)	[…]	[> 100]
Gastro Star	[…]	[> 100]
Kumuliert	[> 2‘000]	[> 500]

B.3 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

10. Gemäss Art. 10 Abs. 2 KG kann die Wettbewerbskommission den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss:

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

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

11. Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gelten einzelne oder mehrere Unternehmen als marktbeherrschend, wenn sie auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

12. Unternehmen sehen sich in ihren Verhaltensspielräumen durch ihre aktuellen und potenziellen Konkurrenten beschränkt. Die voraussichtliche Marktstellung der Parteien nach dem Zusammenschluss ergibt sich folglich daraus, ob nach Realisierung ihres Vorhabens genügend aktuelle und potenzielle Konkurrenten verbleiben, die das Verhalten der Parteien nach dem Zusammenschluss disziplinieren werden.

13. Hierzu sind vorab die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

B.3.1 Relevante Märkte

B.3.1.1 Sachlich relevante Märkte

14. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren und Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszweckes als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

15. Gemäss Praxis der Wettbewerbskommission sind Convenience-Produkte „Fertigprodukte resp. –gerichte, die weitgehend verzehrfertig sind und allenfalls noch aufgetaut oder aufgewärmt werden müssen. Sie können ungekühlt, gekühlt oder tiefgekühlt sein.“[1]

16. In Übereinstimmung mit ihrer vorhergehenden Praxis[2] werden in der nachfolgenden Analyse sechs Märkte für Convenience-Produkte unterschieden. Diese unterscheiden sich erstens dadurch, ob in den Detailhandelskanal oder den Horeka-Kanal geliefert wird, und zweitens, ob es sich um ungekühlte, gekühlte oder tiefgekühlte Convenience-Produkte handelt. Schliesslich kann aber offen gelassen werden, ob diese Märkte allenfalls, enger oder weiter abgegrenzt werden sollten, z. B. dahingehend, dass der Markt für gekühlte Convenience-Produkte für den Detailhandelskanal weiter in einen Markt für gekühlte, küchenfertige Salate, Früchte und Gemüse unterteilt werden sollte, da sich das Ergebnis der Analyse dadurch nicht verändert.

17. 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, 598 Rz 55). Dieses Konzept des «One-Stop-Shopping» wird auch von der Europäischen Kommission angewandt.[3]

B.3.1.2 Räumlich relevante Märkte

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

19. Im Rahmen des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens wurden klassische Detailhändler als auch Betreiber von Convenience-Shops zu ihren Importen von gekühlten Convenience-Produkten im Allgemeinen und von gekühlten, küchenfertigen Salaten, Früchten und Gemüsen im Speziellen befragt. Dabei ergab sich, dass die Mehrheit der Befragten 2011 keine oder nur einen relativ kleinen Anteil der von ihnen angebotenen gekühlten Convenience-Produkte importierten (vgl. Tabelle 2). Ausnahmen hiervon sind die Discounter Aldi und Lidl mit Importquoten für 2011 für diese Produktgruppe von [40–60] % und [60–80] %. Coop importierte 2011 rund [0–20] % aus dem Ausland, […] hiervon von Hilcona in Liechtenstein.

[1] Bell/Toni Hilti Treuhandschaft/Hilcona, RPW 2011/2, 286, Rz 20; Bischofszell/Weisenhorn, RPW 2010/1, 185 Rz 16.

[2] Bischofszell Nahrungsmittel AG/Weisenhorn Food Specialities GmbH, RPW 2010/1, 185 Rz 18 ff sowie Bell/Toni Hilti Treuhandschaft/Hilcona, RPW 2011/2, 286, Rz 19 ff.

[3] Rewe/Meinl EU IV/M.1221; Rewe/Billa EU IV/M.803; Ahold/Superdiplo EU Comp/M.2161; Carrefour/Promodes EU IV/M.1684.

20. Zu einem deutlich geringeren Anteil werden in der Regel gekühlte, küchenfertige Salate, Früchte und Gemüse importiert. So gab die Mehrheit der Befragten an, 2011 keine Importe in diesem Bereich zu tätigen. Die höchste Importquote weist Coop mit [20–40] % auf, wobei [...] hiervon auf Importe aus Liechtenstein (von Hilcona) und […] auf solche aus Thailand (von der HPW AG, nachfolgend: HPW) entfallen. Die nächsthöchsten Importquoten haben Aldi und Lidl, welche 2011 [0–20] % resp. [20–40] % ihrer angebotenen gekühlten, küchenfertigen Salate, Früchte und Gemüse aus dem Ausland bezogen haben.

Tabelle 2: Importquoten von in der Schweiz tätigen Detailhändlern für gekühlte Convenience-Produkte und gekühlte, küchenfertige Salate, Früchte und Gemüse, 2011

Detailhändler	**Importquote [in %] bei …**	
	gekühlten Convenience-Produkten	**gekühlten, küchenfertigen Salaten, Früchten und Gemüsen**
Coop	[0–20]	[20–40]
Lidl	[60–80]	[20–40]
Aldi	[40–60]	[0–20]
Denner	[20–40]	[0–20]
Migros[4]	[0–20]	[0–20]
Selecta	[0–20]	[0–20]
Valora	[0–20]	[0–20]
Volg	[0–20]	[0–20]

Quelle: Angaben der Parteien und Erhebungen des Sekretariats der WEKO.

21. Somit bestätigt sich im Wesentlichen das Bild aus der Befragung beim Zusammenschlussvorhaben Bell/Toni Hilti Treuhandschaft/Hilcona (RPW 2011/2, 287, Rz 23–25). Während international tätige Discounter gekühlte Convenience-Produkte sowohl aus dem In- als auch dem Ausland beziehen, scheint ein Import dieser Produkte für die meisten weiteren befragten Detailhändler (inkl. Convenience-Shop-Betreiber) deutlich weniger attraktiv zu sein, was insbesondere auf die besonderen Erfordernisse an die Logistik zurückzuführen sein dürfte, u.a. die relativ kurzen Haltbarkeiten vieler gekühlter Convenience-Produkte. Letzteres dürfte insbesondere für gekühlte, küchenfertige Salate, Früchte und Gemüse zutreffen, die oft nur wenige Tage haltbar sind.

22. Gemäss den Parteien sollte der Markt für gekühlte Convenience-Produkte räumlich mindestens die Schweiz und ihre Nachbarländer umfassen. Begründet wird dies insbesondere mit dem grenzüberschreitenden Bezug solcher Produkte durch internationale Discounter. Auch führen die Parteien eine Reihe ausländischer Lieferanten Coops für gekühlte Convenience-Produkte an.

23. Dem ist anzumerken, dass die weiteren in der Schweiz tätigen Detailhändler in der Regel (vgl. Rz 19 und Tabelle 2) einen deutlich geringeren Anteil an gekühlten Convenience-Produkten aus dem Ausland importieren und nicht oder nicht im selben Ausmass wie die beiden genannten Discounter auch in anderen Ländern als Detailhändler tätig sind.

24. Nachfolgend wird deshalb, trotz der Einwände durch die Parteien, als engstmögliche Marktabgrenzung bei gekühlten Convenience-Produkten für den Detailhandelskanal resp. den Horekakanal in Übereinstimmung mit Bell/Toni Hilti Treuhandschaft/Hilcona (RPW 2011/2, 287, Rz 25) jeweils von einem schweizweiten Markt ausgegangen. Schliesslich kann die genaue räumliche Marktabgrenzung dieser Märkte aber offen gelassen werden, da dies das Ergebnis der Analyse nicht verändert.

25. Die Märkte für ungekühlte sowie für tiefgekühlte Convenience-Produkte werden in Übereinstimmung mit der bisherigen Praxis der Wettbewerbskommission (RPW 2011/2, 287 Rz 26; RPW 2010/1, 186 Rz 25) europaweit abgegrenzt. Schliesslich kann aber die genaue räumliche Marktabgrenzung für diese Märkte offen gelassen, da diese das Ergebnis der Analyse nicht verändert.

[4] Nur MGB ohne Globus und Horeka-Kanal.

26. Wie u.a. in Bischofszell/Weisenhorn beschrieben, ist der Detailhandelsmarkt lokal. Gemäss Migros/Denner (RPW 2008/1, 156 f, Rz 239 ff) betragen die Marktradien je nach Grösse des Super- resp. Hypermarkts zwischen 10 und 20 Minuten. Bei homogenen Bedingungen kann sich die Wettbewerbsbehörde gemäss Coop/Carrefour (RPW 2008/4, 606, Rz 112) dabei auf die nationale Ebene konzentrieren.

B.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. Im Markt für gekühlte Convenience-Produkte für den Detailhandel verfügt Coop 2011, wie nachfolgende Tabelle 2 aufzeigt, über einen Marktanteil von [20–30] % und Gastro Star über einen solchen von [0–10] %, was einen kumulierten Marktanteil von [20–30] % ergibt. Somit handelt es sich um einen vom Zusammenschluss betroffenen Markt. Bei den weiteren Convenience-Märkten handelt es sich nicht um betroffene Märkte. Als zweiter betroffener Markt ist der den Convenience-Märkten nachgelagerte Lebensmittel-Detailhandelsmarkt zu erwähnen, bei dem Coop über einen Marktanteil von > 30 % verfügt, bei dem es aber zu keiner Marktanteilsaddition kommt. Deshalb wird nachfolgend lediglich der Markt für gekühlte Convenience-Produkte für den Detailhandel einer eingehenderen Prüfung unterzogen.

Tabelle 3: Marktanteile in den verschiedenen schweizweiten Convenience-Märkten, 2011 [%]

Produktemärkte[5]	**Coop-Gruppe**	**Gastro Star**	**kumuliert**
Convenience-Produkte für Detailhandel	[10–20]	[0–10]	[10–20]
- ungekühlt	[0–10]	[0–10]	[0–10]
- gekühlt[6]	[20–30]	[0–10]	[20–30]
- tiefgekühlt	[0–10]	[0–10]	[0–10]
Convenience-Produkte für Gastronomie	[0–10]	[0–10]	[0–10]
- ungekühlt	[0–10]	[0–10]	[0–10]
- gekühlt	[0–10]	[0–10]	[0–10]
- tiefgekühlt	[0–10]	[0–10]	[0–10]
Lebensmittel-Detailhandel	> 30 %	–	> 30 %

Quelle: Angaben der Parteien (grau: betroffene Märkte).

Markt für gekühlte Convenience-Produkte für den Detailhandel

29. Durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben werden Hilcona (inkl. Coop) und Gastro Star mit einem kumulierten Marktanteil 2011 von [20–30] % zum grössten Anbieter von gekühlten Convenience-Produkten im schweizerischen Detailhandelskanal. Zweitgrösster Anbieter in diesem Markt ist die Migros-Gruppe (Produktionsbetrieb u.a. in Bischofszell, vgl. Bischofszell/Weisenhorn, RPW 2010/1 184 ff) mit einem Marktanteil von schätzungsweise [10–20] %. Daneben gibt es eine Reihe mittlerer und kleinerer Anbieter, so [die Fresh and Frozen Food AG, die Orior-Gruppe, die Prodague SA und die Spavetti AG mit Marktanteilen von jeweils 0–10 %]. Weitere schweizerische Anbieter von gekühlten Convenience-Produkten sind u.a. die Ospelt Food AG und die Gautschi Spezialitäten AG. Auch gekühlte Convenience-Produkte ausländischer Hersteller sind im schweizerischen Detailhandel zu finden, v.a. bei Aldi und Lidl. Es handelt sich gemäss Eingaben der Discounter aber meistens um Convenience-Produkte mit langer Resthaltbarkeit.

30. Ein Teilbereich des Marktes für gekühlte Convenience-Produkte für den Detailhandelskanal ist derjenige für gekühlte, küchenfertige Salate, Früchte und Gemüse

[5] Die Parteien schätzen den schweizerischen Gesamtmarkt für Convenience-Produkte für den Detailhandel für 2011, gerechnet zu Produzentenpreisen, auf CHF […] Mio. (davon CHF […] Mio. ungekühlt, CHF […] Mio. gekühlt und CHF […] Mio. tiefgekühlt), denjenigen bezüglich den Horeka-Kanal auf CHF […] Mio. (davon CHF […] Mio. ungekühlt und je CHF […] Mio. gekühlt und tiefgekühlt).

[6] Für die genauen Produktkategorien, welche für die Gesamtmarktschätzung durch die Parteien berücksichtigt wurden, vgl. Bell/Toni Hilti Treuhandschaft/Hilcona (RPW 2011/2, 288, Fn 8).

für den Detailhandelskanal. Würde dieser als eigenständiger sachlich relevanter Markt abgegrenzt, so wäre Gastro Star wahrscheinlich die Nummer eins in diesem Markt. So erwirtschaftete Gastro Star 2011 mit gekühlten, küchenfertigen Salaten, Früchten und Gemüsen im Detailhandelskanal einen Umsatz von CHF […] Mio. Bei einem grob geschätzten Gesamtmarkt von rund CHF 300 Mio.[7] hätte Gastro Star damit einen Marktanteil von rund [20–30] %. Auch die Coop-Gruppe ist in diesem Bereich tätig. So lieferten die zur Coop-Gruppe hinzuzuzählenden Unternehmen Hilcona AG (FL) und die Bell Schweiz AG gekühlte, küchenfertige Salate, Früchte und Gemüse im Wert von CHF […] Mio. an die Coop-Gruppe, allerdings liegen dem Sekretariat der WEKO (nachfolgend: Sekretariat) keine Zahlen dazu vor, welcher Anteil hiervon auf den Detailhandelskanal entfällt.

31. Zu den wichtigsten Wettbewerbern der Zusammenschlussparteien bei gekühlten, küchenfertigen Salaten, Früchten und Gemüsen im Detailhandelskanal gehören, wie aus Tabelle 4 ersichtlich, die Kellermann.ch AG mit einem Gesamtumsatz (inkl. Gastronomiekanal) im Jahr 2011 von über CHF […] Mio., die Prodague SA mit einem solchen von CHF […] Mio. und die Spavetti AG mit einem solchen von über CHF […] Mio. Ebenfalls Umsätze von über CHF […] Mio. im Jahr 2011 erwirtschafteten die Josef Müller Gemüse AG und Jean-Luc Gruber aus Pailly. Daneben sind eine Reihe v.a. kleinerer Produzenten in diesem Bereich tätig.

Tabelle 4: Umsätze in der Schweiz mit gekühlten, küchenfertigen Salaten, Früchten und Gemüsen, 2011 verschiedener Produzenten (Retail und Grosshandel)

Produzent	**Umsatz mit gekühlten, küchenfertigen Salate, Früchte und Gemüsen, 2011 [CHF Mio.][8]**	**Hauptabnehmer, in Klammer Umsatz mit diesen 2011 [CHF Mio.][9]**
Coop inkl. Bell und Hilcona (CH/FL)	[…] mindestens: DH und G	[…]
Gastro Star	[…] DH […][10] DH und G (ohne Logistikleistungen)	[…] […] […]
Migros-Produktionsbetriebe	k. A.	k. A.
Kellermann.ch AG	> […] DH und G	[...]
Prodague SA	[…] DH; […] total	[…]
Jean-Luc Gruber, Pailly	[…] DH und G	[…]
Josef Müller Gemüse AG	[…] DH und G	[…]
Spavetti AG	[…] DH; […] total	[…]
Bonatura AG	k. A.	[…]
Brunner AG	[…] mindestens	[…]
Eisberg Schweiz AG	[…] mindestens	[…]
Frey Gemüse AG	[…]	[…]
Frigemo AG	[…]	[…]

[7] Diese Schätzung des Sekretariats stützt sich auf folgende Informationen. […]. Des Weiteren wird der schweizweite Markt für geschnittene Früchte von einem Wettbewerber der Zusammenschlussparteien für 2011 auf CHF 23 Mio. geschätzt.

[8] Teilweise Gesamtumsatz des Unternehmens, d.h. inklusive weitere Geschäftsfelder nebst gekühlten, küchenfertigen Salaten, Früchten und Gemüsen wie beispielsweise nicht gekühltes, ganzes Gemüse und Logistikleistungen.

[9] Liste nicht vollständig.

[10] Gastro Star erzielte 2011 einen Gesamtumsatz (inkl. Logistikleistungen) von rund CHF 110 Mio. Vgl. „Hilcona AG übernimmt die Gastro Star AG“, 9. Mai 2012, publiziert auf der Hilcona-Homepage unter der Rubrik „Angebote für Medienschaffende“, http://www.hilcona.com/index.php?TPL=113&x270_id=255.

Produzent	Umsatz mit gekühlten, küchenfertigen Salate, Früchte und Gemüsen, 2011 [CHF Mio.][8]	Hauptabnehmer, in Klammer Umsatz mit diesen 2011 [CHF Mio.][9]
HPW AG	[…]	[…]
INTER BON Sagl	[…] mindestens	[…]
SCHWAB Gemüse und Früchte GmbH	[…] mindestens	[…]
Gesamtmarkt	Ca. 300	

Quelle: Angaben der Parteien und Erhebungen des Sekretariats. Abkürzungen: DH: Detailhandelskanal; G: Gastronomiekanal.

32. Die meisten dieser Produzenten sind auf die Produktion und den Vertrieb von gekühlten, küchenfertigen Salaten, Früchten und Gemüsen spezialisiert und stellen keine weiteren Convenience-Produkte her. Sie erzielen dabei oftmals mehr als die Hälfte ihres gesamten Umsatzes mit einem einzigen Detailhändler. Dies gilt beispielsweise, wie aus Tabelle 4 ersichtlich, für […]. Dies könnte u.a. darauf zurückzuführen sein, dass für die Belieferung von Ultrafrisch-Produkten ein gewisses Mindestvolumen beim einzelnen Abnehmer erforderlich ist, damit die Logistikkosten nicht zu sehr ins Gewicht fallen. Diese oftmals hohe Abhängigkeit von Migros oder Coop ist somit vermutungsweise auf die spezielle Erfordernisse der Frische des Produkts und der damit häufigen Belieferung der Kunden zurückzuführen und nicht auf mangelnde Initiative zur Kundendiversifikation.

33. Der Zusammenschluss könnte bewirken, dass die Coop-Gruppe (inkl. Hilcona) bestehende Lieferanten von gekühlten, küchenfertigen Salaten, Früchten und Gemüsen durch Lieferungen von Gastro Star ersetzt. […]. Allenfalls könnte der Zusammenschluss auch bewirken, dass das Volumen von Gastro Star bei der Migros-Gruppe (im Detailhandels- und/oder Gastronomiekanal) zurückgehen wird, was neue Absatzkanäle für Konkurrenten von Gastro Star eröffnen könnte.

Auswirkungen auf den Detailhandel

34. Durch das Zusammenschlussvorhaben geht für die Detailhändler ein potenzieller, unabhängiger Lieferant für gekühlte, küchenfertige Salate, Früchte und Gemüse verloren. Gemäss Erhebungen des Sekretariats beziehen die befragten Detailhändler ihre küchenfertigen Salate, Früchte und Gemüse mit einer Ausnahme von jeweils […] bis […] unterschiedlichen Produzenten.[11]

35. Gastro Star erzielte 2011 mit fast CHF […] Mio. annähernd [60–80] % ihres Umsatzes mit der Coop-Gruppe, davon CHF […] Mio. mit Coop-Retail. Die Lieferungen an weitere Detailhändler betrugen dabei lediglich CHF […] Mio., wovon CHF […] Mio. auf […] entfielen.[12] Im Horeka-Kanal erzielte Gastro Star 2011 einen Umsatz von CHF […] Mio., wovon CHF […] Mio. mit […] und CHF […] Mio. mit […]. Schliesslich erreichte sie mit Logistikleistungen 2011, wie bereits in Rz 4 geschildert, einen Umsatz von CHF […] Mio.

36. Fünf der acht Detailhändler, welche geantwortet haben, haben angegeben, dass sie keine Auswirkungen auf ihr Unternehmen durch das Zusammenschlussvorhaben erwarten. Dies ist vermutlich insbesondere darauf zurückzuführen, dass Gastro Star mit Ausnahme der Coop-Gruppe andere Detailhändler nicht oder nur in einem relativ geringen Ausmass beliefert. […] machten darauf aufmerksam, dass der Zusammenschluss eine Konzentration des Marktes bewirkt, während […] anmerkte, dass […]. Insgesamt scheint das vorliegende Zusammenschlussvorhaben somit wenig spürbare Auswirkungen auf die Detailhändler zu haben.

Auswirkungen auf Produzenten von Convenience-Produkten insb. von Salaten, Früchten und Gemüsen

37. Das Sekretariat befragte beim vorliegenden Zusammenschlussvorhaben, wie in Rz 6 erwähnt, sowohl Produzenten von gekühlten Convenience-Produkten im Allgemeinen als auch Produzenten von gekühlten, küchenfertigen Salaten, Früchten und Gemüsen und von Salatsaucen im Speziellen.

38. Die wichtigsten Lieferanten der Coop-Gruppe für gekühlte, schnittfertige Salate, Früchte und Gemüse sind neben der Coop-Gruppe inkl. Hilcona selbst und neben Gastro Star, wie aus Tabelle 4 ersichtlich, […] mit einem Umsatz 2011 mit Coop von CHF […] Mio. und […] mit einem solchen von […] Mio. […].

39. Dabei zeigte sich, dass Produzenten von gekühlten, küchenfertigen Salaten, Früchten und Gemüsen die Auswirkungen auf ihr Unternehmen durchschnittlich deutlich negativer bewerteten als diejenigen Hersteller von gekühlten Convenience-Produkten, welche nicht im Bereich der Produktion von gekühlten, küchenfertigen Salaten, Früchten und Gemüsen tätig sind. […].

[11] Die einzige Ausnahme ist […].
[12] Angaben gemäss den Parteien. […].

40. Von Herstellern, die nicht im Bereich gekühlte, küchenfertige Salate, Früchte und Gemüse tätig sind, kamen sehr unterschiedliche Reaktionen bezüglich die Auswirkungen des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens auf ihr Unternehmen. So reichten diese von Bedenken bezüglich die steigende Marktmacht der Zusammenschlussparteien über keine zu erwartenden Auswirkungen bis hin zu Chancen in anderen Kanälen durch das Zusammenschlussvorhaben.

41. Schliesslich äusserten mehrere vom Sekretariat befragte Marktteilnehmer Bedenken bezüglich das Zusammenschlussvorhaben aufgrund der von Gastro Star erbrachten Logistik-Dienstleistungen. Gastro Star hat im letzten Jahrzehnt eine nationale Logistikplattform für ultrafrische Convenience-Produkte (Haltbarkeit von 2–4 Tagen) entwickelt, welches auch von anderen Wettbewerbern benutzt wird für die Belieferung von Coop als auch weiteren nicht zu Coop gehörenden Betrieben. […].

42. Allerdings haben bereits mehrere Lieferanten von Migros eine ähnliche Plattform aufgebaut, die allenfalls auch erweitert werden könnte. Auch könnte vor dem Hintergrund des grossen Volumens der Migros eine neue Plattform entstehen, die an die Effizienz derjenigen von Gastro Star herankommen könnte. Deshalb ist davon auszugehen, dass keine gewichtigen Argumente gegen das Zusammenschlussvorhaben aufgrund der Logistikplattform von Gastro Star vorliegen.

C Nebenabreden – Konkurrenzverbote

43. Die bisherigen Aktionäre der Gastro Star werden nach Vollzug dieses Zusammenschlussvorhabens weiterhin als Arbeitnehmer der Gastro Star tätig sein, und zwar mit unbefristeten Einzelarbeitsverträgen resp. mit Arbeitsverträgen mit einer Dauer von […]. Für die Zeit nach einer allfälligen Beendigung des Arbeitsverhältnisses wurde zwischen den Vertragsparteien im Aktienkaufvertrag ein Konkurrenzverbot vereinbart. Demnach verpflichten sich die bisherigen Aktionäre der Gastro Star, […] jeglicher konkurrenzierender Tätigkeit der Gesellschaften der Gastro Star (oder einer nahestehenden Person) zu enthalten.

44. Im Entscheid ISS/Edelweissfm[13] hat die WEKO ihre Praxis zu den Konkurrenzverboten nach der EU-Bekanntmachung[14] gerichtet. Demnach sind Konkurrenzverbote im Rahmen von Unternehmenszusammenschlüssen nicht als Wettbewerbsabreden zu qualifizieren, wenn sie unmittelbar mit dem Zusammenschluss verbunden sind und räumlich, sachlich, zeitlich und persönlich notwendig sind, um den Aufbau des Kundenstamms und/oder des Know-hows nach einem vollzogenen Zusammenschlussvorhaben sicherzustellen.[15]

45. Die in Rz 43 beschriebenen, […] dauernden Konkurrenzverbote […]. Es ist also nicht voraussehbar, zu welchem Zeitpunkt diese Konkurrenzverbote zu laufen beginnen. Somit kann die WEKO auch nicht beurteilen, ob das Konkurrenzverbot tatsächlich unmittelbar mit dem Zusammenschluss verbunden ist. Auf eine Überprüfung der Zulässigkeit dieser Konkurrenzverbote im Rahmen der vorliegenden Analyse wurde deshalb verzichtet.

D Schlussfolgerung

46. Eine allfällige Umsatzeinbusse bei der Coop-Gruppe könnten Produzenten von gekühlten, küchenfertigen Salaten, Früchten und Gemüsen allenfalls durch die Zunahme ihrer Belieferungen in anderen Absatzkanälen ausgleichen.

47. Allenfalls könnte die von Gastro Star angebotene Logistik-Plattform, welche bis anhin auch von weiteren Produzenten genutzt worden ist, durch den Zusammenschluss für andere Produzenten resp. Abnehmer eingeschränkt werden resp. an Attraktivität verlieren. Allerdings ist davon auszugehen, dass eine gleichwertige Plattform von anderen Produzenten resp. Abnehmern aufgebaut oder eine bestehende Plattform erweitert werden kann.

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

[13] RPW 2006/4, 690 Rz 41f, *ISS/Edelweissfm*; siehe auch RPW 2010/3, 505 Rz 65, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.
[14] Vgl. Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABl 2005/C 56/03, Rz 18 (nachfolgend EU-Bekanntmachung).
[15] Vgl. EU-Bekanntmachung (Fn 14), Rz 12 und 19.

B 2.3	4. Schweizerische Post/La Poste

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 4. Juli 2012

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 4. Juli 2012

A Sachverhalt

A.1 Das Vorhaben und die involvierten Unternehmen

A.1.1 Das Vorhaben

1. Am 4. Juni 2012 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine gemeinsame Meldung der Swiss Post International Holding AG (nachfolgend SPI) bzw. von deren Muttergesellschaft Schweizerische Post sowie der La Poste Global Mail SAS (nachfolgend LPGM) bzw. von deren Muttergesellschaft La Poste über ein Zusammenschlussvorhaben eingegangen.[1] Danach beabsichtigen die Schweizerische Post (über die Tochtergesellschaft SPI) und La Poste (über die Tochtergesellschaft LPGM) ein Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen zu gründen. Dieses soll als Schweizer Aktiengesellschaft mit Sitz in Bern gegründet („JV Holding“) und von der SPI und der LPGM zu gleichen Teilen gehalten werden. Ausserdem würden die SPI und die LPGM eine Tochtergesellschaft der JV Holding (die „JV Management Company“) als französische société par actions simplifiée mit Sitz in Paris und einer Zweigniederlassung in Bern gründen.[2]

2. Das Kerngeschäft des Gemeinschaftsunternehmen wird gemäss Meldung in der Erbringung von Dienstleistungen im Bereich grenzüberschreitende adressierte physische Briefpostsendungen bis zu einem Gewicht von 2 kg und andere internationale adressierte Briefpostsendungen gemäss Art 12 Abs. 2 des „letter post manual of the universal postal convention“ des Weltpostvereins („UPU“) liegen.[3]

3. Die SPI und die LPGM planen, alle ihre ausländischen Tochtergesellschaften, die im Bereich der grenzüberschreitenden Maildienstleistungen tätig sind, in das Gemeinschaftsunternehmen einzubringen. Nicht in das Gemeinschaftsunternehmen eingebracht würden indes die Aktivitäten der Schweizerischen Post und der La Poste im Bereich eingehende und ausgehende Post in ihren jeweiligen Heimmärkten.[4]

4. Nebst dem Kerngeschäft wird das Gemeinschaftsunternehmen gemäss Meldung ausserhalb der Schweiz in geringem Ausmass auch andere Dienstleistungen erbringen, insbesondere Postvorbereitungsdienstleistungen im Vereinigten Königreich und in Österreich, Logistikdienstleistungen in Italien, Speditionsdienstleistungen im Vereinigten Königreich und in Einzelfällen weitere massgeschneiderte Mehrwertdienstleistungen.[5] In der Schweiz werde das Gemeinschaftsunternehmen die Tätigkeiten der drei „Pressegesellschaften“ von der SPI übernehmen.[6] Zusätzlich zu den Aktivitäten in Europa werde das Gemeinschaftsunternehmen auch in den USA und in Asien (Singapur, Hongkong, China, Indien, asiatischer Pazifikraum) tätig sein.[7]

5. Das Zusammenschlussvorhaben wurde ebenfalls bei der europäischen Kommission gemeldet.[8] Der Entscheid steht allerdings noch aus.

A.1.2 Die involvierten Unternehmen

A.1.2.1 Die Schweizerische Post und SPI

6. Die Schweizerische Post ist eine öffentlich-rechtliche Anstalt gemäss den Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 30. April 1997 über die Organisation der Postunternehmung des Bundes (Postorganisationsgesetz, POG; SR 783.1). Die Schweizerische Post erbringt den Universaldienst in der Schweiz, bestehend aus Dienstleistungen des Post- und Zahlungsverkehrs, gemäss den Bestimmungen des Postgesetzes vom 30. April 1997 (PG; SR 783.0) und der Postverordnung vom 26. November 2003 (VPG; SR 783.01).

7. Bei der SPI handelt es sich um eine 100 %-ige Tochtergesellschaft der Schweizerischen Post. Gemäss Meldung sei das Kerngeschäft der SPI das internationale Mailgeschäft und weltweite industriespezifische Maildienstleistungen. SPI biete ihren Geschäftskunden grenzüberschreitende Maillösungen an. Zusätzlich zum Mailgeschäft sei die SPI mit drei Tochtergesellschaften im Bereich des Verlagsmarketings und von Kontraktlogistikdienstleistungen für den Vertrieb von Printmedien tätig: die MDS Media Data Services AG (nachfolgend MDS), die Edigroup SA (nachfolgend Edigroup) und die EDS Export & Distribution Services AG (nachfolgend EDS) sind gegenwärtig Teil der Geschäftseinheit SPI Press.[9]

A.1.2.2 La Poste und LPGM

8. La Poste ist der staatliche französische Postdienstleister. Organisatorisch gliedere sich La Poste in vier Hauptbereiche, in denen verschiedene Niederlassungen oder Tochtergesellschaften aktiv seien: „Mail, Parcels, Banking und das französische Retail Network“.[10]

[1] Meldung vom 4. Juni 2012 (nachfolgend Meldung).
[2] Vgl. Meldung, Rz 9, 13 f., 24, 38 ff.
[3] Vgl. Meldung, Rz 27.
[4] Vgl. Meldung, Rz 25 ff.
[5] Vgl. Meldung, Rz 27.
[6] Vgl. Meldung, Rz 29.
[7] Vgl. Meldung, Rz 31.
[8] Vgl. Meldung, Rz 48.
[9] Vgl. Meldung, Rz 9 f.
[10] Vgl. Meldung, Rz 17.

9. Bei der LPGM handelt es sich gemäss Meldung um eine 100 %-ige Tochtergesellschaft der Sofipost SA (nachfolgend Sofipost). Die Sofipost und ihre Tochtergesellschaften würden Post- und Maildienstleistungen erbringen und Lösungen in den Bereichen elektronische Publikationen und industrielle Dokumentenverwaltung für Privat- und Geschäftskunden anbieten. Die Sofipost sei wiederum eine Tochtergesellschaft der La Poste.[11]

10. Die LPGM erbringe internationale Maildienstleistungen und habe Tochtergesellschaften in den USA, Frankreich, Deutschland und im Vereinigten Königreich. Diese Tochtergesellschaften böten ausserhalb von Frankreich internationale Maildienstleistungen an. In der Schweiz sei die LPGM via „La Poste The International Mail Solution“ (nachfolgend LPIMS) in beschränktem Masse im Bereich ausgehende Mail für Geschäftskunden tätig. Die LPIMS biete ihre Dienstleistungen in der Schweiz durch in Paris ansässiges Verkaufspersonal an. Im Bereich ausgehende Mail für Geschäftskunden der Sparte Presse und Verlagswesen biete die LPIMS ihre Dienstleistungen über einen Verkaufsagenten (die EDS) an. Im Bereich nationale und internationale Expresspakete sei La Poste in der Schweiz namentlich über die DPD (Schweiz) AG aktiv. Die DPD (Schweiz) AG sei eine Tochtergesellschaft der GeoPost GmbH, einer weltweiten Anbieterin von Paket- und Expressdienstleistungen. La Poste halte einen Anteil von 100 % an der GeoPost GmbH. Über ihre Tochtergesellschaft Sefas unterhalte La Poste zudem eine geringfügige Aktivität im Bereich Softwareverkäufe für individualisierte und industrielle Kommunikationsunterstützung. Die Aktivitäten der Sefas seien marginal. Sefas werde nicht in das Gemeinschaftsunternehmen eingebracht und sei deshalb nicht Teil des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens.[12]

A.2 Ziele der Zusammenschlussvorhabens

11. Laut Meldung sei der Bereich der physischen Post seit Jahren rückläufig. Dies liege primär an der steten Zunahme der elektronischen Kommunikation. Die Schweizerische Post und La Poste hätten vergleichbare Stellungen im Markt und ergänzten sich in der geografischen Ausdehnung ihrer Aktivitäten. Um eine kritische Grösse zu erlangen, beabsichtigten die Schweizerische Post und La Poste, ihre Tätigkeiten im Bereich der internationalen Maildienstleistungen in einem Gemeinschaftsunternehmen zusammenzulegen. Das Zusammenschlussvorhaben ermögliche den Parteien, in einem höchst kompetitiven Umfeld weltweit eine grössere Auswahl an Leistungen und die bestmöglichen Zusatzdienstleistungen anzubieten. Die Kunden würden folglich von einem vollständigeren weltweiten Angebot profitieren können, kombiniert mit optimierten Transportmöglichkeiten und einem verbesserten Vertriebsnetzwerk. Das Gemeinschaftsunternehmen ermögliche den Parteien substantielle Kosteneinsparungen in den Bereichen Zustellung, IT, Sortierung in Europa und den USA, Transport in Europa und den USA sowie Produktmanagement. Davon würden letztendlich die Endkunden profitieren, da sich die Kosteneinsparungen in den Preisen für die Dienstleistungen des Gemeinschaftsunternehmens niederschlagen würden.[13]

A.3 Das Verfahren

12. Am 4. April 2012 ging beim Sekretariat ein Meldungsentwurf zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben ein. Mit Schreiben vom 18. April 2012 nahm das Sekretariat dazu Stellung. Am 14. und 24. Mai 2012 äusserte sich das Sekretariat zu weiteren Meldungsentwürfen vom 7. und 21. Mai 2012.

13. Am 4. Juni 2012 reichten die Parteien die gemeinsame Meldung gemäss Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) in Verbindung mit Art. 9 Abs. 1 Bst. b der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) ein.

14. Mit Schreiben vom 5. Juni 2012 bestätigte das Sekretariat den Eingang und mit Schreiben vom 14. Juni 2012 die Vollständigkeit der Meldung. Gemäss Art. 20 Abs. 1 VKU beginnt die Frist von einem Monat für die Einleitung des Prüfungsverfahrens am Tag nach Eingang der vollständigen Meldung, im vorliegenden Fall daher am 5. Juni 2012, und endet am 5. Juli 2012.

15. Um die Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf den Markt besser beurteilen zu können, versandte das Sekretariat Fragebögen an mehrere Anbieter und Nachfrager von eingehenden und ausgehenden Briefpostsendungen. Ein Grossteil der Befragten antwortete zwischen dem 7. und 27. Juni 2012, jedoch gingen nicht alle Antworten bis zum Abschluss der vorläufigen Prüfung ein.

16. Mit Schreiben vom 14. Juni 2012 verlangte das Sekretariat in Anwendung von Art. 15 VKU weitere Auskünfte und Unterlagen. Die Antwort der meldenden Unternehmen ging am 19. Juni 2012 ein.

17. Gemäss Meldung und einem dazugehörigen Schreiben der Parteien vom 4. Juni 2012 ist gegenüber der Europäischen Kommission die Abgabe eines „Commitments“ vorgesehen. In diesem Commitment würden sich die Parteien dazu verpflichten, falls notwendig, die Aktivitäten im Bereich ausgehende Briefpost für Geschäftskunden von SPI in Frankreich sowie von La Poste in der Schweiz zu veräussern. Diese Aktivitäten sollten gemeinsam als Paket veräussert werden. Die Parteien würden sich bereit erklären, allfällige rechtskräftige Verpflichtungszusagen, Auflagen oder Bedingungen aus dem parallelen Fusionskontrollverfahren vor der Europäischen Kommission auch in der Schweiz umzusetzen, sofern diese die Schweiz beträfen. Sofern die oben erwähnten Verpflichtungszusagen nicht Gegenstand des Genehmigungsentscheids der Europäischen Kommission werden sollten, würden sich die Parteien gegenüber

[11] Vgl. Meldung, Rz 13 f.
[12] Vgl. Meldung, Rz 19 ff.
[13] Vgl. Meldung, Rz 35 ff.

der Wettbewerbskommission verpflichten, die Aktivitäten von La Poste im Bereich ausgehende Briefpost für Geschäftskunden in der Schweiz zu veräussern, falls die Wettbewerbskommission dies für die Genehmigung des Zusammenschlussvorhabens als notwendig erachte. Damit sei gewährleistet, dass das Zusammenschlussvorhaben keinesfalls zu Überlappungen zwischen den Aktivitäten der Parteien in der Schweiz führe und damit keinerlei wettbewerbsrechtliche Bedenken hervorrufe.[14]

18. Nachdem die Parteien dem Sekretariat mitgeteilt hatten, dass die Europäische Kommission das Commitment betreffend die Aktivitäten der LPIMS in der Schweiz voraussichtlich nicht annehmen werde, reichten die Parteien dem Sekretariat mit Eingabe vom 22. Juni 2012 eine Verpflichtungszusage ein. Nach einer kurzen Bereinigungsphase gaben die Parteien gegenüber dem Sekretariat am 27. Juni 2012 die definitive Verpflichtungszusage ab. Gemäss dieser werden die geschäftlichen Aktivitäten der LPGM/LPIMS im Bereich ausgehende Briefpostsendungen für Geschäftskunden in der Schweiz verkauft, falls dies aus Sicht der Wettbewerbsbehörden notwendig werden würde. Auf den genauen Inhalt der Verpflichtungszusage wird in Rz 132 ff. hiernach näher eingegangen.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

B.1.1 Unternehmen

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

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

21. Als Unternehmenszusammenschluss gilt jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen (Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG).

22. Gründen zwei oder mehr Unternehmen ein Unternehmen, das sie gemeinsam kontrollieren wollen, so liegt ein Unternehmenszusammenschluss vor, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (Vollfunktion) und in dieses Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen einfliessen (Art. 2 Abs. 2 VKU).

B.1.2.1 Erlangung der Kontrolle

23. Ein Unternehmen erlangt im Sinn von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen (Zielunternehmen), wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Zielunternehmens auszuüben (Art. 1 VKU).

24. Gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG kann die Kontrolle über ein Zielunternehmen sowohl unmittelbar als auch mittelbar erlangt werden. Beim unmittelbaren Kontrollerwerb erlangt dasjenige Unternehmen die Kontrolle, welches aus den jeweiligen Rechtsverhältnissen (Statuten, Aktionärbindungsvertrag, etc.) direkt am Zielunternehmen berechtigt ist. Dies ist grundsätzlich bei jedem Übernahmevorgang der Fall. Wenn jedoch ein Unternehmen an einem Zielunternehmen berechtigt wird und ersteres seinerseits von einem dritten Unternehmen (Mutterunternehmen) kontrolliert wird, so findet möglicherweise kein unmittelbarer, sondern ausschliesslich ein mittelbarer Kontrollerwerb statt. Ein nur mittelbarer Kontrollerwerb findet insbesondere dann statt, wenn das direkt am Zielunternehmen berechtigte Unternehmen von seinem Mutterunternehmen nur vorgeschoben ist.[15]

25. Als Mittel der Kontrolle kommen gemäss Art. 1 Bst. a und b VKU insbesondere in Frage: Eigentums- oder Nutzungsrechte an der Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens des zu kontrollierenden Unternehmens sowie Rechte oder Verträge, die einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratungen oder Beschlüsse der Organe des zu kontrollierenden Unternehmens gewähren.

26. Vorliegend werden die SPI und die LPGM gemäss Meldung je 50 % der Aktien der JV Holding halten.[16] Die SPI und die LPGM werden ihrerseits hundertprozentig von der Schweizerischen Post bzw. von La Poste beherrscht. Demzufolge ist von einem mittelbaren Kontrollerwerb durch die Schweizerische Post und La Poste und von einem unmittelbaren Kontrollerwerb durch die SPI und die LPGM auszugehen.

B.1.2.2 Gemeinsame Kontrolle

27. Gemeinsame Kontrolle besteht, wenn zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Möglichkeit haben, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens auszuüben.[17] Gemeinsame Kontrolle liegt somit vor, wenn die kontrollierenden Unternehmen strategische geschäftspolitische Entscheidungen, d.h. Entscheidungen über Budget, Geschäftsplan, grössere Investitionen und die Besetzung der Unternehmensleitung gemeinsam treffen, wobei nicht unbedingt eine einstimmige Beschlussfassung für alle diese Rechte gleichzeitig bestehen muss.[18] Die Praxis der Wettbewerbskommission nimmt dabei Bezug auf die entsprechende Praxis der EU-Kommission.[19]

[14] Vgl. Meldung, Rz 30; Schreiben vom 4. Juni 2012.
[15] Vgl. RPW 2011/4, 670 f. 38 f., *Fluxys/Swissgas/Transitgas*, mit Hinweis auf die Praxis der EU-Kommission.
[16] Vgl. Meldung, Rz 39.
[17] Vgl. RPW 2012/1, 148 Rz 32, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*; MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert [Hrsg.], 2010, Art. 4 Abs. 3 KG N 223.
[18] Vgl. RPW 2012/1, 148 Rz 32, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*; RPW 2008/2, 275 Rz 16, *Sony Ericsson/Motorola*.
[19] Vgl. RPW 2012/1, 148 Rz 32, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*; RPW 2005/2, 349 Rz 23 f., *Swissgrid*; RPW 2006/3, 480 Rz 36, *Atel - EOSH-Aktiven*.

28. Die EU-Kommission führt dazu in ihrer Berichtigung der Konsolidierten Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen[20] (EU-Mitteilung) aus, dass im Unterschied zur alleinigen Kontrolle, bei der ein einzelner Gesellschafter die strategischen Entscheidungen des Unternehmens bestimmen kann, bei einer gemeinsamen Kontrolle Pattsituationen entstehen können, weil zwei oder mehr der Muttergesellschaften die Möglichkeit haben, strategische Entscheidungen zu blockieren. Diese Gesellschafter müssen folglich die Geschäftspolitik des Gemeinschaftsunternehmens einvernehmlich festlegen und zusammenarbeiten.[21] Eine gemeinsame Kontrolle liegt dann vor, wenn die Muttergesellschaften bei allen wichtigen Entscheidungen, die das Gemeinschaftsunternehmen betreffen, Übereinstimmung erzielen müssen.[22]

29. In der Meldung wird diesbezüglich im Wesentlichen Folgendes ausgeführt: Die SPI und die LPGM beabsichtigten die Einführung eines „dual board system". Der Verwaltungsrat werde aus sechs Mitgliedern bestehen, wobei die SPI und die LPGM jeweils drei Mitglieder ernennen könnten. Der Verwaltungsrat könne insbesondere den CEO ernennen sowie die vom CEO vorgeschlagenen Mitglieder des Management Board bestätigen.[…] Die entsprechenden Bestimmungen fänden sich im Aktionärbindungsvertrag.[23]

30. Aus diesen Ausführungen ergibt sich, dass sämtliche strategischen und geschäftspolitischen Entscheidungen nur durch Kooperation der beiden Unternehmen erfolgen können. Demgemäss werden die Schweizerische Post (durch die SPI) und La Poste (durch die LPGM) das Gemeinschaftsunternehmen gemeinsam kontrollieren.

B.1.2.3 Vollfunktion

31. Gemäss Praxis der Wettbewerbskommission liegt der Vollfunktionscharakter eines Gemeinschaftsunternehmens im Sinn von Art. 2 Abs.1 VKU unter folgenden Voraussetzungen vor:[24]

- Das Gemeinschaftsunternehmen muss als Nachfrager oder Anbieter am Markt auftreten.
- Das Gemeinschaftsunternehmen tritt als selbständige wirtschaftliche Einheit auf. Es muss somit in der Lage sein, eine eigene Geschäftspolitik verfolgen zu können.
- Das Gemeinschaftsunternehmen ist auf Dauer angelegt, d.h. es ist dazu bestimmt und in der Lage, seine Tätigkeiten zeitlich unbegrenzt, zumindest aber langfristig auszuüben.
- Das Gemeinschaftsunternehmen muss über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management und ausreichende Ressourcen wie finanzielle Mittel, Personal, materielle und immaterielle Vermögenswerte verfügen.

B.1.2.3.1. Marktauftritt

32. Soweit ein Gemeinschaftsunternehmen als Anbieter auf dem Markt auftritt, ist nach der Praxis der Wettbewerbskommission das entsprechende Vollfunktionsmerkmal regelmässig zu bejahen.[25]

33. In der Meldung wird ausgeführt, das Gemeinschaftsunternehmen werde im Rahmen seiner Geschäftstätigkeiten weltweit direkten Zugang zu seinen Kunden haben und seine Dienstleistungen unter einer eigenen Marke erbringen.[26] Es werde demzufolge als unabhängiges Unternehmen auf dem Markt auftreten und selbständig Zugang zu den internationalen Märkten für grenzüberschreitende Maildienstleistungen haben.

34. Das Gemeinschaftsunternehmen werde spezifische Dienstleistungen für die Muttergesellschaften erbringen.[…][27]

35. Gestützt auf die Angaben in der Meldung ist davon auszugehen, dass die JV Holding in ihrem Geschäftsbereich, das heisst insbesondere im Bereich von adressierten ausgehenden Briefpostsendungen für Geschäftskunden als Anbieter auftreten wird. Das Vollfunktionskriterium des Marktauftritts ist daher zu bejahen.

B.1.2.3.2. Selbständige wirtschaftliche Einheit

36. Das Erfordernis der selbständigen wirtschaftlichen Einheit bedeutet nach Praxis und Lehre nicht, dass das Gemeinschaftsunternehmen sämtliche Entscheidungen selbständig treffen können muss. Dass auf strategischer Ebene die Mutterunternehmen die Entscheidungen treffen und nicht das Gemeinschaftsunternehmen, ist gerade Voraussetzung für das Vorliegen gemeinsamer Kontrolle. Das Vollfunktionskriterium der selbständigen wirtschaftlichen Einheit beschlägt daher die Selbständigkeit der Gemeinschaftsunternehmens in operativer / funktionaler Hinsicht.[28]

37. […] Das Gemeinschaftsunternehmen werde als selbständige Einheit auf dem Markt auftreten und sämtliche Funktionen ausüben, die ein Unternehmen in diesem Markt üblicherweise ausübt.[29]

38. Entsprechend diesen Ausführungen ist die JV Holding als selbständige wirtschaftliche Einheit zu qualifizieren.

[20] ABl. C 43/10 vom 21.2.2009.
[21] Vgl. EU-Mitteilung, Rz 62.
[22] Vgl. RPW 2012/1, 148 Rz 34, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*; vgl auch EU-Mitteilung, Rz 63.
[23] Vgl. Meldung, Rz 39.
[24] Vgl. RPW 2012/1, 149 Rz 38, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*; RPW 2011/3, 430 ff. Rz 89 ff., *Swisscom (Schweiz) AG/Groupe E SA*; RPW 2011/2, 283 Rz 3, *Resun Plus AG*.
[25] Vgl. RPW 2012/1, 149 Rz 39, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*; RPW 2011/3, 430 Rz 89, *Swisscom (Schweiz) AG/Groupe E SA*; RPW 2011/2, 283 Rz 4 f., *Resun Plus AG*.
[26] Vgl. Meldung, Rz 44.
[27] Vgl. Meldung, Rz 43.
[28] Vgl. RPW 2012/1, 149 Rz 42, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*; BSK KG-REINERT (Fn 17), Art. 4 Abs. 3 KG N 316.
[29] Vgl. Meldung, Rz 43.

B.1.2.3.3. Auf Dauer angelegt

39. Wann ein Zusammenschluss und die damit einhergehende Veränderung der Marktstruktur von Dauer ist, kann nicht verallgemeinert werden. Die Dauerhaftigkeit kann sich gemäss der Praxis der Wettbewerbskommission aus dem Umstand ergeben, dass das Gemeinschaftsunternehmen gemäss Statuten oder Gründungsverträgen auf unbestimmte Dauer angelegt ist.[30] Auch kann in der Regel die Tatsache, dass die kontrollierenden Unternehmen dem Gemeinschaftsunternehmen Ressourcen übertragen, als Nachweis für die Dauerhaftigkeit gelten.[31]

40. Der Aktionärbindungsvertrag sieht vor, dass das Gemeinschaftsunternehmen keiner zeitlichen Beschränkung unterliegt. […].[32]

41. Aufgrund dieser Ausführungen und aufgrund des Umstandes, dass dem Gemeinschaftsunternehmen in erheblichem Umfang Ressourcen übertragen werden[33], kann davon ausgegangen werden, dass die JV Holding dazu bestimmt und in der Lage ist, ihre Tätigkeiten zumindest langfristig auszuüben und damit das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer angelegt ist.

B.1.2.3.4. Management und Ressourcen

42. Ob ein Gemeinschaftsunternehmen nebst dem Management über ausreichende personelle und finanzielle Ressourcen verfügt, lässt sich nicht in allgemeiner Weise bemessen. Welche Ressourcen als ausreichend zu qualifizieren sind, bestimmt sich aufgrund der konkreten Geschäftstätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens.[34]

43. Gemäss Meldung seien die einzubringenden Tochtergesellschaften bereits heute selbständig in den relevanten Märkten tätig und verfügten über die erforderlichen personellen, materiellen und finanziellen Mittel, um auch nach dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens in den jeweiligen Märkten tätig zu sein. Die meldenden Parteien würden bestimmte Vermögenswerte, […] und auch Personal im Bereich internationale Mailaktivitäten in das Gemeinschaftsunternehmen einbringen. Dabei würden rund neunzig Angestellte in die JV Management Company überführt. Ab Aufnahme seiner Geschäftstätigkeit werde das Gemeinschaftsunternehmen weltweit mehr als tausend Angestellte beschäftigen.[35]

44. Gestützt auf die Angaben in der Meldung ist davon auszugehen, dass das Gemeinschaftsunternehmen sowohl über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management als auch über ausreichende Ressourcen verfügen wird.

B.1.2.4 Einbringung von Geschäftstätigkeit

45. Nach der Praxis der Wettbewerbskommission ist dieses Tatbestandsmerkmal üblicherweise weit auszulegen. Danach genügt zu dessen Erfüllung bereits die Einbringung von Vertriebsorganisation, Produktionsanlagen oder wesentlichem Know-how.[36]

46. In der Meldung wird ausgeführt, beide Zusammenschlussparteien würden Tochtergesellschaften, Vermögenswerte und Mitarbeiter in das Gemeinschaftsunternehmen einbringen.[37]

47. Aufgrund der Angaben in der Meldung ist auch das Kriterium des Einbringens von Geschäftstätigkeit vorliegend als erfüllt zu betrachten. Die JV Holding ist damit als Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen zu qualifizieren.

B.1.3 Beteiligte Unternehmen

48. Bei der Erlangung der Kontrolle gelten sowohl die kontrollierenden als auch die kontrollierten Unternehmen als beteiligte Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU). Kein beteiligtes Unternehmen ist grundsätzlich das neu zu gründende Gemeinschaftsunternehmen.[38]

49. Im vorliegenden Fall sind die SPI bzw. die Schweizerische Post und die LPGM bzw. La Poste als beteiligte Unternehmen.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

50. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen (Art. 3 Abs. 1 KG). Dies ist insbesondere für Regelungen der Fall, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Bst. a) oder die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Bst. b). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben (Art. 3 Abs. 2 KG). Letzteres ist für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts nicht von Bedeutung.

51. Art. 3 KG regelt das Verhältnis des Kartellgesetzes zu anderen Rechtsvorschriften. Dabei geht es um die Frage, inwieweit das Kartellgesetz auf Wirtschaftsbereiche Anwendung finden kann, in denen der Staat mittels öffentlich-rechtlicher Vorschriften die Wettbewerbsfreiheit ganz oder teilweise aufgehoben hat, weil im betreffenden Bereich das Regelsystem „Markt“ seine Funktionen nicht oder nicht genügend zu erfüllen vermag (sog. Marktversagen)[39] oder zu sozial unerwünschten Verteilungen führt (sog. Verteilungsprobleme).[40] Nicht jede staatliche Intervention führt indes zwingend zur Ausschaltung des Wettbewerbsprinzips auf einem bestimmten Markt: Lässt der gesetzliche Rahmen und das

[30] Vgl. RPW 2005/2, 360 Rz 30, *Cashgate.*
[31] Vgl. RPW 2009/4, 390 Rz 107, *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*; vgl. zum Ganzen auch BSK KG-REINERT (Fn 17), Art. 4 Abs. 3 KG N 362.
[32] Vgl. Entwurf des Aktionärbindungsvertrags (Beilage 11 zur Meldung), Ziff. 13.
[33] Vgl. dazu nachfolgend Rz 42 ff.
[34] Vgl. BSK KG-REINERT (Fn 17), Art. 4 Abs. 3 KG N 331.
[35] Vgl. Meldung, Rz 43.
[36] Vgl. RPW 2012/1, 150 Rz 56, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*; RPW 2008/1, 125 Rz 17, *General Electric Company/Credit Suisse Private Equity*; vgl. auch BSK KG-REINERT (Fn 17), Art. 4 Abs. 3 KG N 374 ff.
[37] Vgl. Meldung, Rz 45.
[38] Vgl. BSK-KG Reinert (Fn 17), Art. 9 KG N 45.
[39] Vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2004/3, 873 E. 3.2, *Unique*, m. w. H.
[40] Vgl. RPW 2010/4, 641 Rz 9, *EDV-Hilfsmittel für Blinde und Sehbehinderte*; RPW 2010/4, 655 Rz 54, *Hors-Liste Medikamente*.

dadurch geschützte öffentliche Interesse dafür Raum, so kommen die wettbewerbsrechtlichen Regeln auch hier zum Tragen.[41]

52. Die Wettbewerbsbehörden haben das Vorliegen von vorbehaltenen Vorschriften im Rahmen der Rechtsanwendung von Amtes wegen zu klären.[42] Dabei ist zu prüfen, ob der Gesetzgeber von einem Marktversagen oder Verteilungsproblem ausgegangen ist und deshalb mit seinen Vorschriften den Wettbewerb in einem bestimmten Wirtschaftsbereich ausschalten wollte. Es allerdings nicht Sache der rechtsanwendenden Behörden zu überprüfen, ob im konkreten Bereich tatsächlich Marktversagen oder Verteilungsprobleme vorliegen.[43]

53. Vorbehaltene Vorschriften können sich grundsätzlich aus dem Bundesrecht, dem kantonalen Recht und allenfalls aus dem kommunalen Recht ergeben.[44]

54. Im Postgesetz werden die Dienstleistungen festgehalten, welche von der Post im Post- und Zahlungsverkehr angeboten werden (Art. 1 Abs. 2 PG). Die Post erbringt einen ausreichenden Universaldienst, bestehend aus Dienstleistungen des Post- und Zahlungsverkehrs. Die Dienstleistungen des Postverkehrs umfassen die Annahme, die Abholung, den Transport und die Zustellung von Sendungen in der Regel an allen Werktagen, mindestens aber an fünf Tagen pro Woche. Die Post gewährleistet den freien Zugang zu den Dienstleistungen des Universaldienstes. Dieser muss in allen Landesteilen nach gleichen Grundsätzen, in guter Qualität und zu angemessenen Preisen angeboten werden. Dazu betreibt die Post landesweit ein flächendeckendes Poststellennetz und stellt sicher, dass die Dienstleistungen des Universaldienstes in allen Regionen für alle Bevölkerungsgruppen in angemessener Distanz erhältlich sind (Art. 2 PG).

55. Die Dienstleistungen der Post werden in drei Dienste aufgeteilt: Die reservierten Dienste, die nicht reservierten Dienste und die Wettbewerbsdienste. Die reservierten Dienste sind Dienstleistungen der Universaldienste, die ausschliesslich von der Post angeboten werden und zu deren Erbringung die Post verpflichtet ist (Art. 1 Bst. b VPG). Darunter fällt namentlich die Beförderung adressierter inländischer und aus dem Ausland eingehender Briefpostsendungen, die nicht schwerer als 50 Gramm sind (Art. 2 Abs. 1 VPG). Bei den nicht reservierten Diensten handelt es sich um Dienstleistungen des Universaldienstes, welche die Post in Konkurrenz mit anderen Anbieterinnen erbringt und zu deren Erbringung die Post verpflichtet ist (Art. 1 Bst. c VPG). Bestandteil dieser nicht reservierten Dienste ist u. a. auch die Beförderung der abgehenden Briefpostsendungen im internationalen Verkehr (Art. 3 Bst. b VPG). Unter Wettbewerbsdiensten versteht man diejenigen Dienstleistungen, die von der Post über den Universaldienst hinaus in Konkurrenz mit privaten Anbieterinnen und Anbietern im In- und Ausland angeboten werden können (Art. 1 Bst. j VPG). Im Bereich der Wettbewerbsdienste ist die Post – vorbehältlich gesetzlicher Ausnahmen – denselben Regeln unterstellt wie die privaten Anbieter (Art. 9 Abs. 3 PG).[45]

56. Bei der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ist vor allem der Vorbehalt von Art. 1 Bst. b VPG (eingehende Briefpostsendungen bis 50 Gramm) zu beachten. Weitere – bei der vorliegenden Prüfung zu beachtende – vorbehaltene Vorschriften sind nicht ersichtlich und wurden auch von den Parteien nicht geltend gemacht.

B.3 Meldepflicht

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

58. Entsprechend den in der Meldung gemachten Angaben liegen folgende Umsätze vor[46]:

Tabelle 1: Umsätze der beiden Unternehmen (in Mio. CHF)

	Umsatz weltweit 2011	Umsatz Schweiz 2011
Schweizerische Post	[…]	[…]
La Poste	[…]	[…]
Total	**[…]**	**[…]**

[41] Vgl. Urteil des BGer 2A.142/2003 vom 5. September 2003, RPW 2003/4, 917 f. E. 4.1, *Cablecom/Teleclub*, m. w. H.; RPW 2010/4, 655 Rz 55, *Hors-Liste Medikamente*; RPW 2007/4, 520 Rz 23, *Beschaffung von LTSH durch armasuisse*.

[42] Vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2006/2, 315 E. 3, Swissgrid; RPW 2010/4, 655 Rz 57, *Hors-Liste Medikamente*.

[43] Vgl. Entscheid der REKO/WEF, RPW 2006/4, 632 Rz 38, *Flughafen Zürich AG (Unique) - Valet Parking*; RPW 2010/4, 655 Rz 56, *Hors-Liste Medikamente*.

[44] Vgl. RPW 2011/2, 336 Rz 17, *Gutachten betreffend Gebühren für die Lieferung von Elektrizität; RPW 2006/2, 230 Rz 26, Vertriebspartnerschaften der AEW Energie AG und der Axpo Vertrieb AG (ehemals Axpo AG), des Elektrizitätswerks des Kantons Thurgau AG und der Axpo Vertrieb AG (ehemals Axpo AG), des Elektrizitätswerks des Kantons Zürich und der Axpo Vertrieb AG (ehemals Axpo AG), der St. Gallisch-Appenzellischen Kraftwerke AG und der Axpo Vertrieb AG (ehemals Axpo AG).*

[45] Vgl. auch RPW 2009/4, 391 Rz 123 ff., *Post/NZZ/Tamedia und Post/Tamedia*; RPW 2003/2, 260 Rz 25 ff., *Kooperationsvorhaben UBS AG/Postfinance - Die Schweizerische Post*.

[46] Vgl. Meldung, Rz 49 ff.

59. Die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG sind damit erreicht. Das Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

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

61. Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gelten einzelne oder mehrere Unternehmen als marktbeherrschend, wenn sie auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

62. Unternehmen sehen sich in ihren Verhaltensspielräumen durch ihre aktuellen und potenziellen Konkurrenten beschränkt. Die voraussichtliche Marktstellung der Parteien nach dem Zusammenschluss ergibt sich folglich daraus, ob nach Realisierung ihres Vorhabens genügend aktuelle und potenzielle Konkurrenten verbleiben, die das Verhalten der Parteien nach dem Zusammenschluss disziplinieren werden.

63. Hierzu sind vorab die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

B.4.1 Sachlich relevante Märkte

64. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren und Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszweckes als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

B.4.1.1 Postbereich

B.4.1.1.1 Allgemeines

65. Die Wettbewerbskommission hat sich letztmals anlässlich Ihrer Stellungnahme vom 10. Februar 1999 betreffend das Zusammenschlussvorhaben Deutsche Post AG – Danzas Holding AG eingehender zu den Märkten im hier relevanten Bereich der verschiedenen Postsendungen geäussert.[47] In dieser Stellungnahme wurde festgehalten, dass grundsätzlich zwischen Sendungen und Fracht zu unterscheiden sei: Der Transport von Gütern bis 50 kg werde in der Regel als Sendung bezeichnet, während derjenige von Gütern über 50 kg als Fracht gelte. Abgrenzungskriterium sei die Tatsache, dass für die Abwicklung des Transports von Gütern unter 50 kg keine besonderen maschinellen Hilfsmittel benötigt werden. Sodann sei zwischen nationalen und internationalen Sendungen sowie zwischen Express- und Normal-Sendungen zu unterscheiden. Abgrenzungskriterien seien im ersten Fall insbesondere die Transportdistanz und gegebenenfalls erhöhter administrativer Aufwand infolge von Zollformalitäten, im zweiten Fall die Transportgeschwindigkeit. Schliesslich seien auch (Brief-) Post- und Paketdienste separaten Märkten zuzuordnen. Abgrenzungskriterium sei das Gewicht der Sendung und damit zusammenhängend die Bearbeitungsmöglichkeiten. Beide Märkte könnten zudem ebenfalls in nationale und internationale Märkte unterteilt werden. Zusammenfassend seien die Folgenden sachlich relevanten Märkte abzugrenzen:

- Internationale Express-Sendungen
- Nationale Express-Sendungen
- Internationale Express-Fracht
- Nationale Express-Fracht
- Internationale Briefpostdienste
- Nationale Briefpostdienste
- Internationale Paketdienste
- Nationale Paketdienste
- Internationale Fracht
- Nationale Fracht

66. In Anlehnung an die Praxis der EU sind die Märkte im Postbereich weiter zu unterteilen. Die EU-Kommission nimmt insbesondere folgende weitere Segmentierungen vor.[48]

- Ausgehende Sendungen und eingehende Sendungen: Im Rahmen von internationalen, das heisst grenzüberschreitenden Sendungen wird unterschieden zwischen einem Markt für Sendungen, die das Ausgangsland verlassen, und einem Markt für Sendungen, die im Zielland zugestellt werden.
- Sendungen für Geschäftskunden und Sendungen für Privatkunden: Geschäftskunden fordern und erhalten im Vergleich zu Privatkunden andere Dienstleistungen, weshalb diesbezüglich von unterschiedlichen Märkten auszugehen ist.
- Adressierte Sendungen und unadressierte Sendungen: Bei unadressierten Sendungen handelt es sich um die unverlangte Zusendung von Werbeinformationen.[49] Adressierte Sendungen sind demgegenüber an eine bestimmte Person gerichtet.

[47] Vgl. RPW 1999/1, 129 f. Rz 15 ff., *Zusammenschlussvorhaben Deutsche Post AG – Danzas Holding AG*.

[48] Vgl. Entscheid der EU-Kommission vom 21.04.2009, COMP/M.5152 – *Posten AB/Post Danmark A/S*, Rz 14 ff., mit zahlreichen weiteren Hinweisen. In Rz 18 des genannten Entscheides werden zudem (v. a. für den nationalen Bereich) mögliche weitere Unterteilungen erwähnt.

[49] Vgl. Entscheid der EU-Kommission vom 21.04.2009, COMP/M.5152 – *Posten AB/Post Danmark A/S*, Fn 13.

67. Die Parteien schlagen in erster Linie eine sehr breite Marktabgrenzung vor. Es sei davon auszugehen, dass die elektronische Kommunikation die Art und Weise wie die Menschen miteinander kommunizieren würden, erheblich verändert, und sich als perfektes Substitut zu einem Grossteil der schriftlichen Kommunikation etabliert habe. Weiter sei anzunehmen, dass die herkömmliche physische Kommunikation in Zukunft mehr und mehr durch elektronische Kommunikation ersetzt werde. Die heutigen Wettbewerbsverhältnisse auf den Postmärkten – wie auch die Kundenbedürfnisse – würden besser wiedergegeben werden, wenn die Postmärkte generell in Kommunikations-, Marketing- und Logistikmärkte unterteilt würden. Die Mailaktivitäten seien demnach einem breiten internationalen Kommunikations- und Werbemarkt zuzuordnen, welcher ebenfalls das Internet, E-Mail, SMS und soziale Netzwerke umfasse. Auf einem so definierten Markt führe das Zusammenschlussvorhaben zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken, da die Marktanteile der beteiligten Unternehmen zu unbedeutend seien.[50] Obwohl die Bedeutung der elektronischen Kommunikation nicht zu unterschätzen ist, entspricht eine solch breite Marktabgrenzung nicht den tatsächlichen Gegebenheiten. Zwar kann beispielsweise eine E-Mail einen physischen Brief unter gewissen Umständen durchaus ersetzen; dass dies jedoch nicht der Regel entspricht, zeigt sich auch durch die nach wie vor hohe Anzahl von versendeten physischen Briefpostsendungen.[51] Aufgrund weiterer gravierender Unterschiede (wie z. B. Kosten, Art und Geschwindigkeit der Zustellung, Verbindlichkeit bzw. Förmlichkeit der Zustellung) ist die Substituierbarkeit von physischen Briefpostsendungen zu Sendungen via elektronische Kommunikationsmittel zu verneinen und die von den Parteien vorgeschlagene breite Marktabgrenzung abzulehnen. Vielmehr ist von der obgenannten Abgrenzung der Schweizerischen Wettbewerbsbehörden und den ergänzenden Abgrenzungen der EU-Kommission auszugehen. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass die Parteien in der Meldung an die EU Kommission den von der EU vorgenommenen Marktabgrenzungen zustimmen.[52]

B.4.1.1.2 Markt für adressierte ausgehende Briefpostsendungen für Geschäftskunden in der Schweiz

68. Im Bereich von adressierten ausgehenden Briefpostsendungen für Geschäftskunden bieten Postunternehmen ihren Kunden Dienstleistungen an, die den Versand von Briefen von einem bestimmten Ausgangsland an einen bestimmten Adressaten in ein vorbestimmtes Destinationsland ermöglichen.[53]

69. Eine Briefpostsendung ist immer dann als ausgehend zu qualifizieren, wenn diese auf dem Weg vom Absender zum Empfänger mindestens eine nationale Grenze überschreitet. Die Dienstleistung im Bereich ausgehende Briefpostsendungen für Geschäftskunden umfasst grundsätzlich vier Schritte: das Einsammeln der Briefpostsendungen, das Sortieren, den Transport ins Zielland und die Organisation der Zustellung im Zielland.[54] Die eigentliche Zustellung im Zielland ist sodann dem Markt für eingehende Briefpostsendungen zuzuordnen.[55] Die einzelnen Schritte werden entweder mit Hilfe der eigenen Infrastruktur und Ressourcen abgewickelt oder die entsprechenden Leistungen werden bei Dritten eingekauft.

70. Im internationalen Umfeld werden Briefpostsendungen gemäss dem „letter post manual of the universal postal convention“ des Weltpostvereins («UPU») definiert und umfassen insbesondere Briefpostsendungen bis 2 Kilogramm Gewicht.[56] Die Sendungen gehen von einem Geschäftskunden aus und richten sich entweder an einen anderen Geschäftskunden (Business-to-Business) oder an eine Privatperson (Business-to-Consumer).[57] Die Abgrenzung des Marktes zwischen Privat- und Geschäftskunden beruht unter anderem auf folgenden Gegebenheiten: Privatkunden kaufen Briefmarken zu einem vorbestimmten Preis und bringen ihre Briefpostsendungen bei einem Postunternehmen zum Versand vorbei. Im Unterschied dazu werden die Preise für Geschäftskunden oft verhandelt sowie vertraglich festgehalten und die Sendungen werden von den Postdienstleistungsanbietern oft direkt abgeholt. Geschäftskunden verfügen des Weiteren meist über eigene Frankiermaschinen und frankieren ihre Briefpostsendungen eher nicht mit konventionellen Briefmarken.[58]

B.4.1.1.3 Markt für eingehende Briefpostsendungen

71. Die Unterscheidung zwischen ausgehenden und eingehenden Briefpostsendungen geht auf einen Entscheid der EU-Kommission vom 24. Februar 2004 zurück.[59] Gemäss diesem erbringen auf dem Markt für eingehende Briefpostsendungen der zustellende öffentliche Postbetreiber (und zu einem sehr geringen Teil auch andere Postbetreiber) Zustelldienste für öffentliche Postbetreiber und private Anbieter.[60]

[50] Vgl. Meldung, Rz 61 ff.
[51] Vgl. dazu z. B. www.post.ch > Konzern >Publikationen >Berichterstattung > Geschäftsentwicklung > Entwicklung Kommunikationsmarkt (besucht am 21.06.12).
[52] Vgl. Beilage 12 zur Meldung, Rz 80 ff.
[53] Vgl. Meldung, Rz 67.
[54] Vgl. Entscheid der EU-Kommission vom 13.3.2001, COMP/M.1915 – *The Post / Office / TPG / SPPL*, Rz 34.
[55] Vgl. dazu nachfolgend Rz 71 ff.
[56] Vgl. Art. 12 Abs. 2 des «letter post manual of the universal postal convention» des UPU (nachfolgend UPU-Übereinkommen, abrufbar unter: www.upu.int/en.html > Activities > Letter post > Letter post manual. Gemäss der genannten Bestimmung fallen unter den Begriff «letter-post»: priority items and non-priority items, up to 2 kilogrammes; letters, postcards, printed papers and small packets, up to 2 kilogrammes; literature for the blind, up to 7 kilogrammes; special bags containing newspapers, periodicals, books and similar printed documentation for the same addressee at the same address called “M bags”, up to 30 kilogrammes.
[57] Vgl. Entscheid der EU-Kommission vom 13.3.2001, COMP/M.1915 – *The Post / Office / TPG / SPPL*, Rz 34.
[58] Vgl. Entscheide der EU-Kommission vom 21.04.2009, COMP/M.5152 – *Posten AB / Post Danmark A/S*, Rz 20; vom 13.3.2001, COMP/M.1915 – *The Post / Office / TPG / SPPL*, Rz 35 f.
[59] Vgl. Entscheid der EU-Kommission vom 23.10.2003, COMP/C/.38.170 – *Reims II*; vgl. auch Entscheid der EU-Kommission vom 21.04.2009, COMP/M.5152 – *Posten AB / Post Danmark A/S*, Fn 14.
[60] Vgl. Entscheid der EU-Kommission vom 23.10.2003, COMP/C/.38.170 – *Reims II*, Rz 71.

72. Die Vergütungen, die aufgrund der erbrachten Leistung, das heisst der Verteilung der Briefpostsendungen im Bestimmungsland geschuldet sind, richten sich entweder nach den Regeln des UPU-Übereinkommens[61], nach dem REIMS-Übereinkommen[62] oder sind in bilateralen Verträgen zwischen Postanbietern geregelt.[63]

73. Im Rahmen des UPU-Übereinkommens werden die Leistungen im Bereich eingehende Briefpostsendungen zwischen den so genannten „designated operators" erbracht. Dabei handelt es sich gemäss dem UPU-Übereinkommen um jede staatliche oder nicht-staatliche Einheit, die vom Mitgliedstaat mit der Erbringung von Postdienstleistungen betraut wurde und welche die Verpflichtungen aus den UPU-Übereinkommen zu erbringen hat.[64] Jeder „designated operator" ist somit im Rahmen des UPU-Übereinkommens verpflichtet, eingehende Briefpostsendungen in seinem nationalen Territorium zu verteilen. Für die Schweiz ist die Schweizerische Post der „designated operator"; für Frankreich ist es La Poste.[65]

74. Gemäss den Ausführungen der Parteien sei die Unterscheidung zwischen Geschäftskunden und Privatkunden im Bereich der eingehenden Post nicht relevant. Eingehende Postdienstleistungen würden zwischen Postanbietern und nicht zwischen einem Postanbieter und einem (Privat- oder Geschäfts-)Kunden erbracht.[66] Dem ist zuzustimmen; eine Unterteilung dieses Marktes in einen Markt für Geschäftskunden und einen für Privatkunden scheint aufgrund der obgenannten Begründung nicht sachgerecht.

75. Eingehende Briefpostsendungen bis zu einem Gewicht von 50 Gramm gehören in der Schweiz zu den reservierten Diensten und werden deshalb ausschliesslich von der Schweizerischen Post erbracht.[67]

B.4.1.1.4 Markt für Postvorbereitungsdienstleistungen

76. Die Routage & Mailing AG (eine Schweizer Tochtergesellschaft der Edigroup)[68], ist marginal im Bereich Postvorbereitungsdienstleistungen tätig. Die Aktivitäten der Routage & Mailing AG in diesem Bereich umfassen gemäss den Ausführungen der Parteien das Kuvertieren, Stempeln, Adressieren und Verpacken von Presseerzeugnissen.[69]

77. Die Märkte für Briefpostsendungen sind vom Markt für Postvorbereitungsdienstleistungen abzugrenzen.[70] Diese sogenannten Postvorbereitungsdienstleistungen sind der gesamten Beförderungskette („Postweg") vorgelagert, betreffen also die Leistungen, die einen Brief erst „versandfertig" machen wie beispielsweise den Druck, die Kuvertierung, die Etikettierung, die Adressierung und die Frankierung der Sendungen. Zu den Nachfragern dieser Leistungen gehören insbesondere Unternehmen bzw. Institutionen, die ein grosses und stark standardisiertes Sendungsvolumen generieren.

78. Die beschriebenen Leistungen betreffen einen anderen Bearbeitungsschritt als die Briefbeförderung selbst und sie sind aus Nachfragesicht nicht mit Teilen der Briefbeförderungskette oder der Briefbeförderung austauschbar. Für die beiden Dienstleistungen sind auch die Wettbewerbsbedingungen nicht homogen, da Postvorbereitungsdienstleistungen nicht den Bestimmungen des Postgesetzes unterliegen.[71] Zwischen den Märkten der Postvorbereitung und der Briefbeförderung besteht indes ein enger wettbewerblicher Bezug, da die Postvorbereitung der Briefbeförderung unmittelbar vorgelagert ist und Postvorbereitung und Briefbeförderung häufig „aus einer Hand" angeboten werden. Bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise kann davon ausgegangen werden, dass die Anbieter von Postvorbereitungsdienstleistungen nicht nur die Dienstleistung des Drucks und der Versandvorbereitung von Massensendungen anbieten, sondern zugleich auch die Versendung bzw. die Organisation der Versendung.

79. Ob der Markt für Postvorbereitungsdienstleistungen weiter zu unterteilen ist,[72] kann für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens offen bleiben: Gemäss den Ausführungen der Parteien handelt es sich um relativ kleine Umsätze der Routage & Mailing AG und der Marktanteil beträgt weniger als [0-10 %] Dies gelte selbst im Falle einer engen Marktabgrenzung; das heisse, wenn der räumliche Markt national[73] und sachlich ein Markt für Postvorbereitungsdienstleistungen für Zeitungen und Zeitschriften abgegrenzt werde.[74] Demgemäss erübrigen sich weitere Ausführungen zu diesem Markt.

B.4.1.2 Pressebereich

80. Nebst den ausländischen Tochtergesellschaften der SPI und LPGM, die im Bereich der grenzüberschreitenden Maildienstleistungen tätig sind, werde die SPI auch drei Pressegesellschaften - die MDS, die Edigroup und die EDS - in das Gemeinschaftsunternehmen einbringen.[75]

B.4.1.2.1 Markt für Marketingdienstleistungen für Printmedien

81. Gemäss Meldung bieten die MDS und die Edigroup Marketingdienstleistungen für Printmedien an. Dabei würden sie vor allem Zeitungs- und Zeitschriftenverlage bei der Akquisition von Abonnenten und bei der Verwaltung von Abonnementen unterstützen. Die MDS sei hauptsächlich in der Deutschschweiz und geringfügig auch in Deutschland und Österreich im Bereich Pressemarketing tätig. Edigroup biete dieselben Marketingdienstleistungen wie MDS für die französischsprachige Schweiz sowie über lokale Tochtergesellschaften in Frankreich und Belgien an.[76]

[61] Vgl. dazu UPU-Übereinkommen, Art. 1 Ziff. 1.7.
[62] Vgl. dazu Entscheid der EU-Kommission vom 23.10.2003, COMP/C/.38.170 – *Reims II*.
[63] Vgl. Meldung, Rz 82 ff.
[64] Vgl. dazu UPU-Übereinkommen, Art. 1 Ziff. 1.8.
[65] Vgl. www.upu.int/ > The UPU > Member countries.
[66] Vgl. Meldung, Rz 83.
[67] Vgl. oben Rz 55.
[68] Zur Edigroup vgl. nachfolgend Rz 80 ff.
[69] Vgl. Meldung, Fn 17; Beilage 18 zur Meldung, Rz 29.
[70] Zum Ganzen vgl. Entscheid des Bundeskartellamtes vom 11.02.2005, B 9 – 55/03, *Deutsche Post*, S. 32 f.
[71] Vgl. Art. 2 f. VPG e contrario.
[72] Vgl. dazu Entscheid der EU-Kommission vom 21.04.2009, COMP/M.5152 – *Posten AB / Post Danmark A/S*, Rz 191 ff.
[73] Vgl. dazu Entscheid der EU-Kommission vom 21.04.2009, COMP/M.5152 – *Posten AB / Post Danmark A/S*, Rz 127 ff.
[74] Vgl. Beilage 18 zur Meldung, Rz 29.
[75] Vgl. oben Rz 3 ff.
[76] Vgl. Meldung, Rz 74.

82. Die Parteien machen geltend, die von der MDS und Edigroup erbrachten Dienstleistungen seien insgesamt einem Markt für Marketingdienstleistungen für Printmedien zuzuordnen. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, kann die genaue Marktabgrenzung in diesem Bereich jedoch offen bleiben.

B.4.1.2.2. Markt für Kontraktlogistikdienstleistungen

83. Die Parteien führen aus, die EDS erbringe Kontraktlogistikdienstleistungen für den Vertrieb von Printmedien. Dabei organisiere sie jene Abläufe, die für die internationale Zustellung von Zeitungen und Zeitschriften an Zeitungsständen und Kiosken nötig seien. Die EDS organisiere zudem die Rücknahme von unverkauften Exemplaren, die Weiterleitung der von den Verkäufern erhaltenen Zahlungseingänge an die Verlage, die Rechnungsverwaltung etc. Weder nehme die EDS Printmaterial in Empfang noch lagere sie solches. Zudem biete sie fallweise zahlreiche Zusatzdienstleistungen an; je nach Kundenbedürfnissen z. B. die Beratung von Verlagen bezüglich der Aufstellung von Zeitungen an Kiosken oder Zeitungsständen. Die Kunden der EDS seien hauptsächlich Zeitungs- und Zeitschriftenverlage, die ihre Logistikdienstleistungen auslagern. Grosse Verlagshäuser, etwa die beiden deutschen Grossverlage Gruner + Jahr (über ihre Tochtergesellschaft DPV Deutscher Presse Vertrieb) oder Axel Springer (über ihre Tochtergesellschaft Axel Springer Vertriebsservice) erbrächten diese Dienstleistungen selber und böten sie auch Dritten an.[77]

84. Gemäss den Parteien sind die von der EDS erbrachten Dienstleistungen hauptsächlich einem Markt für Kontraktlogistikdienstleistungen für den Vertrieb von Printmedien zuzuordnen.

85. Die Schweizerischen Wettbewerbsbehörden haben bisher keinen Markt für Kontraktlogistikdienstleistungen für den Vertrieb von Printmedien abgegrenzt. Gemäss der EU-Kommission können Kontraktlogistikdienstleistungen (im Allgemeinen) definiert werden als Teil des Lieferungsprozesses, der die Planung, Implementierung und Steuerung eines effizienten und effektiven Transports der Waren und deren Lagerung vom Ausgangspunkt bis zum Bestimmungsort umfasst. Der Schwerpunkt von Kontraktlogistikdienstleistungen bildet das Management des Warenflusses, entweder bezüglich der gesamten Lieferungskette oder bezüglich eines Teiles davon.[78]

86. Die EU-Kommission erwog, den Markt für Kontraktlogistikdienstleistungen weiter zu unterteilen, hat diese Frage jedoch letztlich offen gelassen. In Betracht zog sie insbesondere eine Segmentierung in grenzüberschreitende und nationale Kontraktlogistikdienstleistungen sowie eine Unterteilung je nach Art der Ware oder nach Art des Anbieters.[79]

87. Die Frage nach der genauen Marktabgrenzung kann allerdings – wie nachfolgend aufgezeigt wird – für die vorliegende Beurteilung offen gelassen werden.

B.4.1.2.3 Zwischenergebnis

88. Gemäss den Ausführungen der Parteien beträgt der geschätzte kombinierte Marktanteil der Edigroup und MDS im Bereich Marketing für Printmedien [0-10 %]. Dies gelte unabhängig davon, ob man den räumlich relevanten Markt auf die Schweiz begrenze oder nach Sprachregionen (d. h. in einen deutschsprachigen Teil von Europa, der neben dem deutschsprachigen Teil der Schweiz ebenfalls Österreich, Deutschland, Teile Belgiens und Luxemburgs umfasse sowie in einen französischsprachigen Teil von Europa, der neben dem französischsprachigen Teil der Schweiz ebenfalls Frankreich sowie Teile Belgiens und Luxemburgs enthalte) abgrenze.[80]

89. Der geschätzte Marktanteil der EDS in einem weltweiten Markt für Kontraktlogistikdienstleistungen[81] liege unter [0-10 %]. Auch in einem EWR (inkl. Schweiz)-weiten Markt betrage der geschätzte Marktanteil der EDS unter [0-10 %].[82] Gleiches gelte, wenn lediglich von einem schweizweiten Markt ausgegangen würde.[83]

90. Die Parteien führen überdies aus, La Poste verfüge über keine Aktivitäten im Bereich des Pressemarketings und der Kontraktlogistikdienstleistungen in der Schweiz.[84] Spezifisch im Bereich Kontraktlogistikdienstleistungen für den Vertrieb von Printmedien ist La Poste auch weltweit nicht tätig. Zudem hat seitens der La Poste auch keine Absicht bestanden, in diese Märkte in der Schweiz neu einzutreten.[85]

91. Wird vorliegend von einem Markt für Kontraktlogistikdienstleistungen für den Vertrieb von Printmedien ausgegangen, zeitigt das Zusammenschlussvorhaben mangels Überlappungen mit den Tätigkeiten von La Poste keine Auswirkungen auf diesem Markt. Wird demgegenüber lediglich ein Gesamtmarkt für Kontraktlogistikdienstleistungen abgegrenzt, ist dieser Markt aufgrund der geringen Marktanteile von vornherein nicht betroffen im Sinn von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Gleiches gilt für den Marketingbereich: Folgt man der von den Parteien vorgeschlagenen Marktabgrenzung, was für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens als sachgerecht erscheint, handelt es sich beim Markt für Marketingdienstleistungen für Printmedien nicht um einen betroffenen Markt. Auch in diesem Bereich kommt es zudem zu keinen Überlappungen mit den Aktivitäten der La Poste.

92. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Übertragung der MDS, Edigroup und EDS in das Gemeinschaftsunternehmen kaum zu Veränderungen des Wettbewerbsumfelds führen wird. Somit kann eine abschliessende Marktabgrenzung offen gelassen werden.

[77] Vgl. Meldung, Rz 76.
[78] Vgl. Entscheid der EU-Kommission vom 21.03.2011, COMP/M.6059 – Norbert Dentressangle/Laxey Logistics, Rz 9.
[79] Vgl. Entscheid der EU-Kommission vom 21.03.2011, COMP/M.6059 – Norbert Dentressangle/Laxey Logistics, Rz 10.
[80] Vgl. Meldung, Rz 75.
[81] Zur räumlichen Abgrenzung des Marktes für Kontraktlogistikdienstleistungen vgl. Entscheide der EU-Kommission vom 21.03.2011, COMP/M.6059 – Norbert Dentressangle/Laxey Logistics, Rz 15 f.; vom 24.11.2005, COMP/M.3971 – *Deutsche Post / Exel*, Rz 28 ff.; in welchen die Frage, ob sich aufgrund der fortschreitenden Globalisierung eine weitere als nationale – insbesondere EWR-weite – räumliche Abgrenzung rechtfertigen würde, offen gelassen wurde.
[82] Vgl. Meldung, Rz 77.
[83] Vgl. Beilage 18 zur Meldung, Rz 33.
[84] Vgl. Meldung, Rz 78.
[85] Vgl. Beilage 18 zur Meldung, Rz 26.

B.4.2 Räumlich relevante Märkte

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

94. Bisher wurden die Postmärkte in der Schweiz national abgrenzt.[86] Diese Abgrenzung deckt sich auch mit jener der EU-Kommission.[87]

95. Die EU-Kommission warf jedoch insbesondere bei der Beurteilung der internationalen Postmärkte in einigen Entscheiden die Frage auf, ob die Märkte aufgrund der sich verändernden Nachfrage in Richtung weltweite Leistungen („global accounts"), also räumlich weiter abzugrenzen seien. Bisher wurde davon jedoch abgesehen.[88] Es sind vorliegend keine Anhaltspunkte ersichtlich, weshalb für die Schweiz von einer neuen räumlichen Abgrenzung ausgegangen werden sollte. Die durchgeführten Befragungen zeigten vielmehr, dass die Nachfrager von Postdienstleistungen im Allgemeinen und von adressierten ausgehenden Briefpostsendungen im Geschäftsbereich im Besonderen diese Leistungen in der Regel national bei den in der Schweiz in diesem Bereich tätigen Unternehmen nachfragen.

96. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Postmärkte – insbesondere die vorliegend näher zu analysierenden Märkte für adressierte ausgehende Briefpostsendungen für Geschäftskunden sowie für eingehende Briefpostsendungen – national abzugrenzen sind. Die Einordnung stimmt zudem auch mit der von den Parteien geltend gemachten räumlichen Abgrenzung überein.[89]

B.4.3 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

97. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen ein Zusammenschluss vollzogen wird und 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 und ein anderes beteiligtes Unternehmen:

- einen Markteintritt in diesen betroffenen Markt plant oder diese Zielsetzung in den letzten zwei Jahren verfolgt hat; oder
- auf diesem betroffenen Markt über wichtige Immaterialgüterrechte verfügt; oder
- auf einem im Verhältnis zu diesem betroffenen Markt vor-/nachgelagerten oder benachbarten (eng verbundenen) Markt tätig ist; oder
- zwar auf dem betroffenen sachlichen, nicht aber räumlichen Markt tätig ist.[90]

98. Wo diese Schwellen nicht erreicht oder die entsprechenden Kriterien nicht erfüllt werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

99. Das Kerngeschäft des Gemeinschaftsunternehmens wird gemäss Meldung in der Erbringung von Dienstleistungen im Bereich grenzüberschreitende adressierte physische Briefpostsendungen gemäss Art. 12 Abs. 2 des UPU-Übereinkommens liegen. Vom Zusammenschlussvorhaben nicht betroffen seien insbesondere die Bereiche „nichtadressierte Post, eingehende (inbound) Post, Express und Paketpost in der Schweiz".[91]

100. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, sind im Postbereich nachfolgend lediglich der Markt für eingehende Briefpostsendungen in der Schweiz und der Markt für adressierte ausgehende Briefpostsendungen für Geschäftskunden in der Schweiz einer eingehenden Analyse zu unterziehen.

101. In Bezug auf die Märkte in den Bereichen nationale Postsendungen, Expresssendungen, Paketsendungen, Postsendungen für Privatkunden und unadressierte Sendungen kann demgegenüber aufgrund der Ausführungen in der Meldung davon ausgegangen werden, dass das Zusammenschlussvorhaben voraussichtlich keine oder nur geringe Auswirkungen auf diese Bereiche haben wird: Gemäss Meldung wird das Gemeinschaftsunternehmen im Bereich nationale und internationale Paketdienstleistungen nicht tätig sein. Vielmehr würden die Schweizerische Post und La Poste auch nach dem Vollzug des Zusammenschlusses ihre Dienstleistungen in diesem Bereich als unabhängige Wettbewerber anbieten.[92] Gleiches gelte grundsätzlich für nationale und internationale Expresssendungen: Die Schweizerische Post erbringe lediglich im Rahmen eines Joint Ventures mit TNT Express und über Express Mail Service EMS Dienstleistungen im Bereich internationale Expressdienstleistungen. La Poste habe diesbezüglich in der Schweiz nur unbedeutende Aktivitäten und das Gemeinschaftsunternehmen werde in diesem Bereich keine Aktivitäten ausüben. Auch bezüglich nationaler Expresssendungen sei La Poste in der Schweiz lediglich sehr eingeschränkt tätig und das Gemeinschaftsunternehmen werde in diesem Bereich gar keine Tätigkeiten ausüben.[93] Gemäss Parteien wird das Gemeinschaftsunternehmen auch im Privatkundenbereich „keinerlei Aktivitäten" ausüben.[94]

[86] Vgl. RPW 1999/1, 129 f. Rz 21, *Zusammenschlussvorhaben Deutsche Post AG – Danzas Holding AG*.

[87] Vgl. Entscheide der EU-Kommission vom 21.04.2009, COMP/M.5152 – *Posten AB / Post Danmark A/S*, Rz 24; vom 23.10.2003, COMP/C/.38.170 – *Reims II*, Rz 77; vom 24.11.2005, COMP/M.3971 – *Deutsche Post / Exel*, Rz 31 ff.; vom 13.3.2001, COMP/M.1915 – *The Post / Office / TPG / SPPL*, Rz 59 f.

[88] Vgl. Entscheide der EU-Kommission vom 21.04.2009, COMP/M.5152 – *Posten AB / Post Danmark A/S*, Rz 21 ff.; vom 24.11.2005, COMP/M.3971 – *Deutsche Post / Exel*, Rz 31 ff.; vom 13.3.2001, COMP/M.1915 – *The Post / Office / TPG / SPPL*, Rz 50 ff.; vom 01.07.1999, IV/M.1513 – *Deutsche Post / Danzas / Nedlloyd*, Rz 15 ff.

[89] Vgl. Meldung, Rz 72.

[90] Vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU und RPW 2010/1, 5 («Fusionen»), Jahresbericht 2009 der Wettbewerbskommission sowie Mitteilung: Neue Praxis bei Zusammenschlussverfahren vom 25.03.2011, abrufbar unter <www.weko.admin.ch/dokumentation/01007/index.html?lang=de>. Diese Märkte werden hier als vom Zusammenschluss betroffene Märkte bezeichnet.

[91] Vgl. Meldung, Rz 27 f.

[92] Vgl. Meldung, Rz 87 ff.

[93] Vgl. Meldung, Rz 93 ff.

[94] Vgl. Beilage 17 zur Meldung, Rz 46.

102. Die Parteien erklären überdies, dass die Logistikvorgänge der einzelnen Bereiche zum Teil sehr unterschiedlich aussehen würden. So seien zum Beispiel die Logistikabläufe in den Bereichen ausgehende Briefpostsendungen und ausgehende Paketsendungen bis auf das Einsammeln unterschiedlich.[95] Die Logistikabläufe im Bereich Expresssendungen würden zudem ganz generell unabhängig von jenen im Bereich ausgehende Briefpostsendungen ablaufen.[96] Auch in Bezug auf die Logistik von adressierten und unadressierten Briefpostsendungen gäbe es keine Gemeinsamkeiten.[97] Des Weiteren unterschieden sich auch die Logistikabläufe bei der Verarbeitung von Briefpostsendungen im Privat- und solchen im Geschäftskundenbereich. Im Geschäftskundenbereich seien beispielsweise weder Briefkästen noch Poststellen notwendig, da die Briefpostsendungen meist bei den Geschäftskunden abgeholt werden resp. die Geschäftskunden diese an Sammelstellen bringen.[98] Schliesslich werde das Gemeinschaftsunternehmen nicht auf Ressourcen bzw. Infrastruktur der Parteien im Bereich Expresssendungen, Paketsendungen und Sendungen von Privatkunden zurückgreifen bzw. den Parteien diesbezüglich auch keine Ressourcen bzw. Infrastruktur anbieten.[99]

103. La Poste und die Schweizerische Post würden ihre Tätigkeiten ausserhalb des Gemeinschaftsunternehmens, insbesondere in den Bereichen Paketpost und nationale Briefpostsendungen in der Schweiz als unabhängige Unternehmen weiterführen und in keiner Weise koordinieren.[100]

104. Da das Joint Venture nicht in den obgenannten Märkten (Märkte für Expresssendungen, Märkte für Paketsendungen, Märkte für nationale Briefpostsendungen, Märkte im Privatkundenbereich und Märkte für unadressierte Briefpostsendungen) tätig sein wird und die Parteien erklären, dass sie sich in den Märkten ausserhalb des Gemeinschaftsunternehmens nicht koordinieren werden, und überdies eine bereichsübergreifende Koordinierung aufgrund der unterschiedlichen Logistikabläufe erschwert wäre, wird sich die Marktstruktur auf den genannten Märkten durch das Zusammenschlussvorhaben voraussichtlich nicht oder nur marginal verändern. Dementsprechend sind diesbezüglich keine Anhaltspunkte ersichtlich, die eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken würden.

B.4.3.1 Markt für eingehende Briefpostsendungen in der Schweiz

B.4.3.1.1 Aktuelle Konkurrenz

105. Das Zusammenschlussvorhaben betrifft den Markt für eingehende Briefpostsendungen in der Schweiz nicht direkt. Aufgrund der vertikalen Beziehung dieses Marktes zum Markt für adressierte ausgehende Briefpostsendungen für Geschäftskunden im Ausland und in der Schweiz könnte der Markt für eingehende Briefpostsendungen in der Schweiz jedoch auch tangiert werden. Es stellt sich hauptsächlich die Frage, ob das Gemeinschaftsunternehmen und La Poste aufgrund des Zusammenschlusses zukünftig einen verstärkten Anreiz hätten, zur Verteilung der eingehenden Briefpostsendungen in der Schweiz nur noch die Schweizerische Post anstelle von anderen Mitkonkurrenten zu berücksichtigen. Diesbezüglich ist Nachfolgendes zu bedenken:

106. Im Bereich der eingehenden Briefpostsendungen in der Schweiz hat die Schweizerische Post bereits heute [90-100%] Marktanteil.[101] Die bisher einzige Konkurrentin in diesem Markt ist die Quickmail AG (nachfolgend Quickmail), welche bisher einen Marktanteil von [0-10 %] hat. La Poste erbringt momentan keine Dienstleistungen im Bereich der in der Schweiz eingehenden Briefpostsendungen. Dasselbe wird gemäss Parteien auch für das Gemeinschaftsunternehmen gelten.[102]

107. Der Markt für eingehende Briefpostsendungen ist noch nicht vollständig liberalisiert. Die „reservierten" Briefpostsendungen (bis 50 Gramm) machen laut Angaben der Parteien einen Anteil von [80-90 %] der gesamten eingehenden Briefpostsendungen aus.[103] Die Übergabe aller Sendungen, das heisst auch jener Briefpostsendungen, die den „nicht reservierten" Teil betreffen an denselben Anbieter ist zudem oft effizienter, da der administrative Aufwand so kleiner ist. Es besteht somit eine Tendenz, sämtliche eingehenden Briefpostsendungen in der Schweiz der Schweizerischen Post zu übergeben.

108. Offenbar ist es unter den historischen Postdienstleistern branchenüblich, dass diese sich zur Verteilung der eingehenden Briefpostsendungen gegenseitig berücksichtigen. Dies vor allem auch deshalb, weil das geografische Verteilgebiet in Bezug auf eingehende Briefpostsendungen bei den ehemaligen Staatsbetrieben am grössten und dichtesten ist. Im Rahmen des UPU-Übereinkommens werden die Leistungen im Bereich eingehende Briefpostsendungen zwischen den so genannten „designated operator" erbracht. Jeder „designated operator" ist im Rahmen des UPU-Übereinkommens verpflichtet, eingehende Briefpostsendungen in seinem nationalen Territorium zu verteilen. Für die Schweiz ist die Schweizerische Post der „designated operator".[104] Würde beispielsweise La Poste zukünftig die Schweizerische Post betreffend die Verteilung französischer Sendungen in der Schweiz weniger berücksichtigen, so könnte sich diese dadurch in ökonomischer Hinsicht zudem selbst schaden, weil sie anschliessend die aus der Schweiz eingehenden Briefpostsendungen in Frankreich eventuell auch nicht mehr zur Verteilung bekommen würde.

[95] Vgl. Beilage 17 zur Meldung, Rz 17.
[96] Vgl. Beilage 17 zur Meldung, Rz 41.
[97] Vgl. Beilage 17 zur Meldung, Rz 52.
[98] Vgl. Beilage 17 zur Meldung, Rz 47.
[99] Vgl. Beilage 17 zur Meldung, Rz 23 f., 42 f., 49 f.
[100] Vgl. Beilage 17 zur Meldung, Rz 24.
[101] Vgl. Beilage 17 zur Meldung, Rz 35.
[102] Vgl. Meldung, Rz 85.
[103] Vgl. Beilage 17 zur Meldung, Rz 35.
[104] Vgl. oben Rz 73.

109. […] Der Umstand, dass alle [seitens der La Poste] eingehenden Briefpostsendungen aus Frankreich der Schweizerischen Post zur Verteilung übergeben werden, wird somit nicht durch das Zusammenschlussvorhaben bewirkt; dies ist bereits heute der Fall.

110. Die Parteien bestätigen überdies ausdrücklich, dass in Zukunft keine Exklusivitäten bestünden, die das Gemeinschaftsunternehmen dazu zwingen würden, Dienstleistungen (wie z.B. „Inbound-Dienstleistungen“) von den Parteien zu beziehen. Kaufe das Gemeinschaftsunternehmen Dienstleistungen bei den Parteien ein, so werde dies immer „at arm's length“, das heisse zu marktüblichen Konditionen erfolgen. Das Gemeinschaftsunternehmen werde stets die Möglichkeit haben, die entsprechenden Dienstleistungen bei Dritten zu beziehen.[105]

111. Falls zudem das Commitment der Parteien an die EU-Kommission[106] von dieser angenommen wird, so würde zumindest der Anteil der Schweizerischen Post an ausgehenden Briefpostsendungen aus Frankreich in die Schweiz von einem Konkurrenten der La Poste und der Schweizerischen Post übernommen. Dieser Konkurrent würde die Wahl des Anbieters für eingehende Briefpostsendungen in der Schweiz wiederum unabhängig evaluieren.

112. Das Zusammenschlussvorhaben bewirkt somit kaum Änderungen der Wettbewerbssituation in diesem Markt.

B.4.3.1.2 Potenzielle Konkurrenz

113. Der hohe Marktanteil der Schweizerischen Post im Markt für eingehende Briefpostsendungen in der Schweiz ist historisch bedingt. Dass es in diesem Markt bisher nur einen Konkurrenten gibt, hängt vor allem auch mit den hohen Markteintrittsschranken zusammen. So ist es für ein neu eintretendes Unternehmen von grosser Bedeutung, von Anfang an ein möglichst grosses geografisches Verteilgebiet abzudecken, um für potenzielle Kunden überhaupt attraktiv zu werden. Zudem verfügt die Schweizerische Post im „reservierten“ Teil weiterhin über eine Monopolstellung.

114. Im Bereich eingehende Briefpost hängt das Ausmass an Konkurrenz nicht unwesentlich vom Ausmass der weiteren Liberalisierung ab. Das Zusammenschlussvorhaben an sich ändert an der Marktsituation voraussichtlich derzeit wenig.

115. Der Umstand, dass es mit Quickmail bereits eine Konkurrentin in diesem Markt gibt, zeigt, dass es für ein Unternehmen trotz der noch nicht abgeschlossenen Postmarktliberalisierung immerhin nicht unmöglich ist, in diesen Markt einzutreten.

B.4.3.1.3 Zwischenergebnis

116. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen aufgrund der vorläufigen Prüfung gegenwärtig keine Anhaltspunkte dafür, dass der Zusammenschluss auf dem Markt für eingehende Briefpostsendungen in der Schweiz zu einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung gemäss Art. 10 Abs. 2 KG führt.

B.4.3.2 Markt für adressierte ausgehende Briefpostsendungen für Geschäftskunden in der Schweiz

B.4.3.2.1 Aktuelle Konkurrenz

117. Die Schweizerische Post verfügt zum heutigen Zeitpunkt über einen Marktanteil von [70-80 %] auf dem Markt für adressierte ausgehende Briefpostsendungen für Geschäftskunden in der Schweiz. Gemäss den Ausführungen der Parteien liegt der Marktanteil von La Poste auf diesem Markt demgegenüber bei [0-10 %].[107]

118. Mit dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens würden die Tätigkeiten der La Poste bzw. der LPIMS im Bereich adressierte ausgehende Briefpostsendungen in der Schweiz in das geplante Gemeinschaftsunternehmen übertragen werden. Damit fiele auf dem Schweizer Markt mit La Poste ein Konkurrent weg, der als historischer Postdienstleister das Potenzial hätte, auf die Schweizerische Post Wettbewerbsdruck auszuüben. Zudem würde der ohnehin schon hohe Marktanteil der Schweizerischen Post durch deren Beteiligung am Gemeinschaftsunternehmen erhöht.

119. Neben der DHL Global Mail, die mit [20-30 %] Marktanteil die stärkste Konkurrentin der Schweizerischen Post auf diesem Markt ist, verfügt noch Spring Global Mail Services – ein Joint Venture zwischen den beiden Postdienstleistern TNT (Niederlanden) und Royal Mail (Grossbritannien) – über einen Marktanteil von rund [0-10 %]. Daneben existieren lediglich zwei weitere Konkurrenten, – die BPI und die Österreichische Post – die zudem lediglich über Marktanteile von jeweils [0-10 %] verfügen.

[105] Vgl. Beilage 17 zur Meldung, Rz 33.
[106] Vgl. dazu oben Rz 17.
[107] Vgl. Meldung, Rz 105 f.

Tabelle 2: Prozentuale Marktanteile im Markt für ausgehende Briefpostsendungen für Geschäftskunden in der Schweiz

Unternehmen	Marktanteilsschätzung 2011	Marktanteilsschätzung 2010	Marktanteilsschätzung 2009
Schweizerische Post	[70-80]	[60-70]	[70-80]
La Poste	[0-10]	[0-10]	[0-10]
DHL Global Mail	[20-30]	[20-30]	[20-30]
Spring Global Mail	[0-10]	[0-10]	[0-10]
BPI	[0-10]	[0-10]	[0-10]
Österreichische Post	[0-10]	[0-10]	[0-10]

Quelle: Meldung Rz 106.

120. Obwohl die Schweizerische Post über die letzten Jahre hinweg tendenziell an Marktanteilen im Markt für adressierte ausgehende Briefpostsendungen für Geschäftskunden in der Schweiz verloren hat, konnte sie zumindest im letzten Jahr wieder Marktanteile dazugewinnen; währenddessen die Marktanteile der Konkurrenten in diesem Zeitraum stagnierten oder sich verringerten.

121. Die Befragung der Marktteilnehmer zur aktuellen Konkurrenz auf dem Markt für adressierte ausgehende Briefpostsendungen für Geschäftskunden in der Schweiz hat zudem gezeigt, dass viele Kunden der Schweizerischen Post bzw. von La Poste in der Schweiz keine alternativen Postdienstleister nennen konnten. Als Grund gegen einen allfälligen Wechsel zu einem anderen Anbieter wurde zudem angegeben, dass nur die Schweizerische Post sämtliche Postdienstleistungen anbieten würde. Zudem wurde erwähnt, dass durch einen Wechsel eventuell bei der Schweizerischen Post bestehende Rabatte verloren gehen könnten. Geschäftskunden, welche die Schweizerische Post für den Versand von nationalen Briefpostsendungen beauftragen, dürften dies aus Effizienzgründen sogleich auch für Versand von adressierten ausgehenden Briefpostsendungen und für weitere Postdienstleistungen tun.

B.4.3.2.2. Potenzielle Konkurrenz

122. Zu Gunsten der Schweizerischen Post ist zu berücksichtigen, dass sich potenzielle Anbieter von adressierten ausgehenden Briefpostsendungen für Geschäftskunden in der Schweiz jene Geschäftskunden des Marktes aussuchen können, welche für sie am lukrativsten sind. Für einen potenziellen Anbieter ist es zudem – im Unterschied zum Markt für eingehende Briefpostsendungen – nicht erforderlich, eine möglichst grosse geografische Abdeckung zu erreichen. Somit ist es für ein Unternehmen mit relativ geringen Fixkosten möglich, in diesen Markt einzutreten.

123. Die Schweizerische Post ist jedoch in diesem Markt weiterhin in einer starken Stellung, da sie durch ihre Grösse und insbesondere auch ihre Stärke auf dem nationalen Markt – welche auch auf die frühere Monopolstellung zurückzuführen ist – den vollen Umfang an Postdienstleistungen aus einer Hand anbieten kann. Dies ist für viele Kunden ein wesentlicher Grund, einen Wechsel zu einem alternativen Anbieter erst gar nicht in Betracht zu ziehen. Nach diesem Zusammenschlussvorhaben würde zudem ein Konkurrent vom Markt verschwinden, dessen Marktanteil zur Schweizerischen Post übergehen würde. Damit ist auch zu befürchten, dass die bisher eingesetzten Liberalisierungsschritte in diesem Markt durch das Zusammenschlussvorhaben relativiert würden.

124. Die Befragung der Marktteilnehmer hat gezeigt, dass ein Wechsel des Anbieters ohne grossen Kostenaufwand möglich ist. Trotzdem würde die Mehrzahl der befragten Kunden nur dann einen anderen Anbieter als die Schweizerische Post berücksichtigen, falls die anfallenden Kosten beim alternativen Anbieter erheblich tiefer wären. Dies ist wiederum darauf zurück zu führen, dass die Schweizerische Post als einziger Anbieter in diesem Markt in der Lage ist, ein ganzheitliches Postdienstleistungsangebot bereitzustellen. Dies erlaubt ihr auch den Kunden attraktive Rabatte zu gewähren. Diese Umstände erhöhen die Markteintrittsschranken.

B.4.3.2.3 Zwischenergebnis

125. Aufgrund der aufgeführten Argumente ergeben sich daher Anhaltspunkte, dass durch das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

126. Dadurch wären die Voraussetzungen zur Einleitung einer Prüfung gemäss Art. 10 KG gegeben. Eine solche vertiefte Prüfung wäre insbesondere auch deshalb nötig, da noch einige wichtige Informationen ausstehend sind, die allenfalls zu einer Relativierung der genannten Marktanteile geführt hätten.

127. Den Parteien war es jedoch ein grosses Anliegen, eine vertiefte Prüfung zu vermeiden und das Prüfungsverfahren möglichst rasch und entsprechend dem parallelen Kontrollverfahren in der EU zu beenden. Deswegen boten sie von Beginn weg Hand, Verpflichtungszusagen abzugeben, um mögliche Bedenken der Wettbe-

werbsbehörden bereits in der Phase der vorläufigen Prüfung auszuräumen. Am 27. Juni 2012 gaben sie die in Rz 132 ff. wiedergegebene Verpflichtungszusage ab, welche sich eng an das gegenüber der EU-Kommission abgegebene Commitment betreffend den Verkauf der Aktivitäten im Bereich ausgehende Briefpost für Geschäftskunden der SPI in Frankreich anlehnt.

128. Entsprechend dem soeben Ausgeführten ist nachfolgend zu prüfen, ob die betreffend das vorliegende Zusammenschlussvorhaben bestehenden Bedenken durch die von den Parteien abgegebene Verpflichtungszusage ausgeräumt werden und damit die Anhaltspunkte, dass durch das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, entfallen. Diesfalls könnte auf eine vertiefte Prüfung verzichtet werden und die abgegebenen Verpflichtungszusagen wären als Auflagen zu verfügen.

B.4.4 Auflagen

B.4.4.1 Möglichkeit zur Verfügung von Auflagen in der vorläufigen Prüfung

129. Die Wettbewerbskommission hat bereits mehrmals Auflagen im Rahmen der vorläufigen Prüfung verfügt.[108]

130. Rechtsvergleichend kann zudem darauf hingewiesen werden, dass auch in der EU Auflagen bereits in der Phase I verfügt werden können. Auch hier geht es um den Fall, in dem durch die Parteien Änderungen vorgenommen werden, welche zur Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses führen. Die EU kann dann diese Verpflichtungen der Parteien als Bedingungen oder Auflagen festschreiben.[109]

131. Eine vertiefte Prüfung gemäss Art. 10 i. V. m. Art 33 KG erübrigt sich daher, wenn durch die Auflagen Anhaltspunkte dafür, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt werden kann, beseitigt werden.

B.4.4.2 Verpflichtungszusagen der Parteien

132. Im Verlaufe des Verfahrens haben die Parteien gegenüber den Schweizerischen Wettbewerbsbehörden folgende Verpflichtungszusage abgegeben:

„**I. Zusagen**

Im Bestreben, allfällige Bedenken der Wettbewerbskommission gegen die Gründung eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens zwischen der La Poste Global Mail SAS („LPGM") und der Swiss Post International Holding AG („SPI") auszuräumen, machen die Parteien, d.h. SPI, LPGM und ihre Tochtergesellschaft La Poste The International Mail Solution („LPIMS"), folgende Zusagen für Auflagen:

a) Die Parteien veräussern die Aktivitäten von LPGM/LPIMS im Bereich ausgehende Briefpost für Geschäftskunden in der Schweiz an einen Dritten entsprechend den nachfolgenden Verpflichtungszusagen und nach den Vorgaben der Engagements soumis à la Commission européenne (Case No COMP/M.6503) vom 25. Juni 2012.

b) Die Parteien melden dem Sekretariat der Wettbewerbskommission unverzüglich schriftlich, sobald die Massnahmen nach Buchstabe a) erfolgt sind.

c) Die unter Buchstabe (a) genannte Veräusserung erfolgt innerhalb der in den Engagements soumis à la Commission européenne gesetzten Fristen und, wenn erforderlich, durch den durch die European Commission genehmigten Mandataire chargé de la Cession.

II. Zu veräusserndes Geschäft

Das zu veräussernde Geschäft besteht aus den schweizerischen Aktivitäten von LPGM/LPIMS im Bereich ausgehende Mail für Geschäftskunden („Geschäft").

[…]

III. Verfahren der Veräusserung

Für die Veräusserung des Geschäfts gelten analog die in den Engagements für die Veräusserung der Entité Cédée festgelegten Verfahrensbestimmungen.

[…]“

B.4.4.3 Fazit

133. Mittels der oben genannten Verpflichtungszusage der LPGM und der LPIMS wird sichergestellt, dass die Aktivitäten der LPGM bzw. derer Tochtergesellschaft LPIMS im Bereich adressierte ausgehende Briefpostsendungen für Geschäftskunden in der Schweiz an einen Dritten veräussert werden. Dadurch wird verhindert, dass das Zusammenschlussvorhaben zu einer Marktanteilsaddition auf diesem Markt führt und die starke Stellung der Schweizerischen Post weiter verstärkt wird. Die jetzigen Wettbewerbsverhältnisse im Markt für adressierte ausgehende Briefpostsendungen für Geschäftskunden in der Schweiz bleiben stattdessen mit der Umsetzung der Verpflichtungszusage im Wesentlichen bestehen. Dies hat zur Folge, dass die Bedenken, welche das Zusammenschlussvorhaben hervorrief, bereits im Rahmen der vorläufigen Prüfung ausgeräumt werden können. Dadurch entfallen die Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung und die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG i. V. m. Art. 33 KG sind nicht mehr gegeben.

B.5 Nebenabreden

134. Zu prüfen ist, ob das Vertragswerk der Parteien Wettbewerbsabreden[110] enthält, die mit dem Vorhaben bzw. dem Gemeinschaftsunternehmen nicht unmittelbar verbunden sind und/oder für sein Funktionieren nicht

[108] Vgl. RPW 2009/4, 381 f. Rz 179, *Pfizer/Wyeth*; RPW 2007/4, 587 Rz. 220 ff., *SWX Group/Verein SWX Swiss Exchange/SIS Swiss Financial Services Group AG/Telekurs Holding AG*; RPW 2003/2, 366 Rz 157 ff., *Pfizer Inc./Pharmacia Corp.*; RPW 2001/2, 340 f., *Glaxo Wellcome PLC/SmithKline Beecham PLC*.

[109] Vgl. Art. 6 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (EG-Fusionskontrollverordnung; FKVO).

[110] Gemeint ist eine wettbewerbsbeschränkende Abrede. Liegt keine Wettbewerbsbeschränkung vor, so erübrigt sich jede weitere Prüfung (vgl. JÜRG BORER/JUHANI KOSTKA, in: Basler Kommentar (Fn 17), Art. 32 KG N 89).

notwendig sind.[111] Abreden, die die kumulativen Bedingungen der Notwendigkeit und des unmittelbaren Zusammenhangs erfüllen, sind als Nebenabreden zu bezeichnen.[112] Abreden, welche die genannten Bedingungen nicht erfüllen und somit keine Nebenabreden in diesem Sinn darstellen, erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Kommissionsentscheid.[113] Sie unterliegen gegebenenfalls einer separaten Prüfung gemäss Art. 5 KG im Rahmen eines entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahrens.

135. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die Wettbewerbskommission ihre Praxis zu Konkurrenzverboten grundsätzlich nach der Bekanntmachung der EU-Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind[114] (EU-Bekanntmachung) gerichtet.[115]

136. Wettbewerbsabreden können nur dann als „mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden“ angesehen werden, wenn sie mit dem Zusammenschluss selbst eng verbunden sind. Es reicht nicht aus, dass eine Vereinbarung im gleichen Zusammenhang oder zum gleichen Zeitpunkt wie der Zusammenschluss zustande gekommen ist. Einschränkungen, die mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden sind, sollen einen reibungslosen Übergang zur neuen Unternehmensstruktur nach dem Zusammenschluss gewährleisten.[116]

137. Das Kriterium der Notwendigkeit bedeutet, dass ohne die fragliche Abrede der Zusammenschluss entweder überhaupt nicht oder nur unter deutlich ungewisseren Voraussetzungen, zu wesentlich höheren Kosten, über einen spürbar längeren Zeitraum oder mit erheblich geringeren Erfolgsaussichten durchgeführt werden könnte. Bei der Klärung der Frage, ob eine Einschränkung notwendig ist, muss nicht nur die Art der Einschränkung berücksichtigt werden, sondern zugleich sichergestellt werden, dass die Einschränkung hinsichtlich ihrer Geltungsdauer sowie ihres sachlichen und räumlichen Geltungsbereichs nicht über das hinausgeht, was für die Durchführung des Zusammenschlusses wirklich erforderlich ist. Gibt es Alternativen, mit denen sich das legitime Ziel genauso wirksam erreichen lässt, so sind die Unternehmen gehalten, sich für die Lösung zu entscheiden, die den Wettbewerb objektiv gesehen am wenigsten einschränkt.[117]

138. Die Parteien führen betreffend Nebenabreden aus, als Aktionäre des Gemeinschaftsunternehmens würden sie sich in Ziffer 12 des Aktionärbindungsvertrags verpflichten, für die Dauer des Aktionärbindungsvertrags keine Aktivitäten im Haupttätigkeitfeld des Gemeinschaftsunternehmens aufzunehmen. Dieses Konkurrenzverbot entspreche den in der Praxis der Europäischen Kommission geltenden Voraussetzungen für Gemeinschaftsunternehmen. Die Schweiz sei durch den Zusammenschluss nicht betroffen. Die Schweizer Aktivitäten der Schweizerischen Post würden durch das Konkurrenzverbot daher nicht tangiert.[118]

139. Vorweg ist darauf hinzuweisen, dass es sich beim Meldeverfahren nach Art. 9 und 32 f. KG um ein durch die Parteien eingeleitetes Verfahren im Sinn von Art. 13 Abs. 1 Bst. a des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) in Verbindung mit Art. 39 KG handelt.[119] Danach sind die Parteien verpflichtet, an der Feststellung des Sachverhaltes mitzuwirken. Zwar gilt aufgrund von Art. 12 VwVG in Verbindung mit Art. 39 KG auch für das Meldeverfahren die Untersuchungsmaxime[120], wonach der Sachverhalt von der Behörde von Amtes wegen festzustellen ist.[121] Die Untersuchungsmaxime erfährt aber durch Art. 13 Abs. 1 Bst. a VwVG eine Abschwächung. In diesen Fällen liegt es in der Autonomie des Privaten, ein Verwaltungsverfahren anzuheben und dessen Gegenstand zu bestimmen. Es gilt damit in jenen Fällen die Dispositionsmaxime.[122] Die Dispositionsmaxime beschlägt als Gegenstück zur Offizialmaxime die Frage der Verfügung über den Verfahrensgegenstand. Das heisst, sie beantwortet die Frage, wer über die Einleitung und Beendigung sowie den Umfang eines Verfahrens bestimmen kann. Unter Herrschaft der Dispositionsmaxime bestimmen die Parteien, ob ein Verfahren eröffnet wird. Sie haben es grundsätzlich auch in der Hand, das Verfahren durch Rückzug wieder zu beenden. Auch bestimmen die Parteien, worüber die Behörde entscheiden soll. Dabei gilt, dass die Behörde nicht mehr oder etwas anderes bewilligen kann, als der Private verlangt hat.[123]

140. Für die Prüfung der Nebenabreden bedeutet die Dispositionsmaxime, dass die Parteien der Wettbewerbsbehörde in der Meldung anzugeben haben, welche Bestimmungen sie als Nebenabreden geprüft haben wollen. Es ist nicht Sache der Behörde, nach Vertragsbestimmungen zu forschen, für welche die Parteien die Qualifizierung als Nebenabrede geltend machen könnten.

141. Demgemäss ist vorliegend lediglich das von den Parteien geltend gemachte Konkurrenzverbot zu beurteilen.

[111] Zum Ganzen vgl. RPW 2012/1, 115 Rz 29 ff., *Tamedia/Bilan/Tribune des Arts*.
[112] Vgl. BSK KG-BORER/KOSTKA (Fn 110), Art. 32 KG N 86, m. w. H.
[113] Vgl. RPW 2012/1, 115 Rz 29, *Tamedia/Bilan/Tribune des Arts*, m. w. H.
[114] ABl. C 56/24 vom 5.3.2005.
[115] Vgl. RPW 2010/3, 505 Rz 65, France *Télécom SA/Sunrise Communications AG*.
[116] Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 12.
[117] Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 13.
[118] Vgl. Meldung, Rz 46 f.
[119] Zum Ganzen vgl. RPW 2012/1, 115 f. Rz 34 f., *Tamedia/Bilan/Tribune des Arts*; RPW 2012/1, 151 Rz 67 f., *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*.
[120] Als Gegensatz zur Verhandlungsmaxime.
[121] Vgl. CHRISTOPH AUER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], 2008, Art. 12 VwVG N 6.
[122] Vgl. AUER (Fn 121), in: Kommentar VwVG, Art. 12 VwVG N 8; vgl. auch RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS/DANIELA THURNHERR/DENISE BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, Grundlagen und Bundesrechtspflege, 2. Aufl. 2010, N 980 und 1173.
[123] Vgl. AUER (Fn 121), in: Kommentar VwVG, Art. 12 VwVG N 8.

142. Wettbewerbsverbote im Verhältnis der Gründerunternehmen zu einem Gemeinschaftsunternehmen können als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und notwendig angesehen werden, wenn sich die betreffenden Verpflichtungen auf die Waren, Dienstleistungen und Gebiete beziehen, die in der Gründungsvereinbarung oder in der Satzung vorgesehen sind. Sie können unter anderem durch die Notwendigkeit begründet sein, den Gutglaubensschutz während der Verhandlungen zu gewährleisten, die Vermögenswerte des Gemeinschaftsunternehmens in vollem Umfang zu nutzen, dem Gemeinschaftsunternehmen die Aneignung des Know-hows und des Geschäftswerts der Gründer zu ermöglichen oder die Interessen der einzelnen Gründer am Gemeinschaftsunternehmen vor Wettbewerbshandlungen zu schützen, denen unter anderem durch den privilegierten Zugang der Gründungspartner zu dem Know-how oder dem Geschäftswert Vorschub geleistet wird, welches bzw. welcher auf das Gemeinschaftsunternehmen übertragen oder von diesem selbst aufgebaut wurde.

143. Zwischen den Gründerunternehmen und einem Gemeinschaftsunternehmen bestehende Wettbewerbsverbote können so lange als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig angesehen werden, wie das Gemeinschaftsunternehmen besteht. Der räumliche Geltungsbereich von Wettbewerbsverboten muss sich auf das Gebiet beschränken, in dem die Gründer die betreffenden Waren oder Dienstleistungen vor der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens abgesetzt bzw. erbracht haben. Der räumliche Geltungsbereich kann auf Gebiete erstreckt werden, in denen die Gründerunternehmen zum Zeitpunkt der Unternehmensgründung geschäftlich tätig zu werden planten, sofern sie bereits entsprechende Investitionen getätigt haben. Sachlich sind die Wettbewerbsverbote auf Waren oder Dienstleistungen zu beschränken, die den Geschäftsgegenstand des Gemeinschaftsunternehmens bilden.

144. Die für Wettbewerbsverbote geltenden Grundsätze gelten auch für Abwerbeverbote und Vertraulichkeitsklauseln.[124]

145. Das vorliegende vereinbarte Konkurrenzverbot erscheint insbesondere notwendig, um die Interessen der einzelnen Gründer am Gemeinschaftsunternehmen zu schützen. Insgesamt bewegt sich das Konkurrenzverbot im üblichen Rahmen und es kann festgehalten werden, dass es unter das Konzentrationsprivileg fällt.

146. Weitere Abreden wurden nicht geltend gemacht.

B.6 Schlussfolgerungen

147. Die vorläufige Prüfung des Zusammenschlussvorhabens hat ergeben, dass die Marktanteilsschwellen für die Annahme eines betroffenen Marktes in den nachfolgend aufgezählten Märkten nicht überschritten wurden bzw. dass das Zusammenschlussvorhaben auf diese Märkte in der Schweiz keine massgeblichen Auswirkungen hat: Märkte für Expresssendungen, Märkte für Paketsendungen, Märkte für nationale Briefpostsendungen, Märkte im Privatkundenbereich, Märkte für unadressierte Briefpostsendungen, Markt für Postvorbereitungsdienstleistungen, Markt für eingehende Briefpostsendungen und Märkte im Pressebereich.

148. Im Markt für adressierte ausgehende Briefpostsendungen für Geschäftskunden in der Schweiz konnten die Anhaltspunkte zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch die Verpflichtungszusage der LPGM und der LPIMS, ihre Tätigkeiten in diesem Markt zu veräussern, ausgeräumt werden.

149. Die Voraussetzungen für die Einleitung eines Prüfungsverfahren nach Art. 33 KG sind daher nicht erfüllt.

C Kosten

150. Für die Beurteilung des gemeldeten Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung wird nach Art. 1 Abs. 1 Bst. c i. V. m. Art. 4 Abs. 3 der Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (GebV-KG; SR 251.2) eine Pauschalgebühr von CHF 5‘000.– erhoben.

151. Haben mehrere Personen gemeinsam eine Verfügung veranlasst oder eine Dienstleistung beansprucht, so haften sie für die Kosten solidarisch (Art. 1a GebV-KG i. V. m. Art. 2 Abs. 2 der allgemeinen Gebührenverordnung vom 8. September 2004 [AllgGebV; SR 172.041.1]). Somit haften die Swiss Post International Holding AG und die La Poste Global Mail SAS solidarisch für die Kosten der Prüfung des vorliegenden Zusammenschlussvorhaben.

D Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts sowie der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Der Zusammenschluss wird unter folgender Auflage zugelassen:

   Die LPGM, LPIMS und SPI verpflichten sich, die Aktivitäten von LPGM/LPIMS im Bereich ausgehende Briefpost für Geschäftskunden in der Schweiz entsprechend der in den Erwägungen enthaltenen Verpflichtungszusage (vgl. Rz 132) und nach den Vorgaben der Engagements soumis à la Commission européenne (Case No COMP/M.6503) vom 25. Juni 2012 (gemäss Beilage) an einen Dritten zu veräussern.

2. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Art. 51 und 55 KG belegt werden.

3. Die Kosten in der Höhe von CHF 5‘000.– werden den Parteien zu gleichen Teilen unter solidarischer Haftung auferlegt.

4. Die Verfügung ist zu eröffnen an:

   - Swiss Post International Holding AG
   - La Poste Global Mail SAS
   - La Poste The International Mail Solution

   alle vertreten durch: […].

[124] Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 36 ff.

5. Gegen diese Verfügung kann gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht (VGG; SR 173.32) innert 30 Tagen beim Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 9023 St. Gallen, 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.

[Beilage: Engagements soumis à la Commission européenne (Case No COMP/M.6503) vom 25. Juni 2012.]

B 2.3	5. Advent International Corporation/Douglas Holding 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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 16. November 2012

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 13. November 2012

1. Am 22. Oktober 2012 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Advent International Corporation (über die von ihr kontrollierte Akquisitionsgesellschaft AI Beauty & Cy S.C.A.) mit Sitz in Boston, USA, die alleinige Kontrolle über die Douglas Holding AG mit Sitz in Hagen, Deutschland, zu erlangen.

2. Die Advent International Corporation (nachfolgend: Advent) ist eine weltweit tätige private Beteiligungsgesellschaft (Private Equity Investor) mit Sitz in Boston. Advent ist eine unter amerikanischem Recht konstituierte und in Delaware, USA, eingetragene Kapitalgesellschaft. Die von Advent zu 100 % kontrollierten Advent Funds halten Beteiligungen in unterschiedlichen Sektoren wie Industrie, Kommunikation, Medien, Gesundheitswesen, Informationstechnologie, Internet und Pharmazie. Die Kernaufgaben von Advent beschränken sich dabei auf die Übernahme oder die Beteiligungen an Unternehmen sowie die Verwaltung von Investment Funds.

3. Bei der AI Beauty & Cy S.C.A. (nachfolgend: AI Beauty & Cy) handelt es sich um eine Akquisitionsgesellschaft von Advent, welche durch Advent Funds indirekt kontrolliert wird. AI Beauty & Cy ist eine unter luxemburgischem Recht konstituierte Kommanditaktiengesellschaft mit Sitz in Luxemburg, Luxemburg.

4. Die Douglas Holding AG (nachfolgend: Douglas Holding) ist die Holdinggesellschaft der Douglas Gruppe. Die Aufgaben der Douglas Holding beschränken sich auf die Zuständigkeit für das zentrale Management und die Dienstleistungsfunktionen der Douglas Gruppe. Die Douglas Holding ist eine unter deutschem Recht konstituierte Aktiengesellschaft, mit Sitz in Hagen, Deutschland. Die Douglas Gruppe ist in fünf Geschäftsbereiche unterteilt: (i) Düfte, Kosmetika und Körperpflegeartikel, (ii) Bücher, (iii) Schmuck und Uhren, (iv) Mode und (v) Konfekt. Die Douglas Gruppe beschäftigt in Europa ca. 25`000 Mitarbeiter und ist europaweit in 18 Ländern operativ tätig.

5. Grund der Übernahme der Douglas Holding durch die AI Beauty & Cy und damit indirekt durch Advent stellt der Wille zu einem finanziellen Investment und zur Erweiterung des Investment-Portfolios von Advent dar. Advent bezweckt die alleinige Kontrolle der Douglas Holding.

6. Am 15. Oktober 2012 gab Advent bekannt, dass es das Zusammenschlussvorhaben auf dem Wege eines öffentlichen Übernahmeangebotes anstrebt. Dabei soll die Mehrheit des emittierten Aktienkapitals der Douglas Holding übernommen werden. Die Transaktion soll durch die durch Advent kontrollierte Akquisitionsgesellschaft AI Beauty & Cy vollzogen werden. Das öffentliche Übernahmeangebot endete nach dem 23. November 2012. Nach der Transaktion hat Advent die indirekte alleinige Kontrolle über die Douglas Holding und somit auch der Douglas Gruppe inne.

7. Die beteiligten Unternehmen erreichten im letzten Geschäftsjahr einen weltweiten Umsatz von mehr als CHF 2 Mrd. und einen Schweizer Umsatz von jeweils mehr als CHF 100 Mio. Die gesetzlichen Umsatzschwellen sind demnach erreicht, weshalb das Zusammenschlussvorhaben nach Art. 9 Abs. 1 KG meldepflichtig ist.

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

9. Die Douglas Gruppe ist in der Schweiz in den Bereichen Gesundheit und Schönheit („Health & Beauty products“) sowie durch die Firmen Thalia Buch AG (nachfolgend: Thalia), ZAP zur Alten Post AG (nachfolgend: ZAP) und buch.ch AG (nachfolgend: buch.ch) im Verkauf von Büchern, Musik, Filmen, Software und Papeterie-Artikeln tätig.

10. Ohne eine abschliessende Marktabgrenzung vorzunehmen, wird zum Zwecke des vorliegenden Zusammenschlusses der relevante Markt für Parfüm, Düfte, Kosmetika und Körperpflege nicht weiter segmentiert. Gemäss dem Entscheid Ascopa (RPW 2011/4, 529 ff.) sind die Märkte für Parfüms, Make-up und Pflegeprodukte in räumlicher Hinsicht national abzugrenzen, d.h. sie umfassen das Gebiet der Schweiz. In diesem Fall wird ebenfalls von einem nationalen Markt für Parfüm, Düfte, Kosmetika und Körperpflege ausgegangen, wobei die genaue geografische Abgrenzung offen gelassen wird, da das Ergebnis der Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens dadurch nicht beeinflusst wird.

11. Betreffend des Tätigkeitsbereiches der Douglas Gruppe im Bereich Bücher kann zum Zwecke des vorliegenden Zusammenschlusses im Sinne einer Arbeitshypothese der sachlich relevante Markt als Retail-Segment für den Verkauf von Büchern durch Buchhandlungen sowie Online-Shops, inklusive den Produkten aus den Bereichen Film, Musik, Software und Papeterie-Artikel qualifiziert werden. Die exakte Marktabgrenzung wird wiederum offen gelassen, weil das geplante Vorhaben unabhängig von der konkreten Marktabgrenzung zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken führt. Gemäss der Entscheidung Sammelrevers für Verlagserzeugnisse ist der Markt für den Buchhandel in räumlicher Hinsicht

national abzugrenzen. (RPW 1999/3, S. 457 Rz 72). Anzumerken bleibt, dass hier aufgrund des Online-Buchhandels eine weitergehende Abgrenzung vorstellbar wäre.

12. 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.

13. Aufgrund der fehlenden Überschneidung der Tätigkeitsbereiche zwischen der Advent Portfolio-Unternehmen und der Douglas Gruppe führt das Zusammenschlussvorhaben zu keinen Marktanteilsadditionen. Ferner erübrigt sich die Prüfung, ob die Portfolio-Unternehmen von Advent in einem Markt einen Anteil von 30 % oder mehr halten, da die Douglas-Gruppe weder in einem dazu vor- oder nachgelagertem Markt geschäftlich tätig ist noch einen Markteintritt in diese Tätigkeitsbereiche plant.

14. 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	6. Migros/Angehrn (CCA)

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 25. Juni 2012

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 24. Juni 2012

A Sachverhalt

1. Am 1. Juni 2012 hat die Wettbewerbskommission die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach plant der Migros-Genossenschafts-Bund (nachfolgend MGB), die alleinige Kontrolle über die Angehrn-Gruppe zu erlangen.

2. An dieser Erlangung der Kontrolle sind beteiligt

- der MGB als kontrollierendes und damit meldendes Unternehmen
- die Angehrn-Gruppe als kontrolliertes Unternehmen, bestehend aus
  - der Angehrn Holding AG (nachfolgend AH)
  - der Cash + Carry Angehrn AG (nachfolgend CCA; 100 % Tochter der AH) und
  - der Angehrn Service AG (nachfolgend ASAG; 100 % Tochter der AH).

3. Veräusserer sind die AFH Angehrn AG (nachfolgend AFH), sowie die Privatpersonen […].

4. Seit 2007 hält der MGB eine Beteiligung von 30 % an der Angehrn-Gruppe (schon damals bestehend aus der AH sowie den zwei 100%igen Töchter CCA und ASAG). Der Erwerb dieser 30 %-Beteiligung und die damit verbundene Schaffung der gemeinsamen Kontrolle durch den MGB und die AFH wurde der WEKO gemeldet. Diese kam in einer vorläufigen Prüfung zum Schluss, dass weder eine marktbeherrschende Stellung begründet noch eine solche verstärkt werde.[1]

5. Der MGB beabsichtigt, seine bisherige Beteiligung an der AH von 30 % auf 80 % zu erhöhen und so die alleinige Kontrolle über die Angehrn-Gruppe zu erlangen. Zu diesem Zweck hat der MGB mit den Veräusserern einen Aktienkaufvertrag abgeschlossen. 20 % der AH-Aktien verbleiben im Eigentum der AFH, […]. Mit der verbleibenden Beteiligung von 20 % sind […] keine Kontrollrechte verbunden. […].

6. Der MGB hat innerhalb der Migros-Gemeinschaft (nachfolgend Migros) die Funktion, zentrale Dienste zu erbringen und Tochtergesellschaften zu halten. Die Migros, zu der auch Denner und Globus gehören, ist hauptsächlich im Detailhandel (Food / Near Food / Non Food) tätig. Mit den Migros Industrien verfügt die Migros zudem über eigene Produktionsbetriebe (z.B. Jowa, Micarna, Estavayer Lait, Bischofszell Nahrungsmittel, Chocolat Frey). Daneben ist die Migros auch im Grosshandel tätig. Einerseits kontrolliert sie bereits heute (gemeinsam mit der AFH) die Angehrn-Gruppe. Andererseits verfügt die Migros mit der Scana Lebensmittel AG (nachfolgend Scana) über eine Tochtergesellschaft, die als Zustellgrosshändlerin für Gastronomiebetriebe tätig ist.

7. Die Angehrn-Gruppe besteht wie erwähnt aus der AH, welche eine klassische Holdinggesellschaft ist. Diese hält zu je 100 % die Töchter CCA und ASAG. Die CCA betreibt das eigentliche Grosshandelsgeschäft nach dem Cash-&-Carry-System, d.h. nach dem Abholsystem. Die ASAG erbringt Dienstleistungen für Detailhandels- und Gastgewerbeunternehmen, insbesondere im Bereich Werbung und Informatik.

8. Das Ziel des Zusammenschlussvorhabens besteht für den MGB in der Stärkung seiner Position im Grosshandelsbereich bzw. im Wettbewerb mit Marktleader Coop und deren Transgourmet-Gruppe. […]

9. Das vorliegend zu beurteilende Zusammenschlussvorhaben kann graphisch wie folgt dargestellt werden:

[1] RPW 2007/1, 117 Rz 1 ff., *Migros/AFH Angehrn AG*.

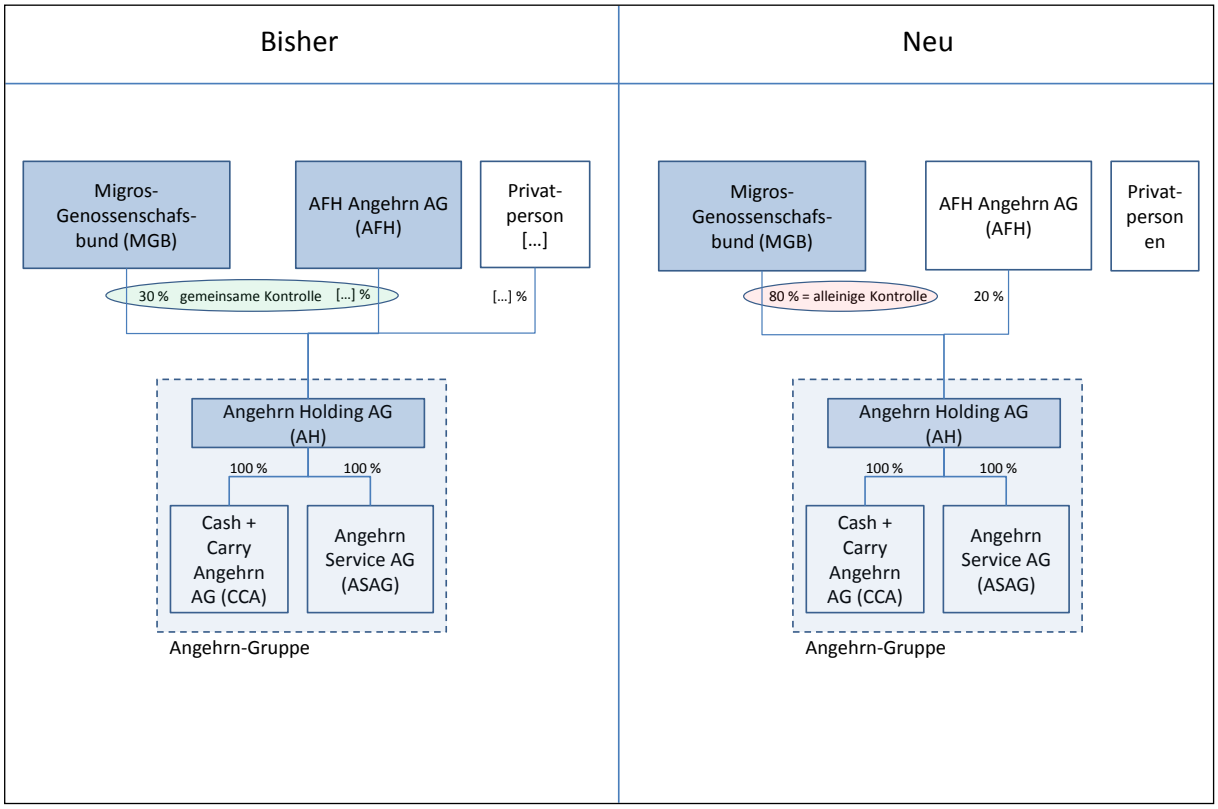


Abbildung 1: Grafische Darstellung des Zusammenschlussvorhabens (Quelle: Darstellung des Sekretariats).

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

B.1.1 Unternehmen

11. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG). Beim Übergang von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle gelten als beteiligte Unternehmen die Muttergesellschaft, welche die alleinige Kontrolle erwirbt, und das Gemeinschaftsunternehmen.[2] Diese Rollen kommen vorliegend dem MGB (bzw. der Migros) und der Angehrn-Gruppe zu. Beide sind als Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

12. Als Unternehmenszusammenschluss gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG gilt jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung durch den ein Unternehmen unmittelbar die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen erlangt. Die Kontrolle gilt als erlangt, wenn ein Unternehmen durch den Erwerb von Beteiligungsrechten die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des anderen Unternehmens auszuüben (Art. 1 VKU[3]). Als Unternehmenszusammenschluss in diesem Sinne gilt auch ein Wechsel von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle.[4]

13. Derzeit wird die Angehrn-Gruppe vom MGB und der AH gemeinsam kontrolliert.[5] Der MGB beabsichtigt, weitere Beteiligungsrechte an der Angehrn-Gruppe zu erwerben (Erhöhung von 30 % auf 80 %). Er wird dadurch die Möglichkeit erhalten, neu alleine einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit der Angehrn-Gruppe auszuüben. Es kommt also zu einer Änderung der Qualität der Kontrolle, der im Wechsel von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle besteht. Dieser Vorgang erfüllt die oben genannten Kriterien. Es liegt ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG vor.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

[2] Statt vieler vgl. RPW 2011/1, 202 Rz 5 f. *Coop/transGourmet*; MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 9 KG N 32 m. w. H.
[3] Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (SR 251.4).
[4] Siehe z.B. RPW 2009/1, 81 Rz 8 m.w.H., *Migros-Genossenschafts-Bund/cevanova AG*.
[5] RPW 2007/1, 117 Rz 1 ff., *Migros/AFH Angehrn AG*.

B.3 Meldepflicht

15. Gemäss Art. 9 Abs. 1 KG sind Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden, sofern die beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss einen weltweiten Umsatz von insgesamt mindestens CHF 2 Milliarden oder einen schweizweiten Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Millionen erzielten. Zudem müssen mindestens zwei der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss einen schweizweiten Umsatz von je mindestens CHF 100 Millionen erzielt haben.

16. Die Migros erzielte im Geschäftsjahr 2011 einen konsolidierten Umsatz von CHF 24‘859 Mio. weltweit und einen solchen von CHF 23‘566 Mio. in der Schweiz. Die Angehrn-Gruppe generiert fast ihren gesamten Umsatz in der Schweiz. Im Geschäftsjahr 2011 betrug dieser CHF […] Millionen.

17. Die Umsatz-Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 KG werden erreicht, womit ein meldepflichtiger Zusammenschluss vorliegt.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

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

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

B.4.1 Relevante Märkte

B.4.1.1 Sachlich relevante Märkte

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

21. Vorliegend werden lediglich die sachlich relevanten Märkte definiert, in welchen die zu übernehmende CCA tätig ist, da davon auszugehen ist, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben keine oder kaum Auswirkungen auf Märkte hat, in welchen lediglich Migros tätig ist (dasselbe gilt für das Tätigkeitsfeld der ASAG).[6]

Absatzmarkt

22. Die Marktgegenseite der Grosshändler auf der Absatzseite sind die klassische Gastronomie (Restaurants, Hotels), die Betriebs- und Gemeinschaftsgastronomie (industrielle Betriebe wie Spitäler, Kantinen, Heime) und die Zusatzgastronomie (Raststätten, Catering etc.) sowie unabhängige (Klein-)Detaillisten.

23. Der Grossverbrauchermarkt umfasst somit die regelmässige Versorgung der Grossabnehmer in der Gastronomie und unabhängiger Detailhändler mit Gütern des täglichen Bedarfs bestehend aus Nahrungsmitteln, Near-Food- und Non-Food-Produkten. Dieser Grossverbrauchermarkt besteht praxisgemäss aus Abholmärkten, Zustellgrosshändlern und Direktlieferungen (durch Hersteller/Verarbeiter, spezialisierte Lieferanten, Fachhändler etc.), unabhängig davon, ob es sich um Vollsortiments- oder Teilsortimentsanbieter handelt.[7]

24. Meldungen aus dem Markt haben die Wettbewerbsbehörden veranlasst, die fehlende Unterscheidung zwischen Abhol- und Zustellgrosshandel zu überprüfen. So werden den Wettbewerbsbehörden einerseits regelmässig Befürchtungen von besorgten Bürgern und Marktteilnehmern zugetragen, wonach die Konzentrationen in den Märkten, in welchen insbesondere die Migros tätig ist, zu hoch seien. Andererseits führte die Medieninformation zum vorliegenden Zusammenschluss zu Reaktionen, die sich gezielt gegen den vorliegend zu beurteilenden Zusammenschluss richten und die bisherige Marktabgrenzung in Frage stellen. Gestützt auf diese Eingaben befragte das Sekretariat verschiedene vom Zusammenschluss betroffene Marktteilnehmer und den gastgewerblichen Verband GastroSuisse zur Substituierbarkeit zwischen Abhol- und Zustellgrosshandelskanal. Die Befragungen haben ergeben, dass die Abgrenzung eines eigenen Abholmarktes angezeigt sein könnte. Eine solche Abgrenzung wird auch vom deutschen Bundeskartellamt und von der österreichischen Wettbewerbsbehörde in deren jüngeren Entscheidpraxis vorgenommen. Diese Behörden gehen von einem eigenständigen Markt für den über Cash&Carry-Geschäfte betriebenen Abholgrosshandel mit Lebensmitteln aus, der vom Grossverbraucher-Zustelldienst abzugrenzen ist.[8]

25. Allerdings waren die Antworten der befragten Marktteilnehmer nicht einhellig. Nur gewisse Kunden der CCA betrachten den Zustellgrosshandel nicht als wirtschaftlich sinnvolle Bezugsalternative. Sie begründeten dies mit gewissen Mindestbestellmengen bei den Zustellgrosshändlern und mit einem etwas höheren Preisniveau. GastroSuisse hebt einerseits hervor, dass Abholgrossmärkte für Gastronomiebetriebe sehr wichtig seien. Beim Ausweichen auf einen reinen Zustellgrosshandel würden vermutlich gewisse Vorteile des Abholmarktes verloren gehen. Andererseits werde der Zustellgrosshandel insbesondere für lagerfähige Produkte rege benutzt. Zudem seien bei Gastrobetrieben Gemüsehändler und Winzer aus der Region sowie lokale Metzgereien und Bäckereien sehr beliebt. Insgesamt wird die Tendenz der schwindenden Konkurrenz bedauert.

[6] Zur sachlichen Abgrenzung des Lebensmitteldetailhandels vgl. z.B. RPW 2007/4, 589 ff., *Coop/Carrefour*.

[7] RPW 2008/2, 344 Rz 26, *fenaco / Kellenberger Frisch Service AG*; RPW 2005/2, 343 f. Rz 24, *transGourmet Holding AG*.

[8] Fallbericht des Bundeskartellamts vom 20.4.2010, Rücknahme der Anmeldung im Zusammenschlussverfahren EDEKA / RATIO, verfügbar unter http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Fusion/Fusion11/Fallberichte/B02-125-10_Gesamtvorhaben_Kurzversion_endg.pdf [12.7.12]; ECN, ECN Activities in the Food Sector – Report on Competition Law Enforcement and Market Monitoring Activities by European Competition Authorities in the Food Sector, May 2012, Rz 195, verfügbar unter http://ec.europa.eu/competition/ecn/food_report_en.pdf [12.7.12].

26. Für den vorliegend zu beurteilenden Zusammenschluss kann die Frage nach einer weiteren Segmentierung offen gelassen werden, da die genaue Marktabgrenzung das Ergebnis der vorliegenden Zusammenschlussprüfung nicht tangiert (vgl. unten, Rz 32). Im Folgenden wird analog der bisherigen Praxis der WEKO keine Marktsegmentierung in Abholmärkte und Zustellmärkte vorgenommen. Es ist aber nicht auszuschliessen, dass in Zukunft eine engere Marktabgrenzung vorzunehmen ist.

Beschaffungsmarkt

27. Beschaffungsseitig bilden die Lieferanten des Grossverbrauchermarkts die Marktgegenseite. Diese Lieferanten verfügen über verschiedene Absatzkanäle. Nebst dem Absatzkanal über die Grossverteiler stehen den Herstellern von Food- und Near-Food-Produkten gemäss der bisherigen Praxis weitere Absatzkanäle wie beispielsweise der Detailhandel, der E-Commerce sowie der Export zur Verfügung. Zudem haben die Lieferanten die Möglichkeit, die Grossverbraucher direkt zu beliefern. Auf eine präzise Marktabgrenzung der Beschaffungsmärkte, sei es hinsichtlich allfällig verschiedener Absatzkanäle innerhalb des Grossverbrauchermarktes oder hinsichtlich einer allfälligen Abgrenzung nach Produktgruppen entsprechend der Unterscheidung im Detailhandel kann vorliegend verzichtet werden, da die Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens davon nicht tangiert wird (vgl. unten, Rz 34 f.).

B.4.1.2 Räumlich relevante Märkte

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

29. Die WEKO ist in ihren bisherigen Entscheiden sowohl absatzseitig wie auch beschaffungsseitig von nationalen Märkten ausgegangen, wobei die Frage nach der genauen räumlichen Marktabgrenzung auf der Beschaffungsseite offen gelassen wurde.[9] Es bleibt darauf hinzuweisen, dass auf der Absatzseite im Falle eines eigenen Abholgrosshandelsmarktes allenfalls eine engere geografische Marktabgrenzung in Betracht käme, die aber im vorliegend zu beurteilenden Zusammenschlussvorhaben zu keinem anderen Ergebnis führen würde.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

30. 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.

Absatzmarkt

31. Der gemeinsame Marktanteil der Migros und der Angehrn-Gruppe im Markt für Grossverbraucher liegt nach Angaben der beteiligten Unternehmen bei [10-20 %]. Es handelt sich somit nicht um einen vom Zusammenschluss betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

32. Selbst wenn der Markt segmentiert würde in eine Markt für Zustellgrosshandel und Abholgrosshandel (vgl. oben, Rz 24 f.) läge in casu kein betroffener Markt vor und das Ergebnis der vorläufigen Prüfung bliebe unverändert: In diesem Fall wäre Migros im Abholgrosshandelsmarkt lediglich mit CCA vertreten (die Migros-Tochter Scana ist ein Zustellgrosshändler für die Gastronomie und die Migros-Tochter Mérat & Cie. AG beliefert die Gastronomie direkt). CCA hält im Abholgrosshandel einen Marktanteil von [10-20 %] und ist damit die Nummer Zwei hinter dem Marktleader Coop. Coop vereint im Abholgrosshandel mit seinen Töchtern Prodega und Growa einen Marktanteil von rund 63 % auf sich.[10]

Beschaffungsmarkt

33. Die nachfolgende Tabelle gibt einen Überblick über die Marktanteile der Zusammenschlussparteien auf dem Beschaffungsmarkt (Gesamtmarkt bestehend aus gesamter Beschaffung durch Grossverbrauchermärkte, Detailhandel und Convenience-Bereich):

[9] RPW 2008/2, 272 Rz 39, *fenaco/Kellenberger Frisch Service AG*; RPW 2005/2, 344 Rz 29 ff., *transGourmet Holding AG*.
[10] Quelle: IHA GfK AG, Detailhandel Schweiz 2011, S. 371.

Tabelle 1: Marktanteile der Zusammenschlussparteien auf dem Beschaffungsmarkt

		Gesamtmarkt	Migros	Angehrn-Gruppe	Kumuliert
2011	**Umsatz (Mio. CHF)**	44‘952	[…]	[…]	[…]
	MA (%)	100	[20-30 %]	[0-10 %]	[20-30 %]
2010	**Umsatz (Mio. CHF)**	45‘065	[…]	[…]	[…]
	MA (%)	100	[20-30 %]	[0-10 %]	[20-30 %]
2009	**Umsatz (Mio. CHF)**	43‘077	[…]	[…]	[…]
	MA (%)	100	[20-30 %]	[0-10 %]	[20-30 %]

Quelle: Schätzungen der Parteien basierend auf die Detailhandelsstudie Schweiz 2011 der IHA GfK AG. Die angegebenen Beschaffungsvolumina berücksichtigen auch die konzerninterne Beschaffung der Migros.

34. Der gemeinsame Marktanteil der Migros (2011: [20-30 %]) und der AH (2011: [0-10 %]) beträgt somit mehr als 20 %, sodass ein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d KG vorliegt. Marktführer ist Coop mit einem geschätzten Marktanteil von rund 27 %.[11]

35. Die geplante Beteiligungserhöhung führt zu keiner Marktanteilsaddition. Allerdings können sich durch die Übernahme der alleinigen Kontrolle in qualitativer Hinsicht Änderungen der Marktverhältnisse ergeben. Die alleinige Kontrolle unterscheidet sich insofern von der gemeinsamen Kontrolle, als das allein kontrollierende Unternehmen die Interessen des anderen beteiligten Unternehmens nicht zu berücksichtigen hat, weshalb mit dem Übergang zur alleinigen Kontrolle eine Erhöhung der Einflussmöglichkeiten verbunden ist. Von qualitativen Änderungen können Lieferanten betroffen sein, welche infolge der zukünftigen alleinigen Kontrolle des MGB Gefahr laufen, durch Migros-Lieferanten oder Migros-Industrien ersetzt zu werden, unabhängig von der konkreten Marktabgrenzung.

36. Das Sekretariat hat die wichtigsten Lieferanten verschiedenster Produkte oder Produktegruppen der CCA zum geplanten Zusammenschlussvorhaben befragt. Im Fokus stand die Frage, ob auf der Lieferantenseite der CCA Abhängigkeiten bestehen, die das vorliegende Zusammenschlussvorhaben als problematisch erscheinen lassen könnten. Es wurden 22 Lieferanten der CCA befragt (Rücklauf: 21). Der Grossteil der befragten Lieferanten befürchtet aufgrund der Beteiligungserhöhung keine negativen Auswirkungen. Teilweise besteht gar die Hoffnung auf eine Stärkung des CCA-Kanals, da der MGB möglicherweise neue CCA-Verkaufspunkte eröffnen wird. Fünf der befragten Lieferanten, welche unterschiedliche Produktgruppen anbieten, befürchten, infolge der geplanten Beteiligungserhöhung ausgelistet und durch Migros-Industrien oder sonstige Migros-Lieferanten ersetzt zu werden. In der Stichprobe ergaben sich keine Hinweise auf das Vorliegen von individuellen Abhängigkeiten gemäss der diesbezüglichen Kriterien der WEKO.[12] Grundsätzlich werden von den befragten Lieferanten die mangelnden Absatzalternativen im Inland beklagt, da Migros und Coop sowohl im Detailhandel, dem Grosshandel und dem Convenience-Geschäft stark vertreten sind.

37. Bei der Berechnung der oben dargelegten Marktanteile wurden die Beschaffungsvolumina in den Bereichen Detailhandel und Convenience ebenfalls berücksichtigt. Dennoch erreicht die Migros mit CCA keinen Marktanteil, der eine marktbeherrschende Stellung vermuten liesse.

B.4.3 Nebenabreden

38. Der MGB und die Veräusserer haben keine Nebenabreden vereinbart.

C Ergebnis

39. 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.

[11] Quelle: Schätzungen der Parteien basierend auf die Detailhandelsstudie Schweiz 2011 der IHA GfK AG.
[12] RPW 2008/4, 657 ff. Rz 476 ff., *Coop/Carrefour*.

Abkürzungsverzeichnis
Registre des abréviations
Indice delle abbreviazioni

A

AF	Arrêté fédéral
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel

B

BA	Bundesamt
BB	Bundesbeschluss
BBl	Bundesblatt
BG	Bundesgesetz
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung
BGer	Bundesgericht
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national
BoeB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen
BR	Bundesrat
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati
BV	Bundesverfassung
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess

C

CC	Code civil
CE	Communauté Européenne
CE	Conseil des Etats
CF	Conseil fédéral
FR.	Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri
CO	Code des obligations
Cost.	Costituzione federale
CPC	Code (cantonal) de procédure civile
CPS	Code pénal suisse
cst.	Constitution fédérale

D

DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)
DPC	Droit et politique de la concurrence (=RPW)
DG	Direction Générale (UE)

E

EU	Europäische Union

F

FF	Feuille fédérale
FMG	Fernmeldegesetz

G

GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GebrV	Verordnung über Gebrauchsgegenstände
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GU	Gemeinschaftsunternehmen

H

HGer	Handelsgericht
HMG	Heilmittelgesetz

I

IPRG	Bundesgsetz über das internationale Privatrecht
IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen

J

JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JdT	Journal des Tribunaux

K

KG	Kartellgesetz
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
KSG	Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung

L

LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents
LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie
LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance
LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale
LCsl	Legge federale contro la concorrenza sleale
LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé
LETC	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
LF	Loi fédérale / Legge federale
LL	Legge federale sul lavoro
LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur
LMP	Loi fédérale sur les marchés publics
LOTC	Legge federale sugli ostaccoli tecnicial commercio
LPM	Loi fédérale sur la protection des marques
LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
LSPr	Legge federale sulla sorveglienza dei prezzi

M

N

O

O	Ordonnance
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique
OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development
OFAP	Office fédéral des assurances privées
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege
OGer	Obergericht
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMP	Ordonnance sur les marchés publics
OR	Obligationenrecht
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée
P	
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix
PüG	Preisüberwachungsgesetz
Q	
R	
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)
RR	Regierungsrat
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)
S	
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs
SHAB	Schweizerisches Handels-amtsblatt
SJ	La semaine judiciaire
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)
SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
StR	Ständerat
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
T	
TA	Tribunal administratif
TApp	Tribunale d'Appello
TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
U	
UE	Union Européenne
UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
V	
VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
W	
WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
X	
Y	
Z	
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt fur Staats- und Verwaltungsrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZPO	Zivilprozessordnung
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht

Index

A

abgestimmtes Verhalten 848, 891

abgestimmte Verhaltensweise -

Abrede 749, 756, 759, 764 f., 775, 783, 785 ff., 795 ff., 799, 802, 805 ff., 812, 814 ff., 820, 823 f., 830, 837, 839 f., 840, 844 ff., 854 ff., 863, 866, 878 ff., 880, 885, 888

Acquiring 749 ff., 756 f., 760 f., 766 f., 769 f., 773 ff., 779, 781 f., 785 787 ff., 792 ff., 799, 801 ff.

Anhörung -

Apotheker/innen -

Ärzte(-Verband) -

B

Banken 749 ff., 764 ff.

Befristung des Entscheids -

Breitbanddienste -

Bündelung vertikaler Restriktionen -

C

D

Debitkarten 749 ff., 764 ff.

Domestic Interchange Fee 773, 778

E

Effizienzgründe 795, 797, 799, 806 ff., 817, 829 f.

Effizienzprüfung -

Einstellung einer Untersuchung -

einvernehmliche Regelung 827, 835 f., 840 f.

Erheblichkeit 795, 797, 799, 806 ff., 827, 829

Exklusivvertrieb -

F

G

geografische Beschränkungen -

Grosskunden-Märkte -

H

Hersteller und Grossisten von Tierarznei-mitteln -

I

Indizienbeweis -

Interchange Fee 749 f., 752, 760, 762, 764 ff.

Internalisierung eines Kostenfaktors -

J

K

kollektive Marktbeherrschung -

Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 789, 816, 818 f., 826, 844, 846 f., 865, 867, 878, 885

Koppelungsgeschäft -

Kostenraster -

Krankenversicherer -

Kreditkarten -

Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -

L

legitimate business reasons -

M

Marktaufteilung -

marktbeherrschende Stellung 760, 774 f., 783, 794 f., 799 f., 805, 807 f., 820, 830 f., 845, 849, 856, 858, 863, 870, 875, 877 f., 882 ff., 886, 888

Marktgegenseite 760, 789, 791 f., 799 f., 803 f., 810, 816, 826 ff., 851 f., 858, 80, 874, 886 f.

Marktorganisation -

Marktstruktur 764, 793, 820, 824, 868, 875

Marktzutrittsschranken -

Meldepflicht 794, 818 f., 845, 849, 857, 869, 870, 882, 886

Missbrauch 760 ff., 773, 775, 777, 784, 786, 797, 799 f., 820, 834

N

Netzwerk 786, 792, 798, 808 f., 865, 871

Netzwerkkosten -

Nichtdiskriminierungsklausel -

O

P

Parallelverhalten -

potenzieller Wettbewerb -

Preisabrede 785 ff., 795, 797, 799, 802, 806, 808 f.

Preisbindung zweiter Hand -

Q

Quersubventionierung 784 f., 798

R

Rabatte 752, 784, 877

Reduktion der Sanktion -

S

Sanktionen 825, 836 ff., 880

Senkung Herstellkosten -

Submission --

Submissionskartell -

T

Tarife -

Tarifvertrag -

Tierärzte/innen -

Transparenzmassnahmen -

U

Umstossung der Vermutung 827 f.

Untersuchung 749, 765, 773, 785, 792, 794 ff., 810 ff., 816, 820, 822 f., 827, 830, 832, 834, 836, 838, 840, 851 f., 879

unzulässige Wettbewerbsabrede 749, 759, 764 f., 787, 802, 815, 823, 830

V

vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -

Veröffentlichung -

Verschulden 838

Vierparteiensysteme 775, 792, 803

vorbehaltene Vorschriften -

vorgezogene Recyclinggebühren -

W

Wettbewerb um den Markt -

X

Y

Z

Zahlungsmittel -

zweiseitige Märkte -