



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

*2006/3*

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern  
(Herausgeber)

Vertrieb:  
BBL  
Vertrieb Bundespublikationen  
CH-3003 Bern

[www.bundespublikationen.admin.ch](http://www.bundespublikationen.admin.ch)

Preis Einzelnummer:  
CHF 30.-  
Preis Jahresabonnement:  
CHF 104.-  
(Form: 701.000.06/3)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la  
concurrence  
CH-3003 Berne  
(Editeur)

Diffusion:  
OFCL  
Diffusion publications  
CH-3003 Berne

[www.publicationsfederales.admin.ch](http://www.publicationsfederales.admin.ch)

Prix au numéro:  
CHF 30.-  
Prix de l'abonnement annuel:  
CHF 104.-

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della  
concorrenza  
CH-3003 Berna  
(Editore)

Distribuzione:  
UFCL  
Distribuzione pubblicazioni  
CH-3003 Berna

[www.pubblicazionifederali.admin.ch](http://www.pubblicazionifederali.admin.ch)

Prezzo per esemplare:  
CHF 30.-  
Prezzo dell'abbonamento:  
CHF 104.-

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

2006/3

*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.

Oktober/octobre/ottobre 2006

<b>Systematik</b>	<b>A</b>	<b>Tätigkeitsberichte</b>
	A 1	Wettbewerbskommission
	A 2	Preisüberwacher
	<b>B</b>	<b>Verwaltungsrechtliche Praxis</b>
	B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission
	1	Vorabklärungen
	2	Empfehlungen
	3	Stellungnahmen
	4	Beratungen
	5	BGBM
	B 2	Wettbewerbskommission
	1	Vorsorgliche Massnahmen
	2	Untersuchungen
	3	Unternehmenszusammenschlüsse
	4	Sanktionen
	5	Andere Entscheide
	6	Empfehlungen
	7	Stellungnahmen
	8	BGBM
	9	Diverses
	B 3	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen
	B 4	Bundesgericht
	B 5	Bundesrat
B 6	Preisüberwacher	
B 7	Kantonale Gerichte	
<b>C</b>	<b>Zivilrechtliche Praxis</b>	
C 1	Kantonale Gerichte	
C 2	Bundesgericht	
<b>D</b>	<b>Entwicklungen</b>	
D 1	Erlasse, Bekanntmachungen	
D 2	Bibliografie	
<b>E</b>	<b>Diverses</b>	

<b>Systématique</b>	<b>A</b>	<b>Rapports d'activité</b>
	A 1	Commission de la concurrence
	A 2	Surveillance des prix
	<b>B</b>	<b>Pratique administrative</b>
	B 1	Secrétariat de la Commission de la concurrence
	1	Enquêtes préalables
	2	Recommandations
	3	Préavis
	4	Conseils
	5	LMI
	B 2	Commission de la concurrence
	1	Mesures provisionnelles
	2	Enquêtes
	3	Concentrations d'entreprises
	4	Sanctions
	5	Autres décisions
	6	Recommandations
	7	Préavis
	8	LMI
	9	Divers
	B 3	Commission de recours pour les questions de concurrence
	B 4	Tribunal fédéral
	B 5	Conseil fédéral
B 6	Surveillant des prix	
B 7	Tribunaux cantonaux	
<b>C</b>	<b>Pratique des tribunaux civils</b>	
C 1	Tribunaux cantonaux	
C 2	Tribunal fédéral	
<b>D</b>	<b>Développements</b>	
D 1	Actes législatifs, communications	
D 2	Bibliographie	
<b>E</b>	<b>Divers</b>	

<i>Sistematica</i>	<b>A</b>	<b><i>Rapporti d'attività</i></b>
	A 1	Commissione della concorrenza
	A 2	Sorveglianza dei prezzi
	<b>B</b>	<b><i>Prassi amministrativa</i></b>
	B 1	Segreteria della Commissione della concorrenza
	1	Inchieste preliminari
	2	Raccomandazioni
	3	Preavvisi
	4	Consulenze
	5	LMI
	B 2	Commissione della concorrenza
	1	Misure cautelari
	2	Inchieste
	3	Concentrazioni di imprese
	4	Sanzioni
	5	Altre decisioni
	6	Raccomandazioni
	7	Preavvisi
	8	LMI
	9	Diversi
	B 3	Commissione di ricorso in materia di concorrenza
	B 4	Tribunale federale
	B 5	Consiglio federale
B 6	Sorvegliante dei prezzi	
B 7	Tribunali cantonali	
<b>C</b>	<b><i>Prassi dei tribunali civili</i></b>	
C 1	Tribunali cantonali	
C 2	Tribunale federale	
<b>D</b>	<b><i>Sviluppi</i></b>	
D 1	Atti legislativi, comunicazioni	
D 2	Bibliografia	
<b>E</b>	<b><i>Diversi</i></b>	

<b>B</b>	<b>Verwaltungsrechtliche Praxis</b> <i>Pratique administrative</i> <i>Prassi amministrativa</i>	
B 1	<b>Sekretariat der Wettbewerbskommission</b> Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza	
1.	<b>Vorabklärungen</b> <i>Enquêtes préalables</i> <i>Inchieste preliminari</i>	
1.	Gebühr für den Bargeldbezug an Bancomaten bzw. Postomaten ("ATM Service-Fee")	420
2.	Zugang zu Mobilfunknetzen/Einstellung der Vorabklärung	432
3.	Medikamentenpreis Thalidomid	433
4.	Börsenpflicht der SWX	439
5.	Minderheitsbeteiligungen der Publigroupe SA (und ihrer Tochtergesellschaften) an Zeitungsverlagen	449
6.	Youtility	457
B 2	<b>Wettbewerbskommission</b> Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
3.	<b>Unternehmenszusammenschlüsse</b> <i>Concentrations d'entreprises</i> <i>Concentrazioni di imprese</i>	
1.	NZZ/Ringier/Edipresse (Swiss Printers II)	467
2.	Swisscom Fixnet AG/Betty Holding AG	470
3.	Atel - EOSH-Aktiven	476
4.	Bouygues/Alstom	793
5.	AXA/Winterthur	494
6.	Galenica/Unione	498
7.	Weitere	509
5.	<b>Andere Entscheide</b> <i>Autres décisions</i> <i>Altre decisioni</i>	
1.	Auskunftsverfügung IMS Health GmbH	510
2.	Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung	513
7.	<b>Stellungnahmen</b> <i>Préavis</i> <i>Preavvisi</i>	
1.	Revision der Ausführungsverordnungen zum FMG: Anhörung der betroffenen Kreise	527
2.	Kantonales Gesundheitsgesetz im Kanton Appenzell Ausserrhoden - Vernehmlassungsverfahren	529
B 3	<b>Rekurskommission für Wettbewerbsfragen</b> Commission de recours pour les questions de concurrence Commissione di ricorso in materia di concorrenza	
1.	Cablecom GmbH/Teleclub AG, Wettbewerbskommission	534
2.	Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband SBVV, Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V./Weko	548
3.	Swisscom Fixnet AG/Wettbewerbskommission	577
B 4	<b>Bundesgericht</b> Tribunal fédéral Tribunale federale	
1.	Wettbewerbskommission/Aare-Tessin AG für Elektrizität (Atel), BKW FMB Energie AG, Central-schweizerische Kraftwerke AG, Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG, Elektrizitätswerk der Stadt Zürich (ewz), Energie Ouest Suisse (EOS) SA, Nordostschweizerische Kraftwerke (NOK), Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	578
2.	Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement, Wettbewerbskommission/Telekurs Multipay AG, Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	581
3.	Cablecom GmbH/Teleclub AG, Wettbewerbskommission, Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	583
4.	Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband, Börsenverein des Deutschen Buchhandels/Wettbewerbskommission, Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	585

---

<i>D</i>	<i>Entwicklungen</i>	
	<i>Développements</i>	
	<i>Sviluppi</i>	
D 2	<i>Bibliografie</i>	
	Bibliographie	
	Bibliografia	586
	<i>Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)</i>	587
	<i>Index (deutsch, français e italiano)</i>	589

---



## **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. <i>Vorabklärungen</i> Enquêtes préalables Inchieste preliminari
B 1.1	1. <i>Gebühr für den Bargeldbezug an Bancomaten bzw. Postomaten</i> <i>("ATM Service-Fee")</i>

*Unzulässige Wettbewerbsabrede; Art. 5 KG*

*Accord illicite; art. 5 LCart*

*Accordo illecito; art. 5 LCart*

*Schlussbericht vom 6. Juni 2006 in Sachen Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG betreffend Gebühr für den Bargeldbezug an Bancomaten beziehungsweise Postomaten ("ATM Service-Fee", "Standortentschädigung") wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 KG.*

#### **A SACHVERHALT**

##### **A.1 Verfahren**

1. Ende Oktober 2004 war im Zusammenhang mit Bancomat-Gebühren in der Presse zu lesen, dass die UBS, die Zürcher Kantonalbank (ZKB) sowie die PostFinance ihre interne Kostenrechnung überprüft und sich darauf geeinigt hätten, sich ab Januar 2005 für den Bargeldbezug mit einer Debitkarte<sup>1</sup> am Bancomaten beziehungsweise Postomaten<sup>2</sup> bei einer Drittbank<sup>3</sup> gegenseitig nur noch eine Gebühr von CHF 2.- weiterzuverrechnen. Der Presse war auch zu entnehmen, dass diese drei Finanzinstitute die den Bankkunden für den Bargeldbezug in Rechnung gestellte Gebühr ebenfalls auf CHF 2.- senken würden.<sup>4</sup>

2. Aufgrund der Presseartikel stellte sich aus Sicht der Wettbewerbsbehörden die Frage, ob die einheitliche Senkung der Gebühr für den Bargeldbezug bei einer Drittbank, welche den Bankkunden überwälzt wird, allenfalls das Resultat einer expliziten Absprache oder einer abgestimmten Verhaltensweise zwischen der UBS, der ZKB sowie der PostFinance sein könnte. In diesem Fall wäre die Anwendung von Artikel 5 KG zu prüfen. Zur genaueren Klärung dieser Problematik eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) am 17. November 2004 eine Vorabklärung. In der Folge wurden die UBS, die ZKB sowie die PostFinance schriftlich befragt.

3. Erste Abklärungen haben ergeben, dass die Senkung der Bancomat-Gebühr nicht zwischen den drei genannten Geldinstituten verabredet wurde, sondern dass sie im Rahmen des gesamten ATM-Netzwerks auf Stufe Telekurs Multipay AG (Telekurs) mit allen Herausgebern von Zahlkarten (Debit- und Kreditkarten) sowie allen Betreibern von Bancomaten in der Schweiz vereinbart wurde. Das Sekretariat erweiterte deshalb den Gegenstand der Vorabklärung und klärte ab, ob möglicherweise auf der Stufe der Zahlkarten-Issuer (d.h. Banken und PostFinance) beziehungsweise der Standortinstitute (d.h. Finanzinstitute, welche Bancomaten betreiben) eine Abrede zulasten der Karteninhaber besteht. Dazu hat es anfangs 2006 bei ca. 70 Banken Daten erhoben (vgl. unten Rz. 42 f.).

4. Auf die Klärung der Frage, ob gegebenenfalls ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung der Telekurs bezüglich der ATM Service-Fee besteht, wurde im Rahmen dieser Vorabklärung hingegen verzichtet, wobei sich das Sekretariat ein diesbezügliches Verfahren zu einem späteren Zeitpunkt vorbehält.

##### **A.2 Funktionsweise des Bancomaten-Netzwerks**

5. Zwischen den einzelnen Schweizer Banken als Kartenherausgeberinnen (Issuer) beziehungsweise als Betreiberinnen von Bancomaten (Standortinstitute) und der Telekurs bestehen seit Jahrzehnten Dienst-

<sup>1</sup> Mit dem Begriff "Debitkarten" sind im Folgenden sowohl die Maestrokarte als auch die Postcard und die M-Card (Debitkartenprodukt der Migros) gemeint.

<sup>2</sup> Mit den Begriffen "Bancomaten" bzw. "ATM" (Automatic Teller Machine) sind im Folgenden sowohl Bancomaten als auch Postomaten gemeint.

<sup>3</sup> Die Begriffe "Banken", "Drittbank", "Fremdbank", "Bankkunden" etc. meinen im Folgenden auch immer die PostFinance bzw. ihre Kunden.

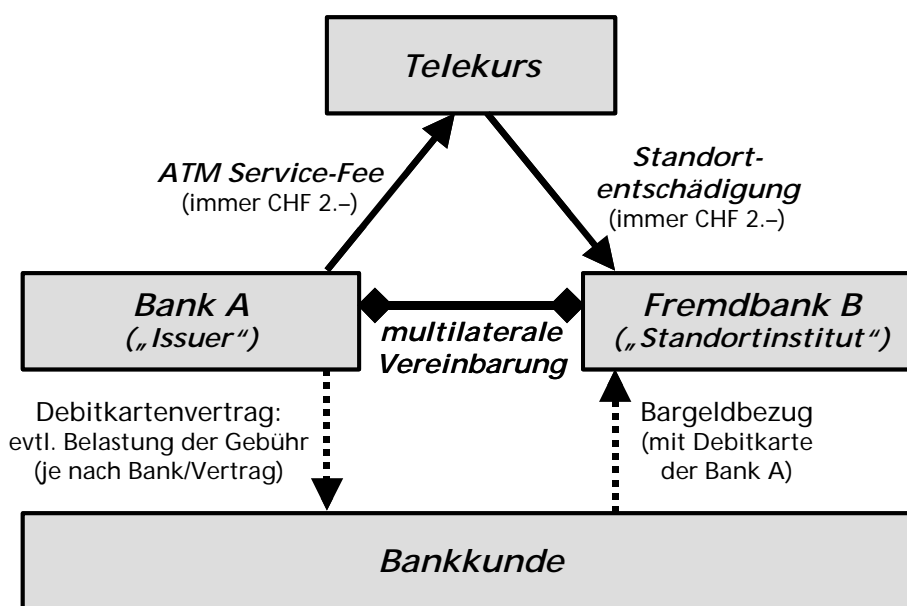
<sup>4</sup> Das Sekretariat der Wettbewerbskommission hatte sich bereits im Jahr 2001 im Rahmen einer Marktbeobachtung mit Bancomat-Gebühren befasst. Allerdings bestand zu jenem Zeitpunkt kein Anlass, ein Verfahren gemäss Art. 26 ff. KG zu eröffnen.

Leistungsverträge über die gegenseitige Benützung des gesamten Bancomaten-Netzwerks.<sup>5</sup> Die Telekurs stellt die Plattform für die Abwicklung der Transaktionen zur Verfügung und wirkt bei der Koordination des gesamtschweizerischen Bancomaten-Netzwerks mit. Aufgrund dieses Vertragswerks stehen dem Inhaber einer Schweizer Debit- oder Kreditkarte sämtliche Bancomaten in der Schweiz zum Bargeldbezug zur Verfügung. Aufgrund von Verträgen zwischen der Telekurs und der PostFinance stellt letztere ihre Postomaten auch den Bankkunden zur Verfügung. Umgekehrt dürfen Inhaber einer Postcard beziehungsweise Kreditkarte der PostFinance auch Bargeld an sämtlichen Schweizer Bancomaten beziehen.<sup>6</sup> Darüber hinaus stellt die Telekurs sicher, dass über die internationalen Kreditkartenorganisationen MasterCard und Visa auch der grenzüberschreitende Bargeldbezug möglich ist.

6. Wie aus nachfolgender Darstellung (Rz. 7) hervorgeht, stellt einerseits die Issuing-Bank ihren Kunden Zahlkartenprodukte zur Verfügung, andererseits ermöglichen diejenigen Finanzinstitute, welche einen

oder mehrere Bancomaten betreiben, den Bargeldbezug rund um die Uhr. Die Telekurs stellt die Kartenakzeptanz bei den Standortinstituten sicher und vernetzt Issuer und Bancomaten-Betreiber. Bezieht ein Kunde der kartenherausgebenden Bank A ("Issuer") an einem Bancomaten der Bank B ("Standortinstitut") Geld, so übernimmt Telekurs bei der Zahlung die Forderung des Standortinstituts gegenüber dem Karteninhaber und fordert den geschuldeten Betrag bei der Issuing-Bank ein. Diese belastet auf Basis des Kartenvertrags das Konto des Karteninhabers.

7. Für seine Dienstleistung - das Zurverfügungstellen seiner Bancomaten für Kunden von anderen Bankinstituten - erhält das Standortinstitut von Telekurs eine **Standortentschädigung**. Diese Standortentschädigung belastet Telekurs der Issuing-Bank in Form der ATM Service-Fee weiter. Die **ATM Service-Fee** ist somit die Gebühr, welche zwischen den Finanzinstituten beim Bargeldbezug mit einer Debitkarte<sup>7</sup> beim Bancomaten einer Fremdbank fällig wird.



8. Die Standortentschädigung und die dieser entsprechende ATM Service-Fee werden multilateral zwischen den Banken ausgehandelt, wobei deren Berechnung die Kosten der Standortinstitute zugrunde gelegt werden. Die Standortentschädigung und somit auch die ATM Service-Fee wurden per 1. Januar 2005 von CHF 3.- auf CHF 2.- pro Bezug gesenkt.

9. **Nicht** betroffen von dieser multilateralen Vereinbarung ist hingegen eine allfällige direkte Weiterbelastung der ATM Service-Fee durch die Issuing-Bank auf den Kunden, der Bargeld bei einer Fremdbank bezogen hat. Die Entscheidung einer Überwälzung auf ihre Kunden trifft jede einzelne Issuing-Bank grundsätzlich für sich selber und regelt sie im Kartenvertrag. Bis vor einigen Jahren haben die meisten Ban-

ken die Gebühr nicht direkt auf ihre Kunden überwälzt. Typischerweise wurden die Kosten über die Zinsmarge, die Kontoführungs- und Kartenjahresge-

<sup>5</sup> Zurzeit gibt es in der Schweiz Telekurs (als "Kordinator" bzw. "Acquirer") und ca. 141 Issuer (ca. 140 Banken und PostFinance) sowie ca. 55 Standortinstitute.

<sup>6</sup> Kunden der Migrosbank haben zusätzlich die Möglichkeit, neben der Maestrokarte die bankeigene Debitkarte M-Card zu beziehen. Diese ermöglicht den Bargeldbezug an sämtlichen Bancomaten der Migrosbank, an den Postomaten sowie an den Verkaufsstellen der Migrosfilialen. Letzteres ist auch Inhabern der Postcard möglich.

<sup>7</sup> Aus den im Folgenden genannten Gründen (Rz. 9 i.f.) fokussieren die Erwägungen auf Debitkartensysteme, gelten z.T. mutatis mutandis aber auch für Kreditkartensysteme.

bühren finanziert. Erst in den letzten Jahren sind einige Banken dazu übergegangen, die ATM Service-Fee ganz oder teilweise auf ihre Kunden zu überwälzen. Dabei unterscheiden zahlreiche Finanzinstitute zwischen einer Debitkarten- und einer Kreditkarten-Transaktion. Während bei Bezügen mit Debitkarten die Überwälzung höchstens bis zum Betrag der ATM Service-Fee (also maximal CHF 2.-) erfolgt, werden bei Kreditkartentransaktionen häufig die für internationale Bargeldbezüge geltenden Kommissionen angewendet.<sup>8</sup> Dies ist ein Grund dafür, dass der Bargeldbezug mit in der Schweiz herausgegebenen Zahlkarten innerhalb der Schweiz praktisch ausschliesslich über Debitkarten läuft. Aus diesem Grund beziehen sich die Erwägungen im vorliegenden Bericht - soweit nicht anders vermerkt - auf das Debitkartensystem.

10. Dem Sekretariat sind zwei Absprachen unter Issuern innerhalb von Bankengruppen bekannt, welche beide den Verzicht auf die Überwälzung der ATM Service-Fee an die Kunden zum Gegenstand haben. So besteht bei den Kantonalbanken seit 2001 eine Vereinbarung, welche die Überwälzung der ATM Service-Fee an die Karteninhaber ausschliesst, sofern der Kunde einer Kantonalbank Bargeldbezüge in Schweizer Franken am Bancomaten einer anderen Kantonalbank tätigt. Die Kantonalbanken bezwecken mit dieser Vereinbarung, ihren Kunden ein kostenloses flächendeckendes Bancomaten-Netz zur Verfügung zu stellen und damit ihre Marktstellung gegenüber national tätigen Instituten zu stärken.<sup>9</sup> Eine ähnliche Vereinbarung besteht auch unter den Raiffeisenbanken.

11. Neben der ATM Service-Fee schuldet der Issuer der Telekurs für die Dienstleistung der Transaktionsabwicklung (Clearing) zusätzlich eine *Transaktionsgebühr*. Diese ist abhängig von der Gesamtanzahl der durch alle Kunden des Issuers pro Jahr getätigten Bezüge und beträgt [weniger als 15 Rappen] pro Bezug und wird nicht direkt auf den Karteninhaber überwälzt. Diese Gebühr ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

## **B ERWÄGUNGEN**

### **B.1 Geltungsbereich**

12. 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). Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Die UBS, die ZBK sowie die PostFinance - ebenso wie die Telekurs und die übrigen Issuing-Banken und Standortinstitute - sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

### **B.2 Keine vorbehaltenen Vorschriften**

13. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unterneh-

men 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). In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Die Vorbehalte von Artikel 3 Absätze 1 und 2 KG werden von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

### **B.3 Keine unzulässige Wettbewerbsabrede**

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

#### **B.3.1 Wettbewerbsabrede**

##### **B.3.1.1 Einleitung**

15. 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).

16. Eine Wettbewerbsabrede definiert sich daher durch zwei Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) ein Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung.

17. Aufgrund von Artikel 4 Absatz 1 KG gelten indes nicht nur Absprachen, sondern auch aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen als Abreden im Sinne des Kartellgesetzes. Eine solche

<sup>8</sup> Die Konditionen bei der Verwendung der Kreditkarten für Bargeldbezüge differenzieren stark zwischen den einzelnen Instituten. So verlangt z.B. die Migrosbank von ihren Kunden die bei Bargeldbezügen im Ausland geltenden Konditionen (2,5%, mind. CHF 5.- pro Bezug) auch für inländische Bezüge und zwar selbst bei Transaktionen an ihren eigenen Bancomaten. Für den Kunden werden diese Bezüge wie eine Kreditkartentransaktion verarbeitet, d.h., die Belastung erfolgt erst mit der Gesamtabrechnung über sämtliche Kreditkartentransaktionen. Andere Banken wiederum (z.B. Raiffeisen) verwenden für inländische Bargeldbezüge die sog. "direct debit"-Funktion. Solche Transaktionen werden direkt dem Konto belastet und unterliegen den normalen Debitkarten-Konditionen (für Genossenschaftler der Raiffeisenbanken sind pro Jahr die ersten 24 bzw. 36 Bezüge am Bancomaten einer Fremdbank gratis, danach kostet der Fremdbezug CHF 2.-). Die ZKB wiederum überlässt die Wahl ihren Kunden und belastet bei der Wahl "Monatsrechnung" 3,5 %, mindestens aber CHF 5.-, bei "direkter Kontobelastung" sind Bezüge an Bancomaten aller Kantonalbanken kostenlos, ansonsten kosten sie CHF 2.-.

<sup>9</sup> Der Verband Schweizerischer Kantonalbanken VSKB hat im Jahre 2004 die bestehende Vereinbarung im Rahmen der Übergangsbestimmung zum KG gemeldet. In seiner Beurteilung ist das Sekretariat zum Schluss gekommen, dass selbst bei einer engen Marktdefinition (Bargeldbezug am Bancomaten) die Abrede den Wettbewerb weder beseitigt noch erheblich beschränkt und zudem die Abrede für die Zusammenführung der einzelnen kleinen Netze zu einem gesamten Netzwerk erforderlich ist, um damit überhaupt einen Effizienzvorteil gegenüber national tätigen Instituten gewinnen zu können.

abgestimmte Verhaltensweise liegt vor, wenn mehrere Unternehmen ihr Marktverhalten bewusst und gewollt dem aufgrund bestimmter Kommunikationselemente antizipierbaren Marktverhalten der anderen anpassen, so dass - selbst ohne Vorliegen einer entsprechenden Vereinbarung - die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des Wettbewerbs tritt (RPW 2004/2, S. 333). Der Tatbestand der abgestimmten Verhaltensweise ist jedoch von den Fällen des natürlichen (erlaubten) Parallelverhaltens abzugrenzen, welche nicht unter das Kartellgesetz fallen. Ein solches zulässiges Parallelverhalten liegt vor, wenn Unternehmen spontan gleich oder gleichförmig reagieren oder sich wechselseitig nachahmen (BGE 129 II 27, m.w.Hw.).

18. Im vorliegenden Fall haben die Banken vereinbart, sich gegenseitig entgeltlichen Zugang zum Bancomaten-Netzwerk zu gewähren und der Standortbank für Bargeldbezüge mit einer Karte einer anderen Bank jeweils CHF 2.- als Standortgebühr zu vergüten.

19. Eine vertikale Abrede (Art. 5 Abs. 4 KG) steht somit nicht zur Diskussion. Ebenso dürfte es kaum möglich sein, den betroffenen Banken den Missbrauch einer (kollektiv) marktbeherrschenden Stellung (Art. 7 KG) nachzuweisen. Im Vordergrund steht eine Vereinbarung über den Preis der Vergütung (Art. 5 Abs. 3 KG) zwischen den Banken als Issuern von Zahlkarten, welche ihren Kunden die Dienstleistung "Bargeldbezug am Bancomat einer Fremdbank" ermöglichen wollen, und denjenigen Banken, welche einen oder mehrere Bancomaten betreiben und diese für Fremdkunden zugänglich machen wollen.

20. Als mögliche Abreden stehen zur Diskussion:

- "**Abrede 1**": Ursprünglicher Gegenstand der Vorabklärung war die Frage, ob die UBS, die ZKB und die PostFinance miteinander vereinbart haben, ihren jeweiligen Karteninhabern pro Fremdbezug eine Gebühr von CHF 2.- zu überwälzen.
- "**Abrede 2**": Im Rahmen der weiteren Abklärungen stellte sich zudem die Frage, ob die multilaterale Vereinbarung unter den Banken bezüglich der Standortentschädigung beziehungsweise der ATM Service-Fee eine kartellrechtswidrige Preisabrede darstellt, die sich auf die Beziehung zwischen den Banken und deren Kunden auswirkt.

### B.3.1.2 "**Abrede 1**": keine Wettbewerbsabrede

21. Bezüglich der möglichen Abrede 1 (vgl. oben Rz. 20) zwischen UBS, ZKB und PostFinance haben die Abklärungen im Rahmen der Vorabklärung ergeben, dass die drei Finanzinstitute, welche ihren Kunden die ATM Service-Fee grundsätzlich in vollem Umfang überwälzen, die Höhe der Gebühr per 1. Januar 2005 entsprechend der unter sämtlichen Issuern vereinbarten Reduktion von CHF 3.- auf CHF 2.- gesenkt haben.

22. Die UBS, die ZKB und PostFinance führen hierzu übereinstimmend aus, dass das Transaktionsvolumen seit der letzten Überprüfung der Gebühr im Jahr 2001 stark angestiegen ist, wobei gleichzeitig kostensenkende Massnahmen durchgeführt wurden. Aufgrund dessen sei eine Neuberechnung und Senkung der

Standortkommission beziehungsweise ATM Service-Fee erforderlich geworden. Die kostenbasierte Neuberechnung im Jahr 2004 habe je nach Berechnungsmodell einen durchschnittlichen Betrag von CHF 2.75 beziehungsweise CHF 2.07 pro Bezug ergeben.<sup>10</sup> Die Issuer und die Standortinstitute hätten sich auf die Berechnung nach dem zweiten Modell geeinigt und hätten vereinbart, den neuen tieferen Tarif (abgerundet auf CHF 2.-) per 1. Januar 2005 einzuführen.

23. Die aufgrund dieses Zusammenhangs erfolgte angeblich "gegenseitige" Senkung der Gebühr für den Bargeldbezug bei Drittbanken um CHF 1.- sowie das zeitliche Zusammenfallen der Einführung des neuen Tarifs erscheinen demzufolge nachvollziehbar.

24. Im Ergebnis zeigte sich, dass die einheitliche Senkung der Gebühr für den Bargeldbezug bei Drittbanken durch UBS, ZKB und PostFinance ("Abrede 1") einzig auf die alle Issuing-Banken betreffende Senkung der multilateral vereinbarten Standortkommission beziehungsweise ATM Service-Fee zurückzuführen ist. Demzufolge fehlt in casu bezüglich Weiterbelastung an die Karteninhaber das Element der Abstimmung zwischen den Parteien, weshalb *weder eine Abrede noch eine abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG* vorliegt, wohl aber natürliches Parallelverhalten, welches nicht unzulässig ist.

### B.3.1.3 "**Abrede 2**": Wettbewerbsabrede

25. Als erstes ist festzuhalten, dass Abrede 2 (vgl. oben Rz. 20) - das heisst die multilaterale Vereinbarungen der Standortentschädigung und der ATM Service-Fee zwischen den Schweizer Banken (inkl. PostFinance) - den Preissetzungsspielraum der Issuer gegenüber den Standortinstituten (und umgekehrt) beschränkt.<sup>11</sup>

26. Um abzuklären, ob vorliegend eine Wettbewerbsabrede im Sinne des Kartellgesetzes vorliegt, muss in einem ersten Schritt, analog dem Fall Kreditkarten/Interchange Fee<sup>12</sup>, die Frage beantwortet werden, ob auf Stufe der Abredeteiligen überhaupt ein Markt zwischen diesen besteht. Im Fall Kreditkarten/Interchange Fee wurde dies verneint, da Kreditkartenmärkte die Charakteristika von zweiseitigen Märkten (sog. "two-sided markets") aufweisen. Für das Vorliegen eines zweiseitigen Marktes müssen insbesondere die folgenden Bedingungen erfüllt sein: *a)* Es existieren zwei unterschiedliche Kundengruppen, die ein über eine Plattform angebotenes Endprodukt gemeinsam nutzen; *b)* der Nutzen der einen Kundengruppe steigt, wenn sich die Anzahl der Teilnehmer der anderen Kundengruppe erhöht und vice versa (sog. Netzwerkexternalität), wobei die Externalität, welche die eine Kundengruppe für die andere schafft,

<sup>10</sup> Vgl. auch oben Fn. 14.

<sup>11</sup> Vgl. die Argumente zu den unterschiedlichen Interessen zwischen Netto-Issuern und Netto-Standortinstituten in Rz. 59.

<sup>12</sup> Vgl. dazu die Verfügung der Weko vom 5.12.2005 i.S. Kreditkarten/Interchange Fee, publ. in RPW 1/2006, S. 65 ff., insb. S. 86 ff., Rz. 168 ff.

ohne Plattform nicht internalisiert werden kann; und c) durch Preisdifferenzierung kann die von den beiden Kundengruppen über die Plattform nachgefragte Menge optimiert werden. Diese letzte Bedingung kann dahingehend präzisiert werden, dass die Gesamtnachfrage auf dem Markt durch eine Veränderung der den einzelnen Kundengruppen verrechneten Preise beeinflusst werden kann, auch wenn die Summe dieser Preise unverändert bleibt.<sup>13</sup>

27. Während diese Bedingungen - zumindest in der Theorie - auf den Kreditkartenmärkten erfüllt sind, ist dies im vorliegenden Fall nicht offensichtlich. Die beiden Märkte, die vorliegend betroffen wären, auch wenn im konkreten Fall die genaue Marktabgrenzung natürlich noch vorzunehmen ist, sind einerseits der Markt für die Herausgabe von Debitkarten und andererseits der Markt für Bargeldbezüge an Bancomaten. Da es nun aber grundsätzlich dieselben Kundengruppen (d.h. "Bankkunden") sind, die als Nachfrager auf diesen beiden Märkten auftreten - die Möglichkeit, Bargeld an einem Bancomaten zu beziehen, kann als eine mit dem Bezug einer Debitkarte verbundene Dienstleistung betrachtet werden -, ist es fraglich, ob Bedingung a) erfüllt ist. Weiter ist nicht klar, ob Netzwerkexternalitäten (Bedingung b) im oben beschriebenen Sinne bestehen. So wird der Besitz einer Debitkarte zwar attraktiver, je grösser das Bancomaten-Netzwerk ist, die Anzahl der Marktteilnehmer (Bargeldbezüger) spendet aber an sich keinen direkten Nutzen für den Debitkarten-Inhaber. Schliesslich sind auch betreffend Bedingung c) Vorbehalte anzubringen, da eine Preisdifferenzierung in einem zweiseitigen Markt voraussetzt, dass - wie erwähnt - zwei unterschiedliche Kundengruppen existieren.

28. Zusätzlich unterscheidet sich die Situation im Bereich der Bancomaten vom Fall Kreditkarten/Interchange Fee insofern, als sämtliche Standortinstitute gleichzeitig auch Debitkarten-Issuer sind. Ständen sich im Fall Kreditkarten/Interchange Fee systemnotwendig zwei Marktteilnehmer, welche in unterschiedlichen Märkten operieren und gegensätzliche Interessen vertreten, gegenüber, sind im vorliegenden Fall die Interessen der Systemteilnehmer zu einem grossen Teil identisch. Auf den Zusammenhang zwischen Standortentschädigung und Bankbeziehung zu den kartenherausgebenden Instituten sowie die möglichen strategischen Wechselwirkungen wird nachfolgend noch eingegangen (vgl. Rz. 50 ff.).

29. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass verschiedene Argumente dagegen sprechen, Bancomaten-Netzwerke als zweiseitige Märkte zu betrachten. Die abschliessende Beurteilung dieser Frage würde jedoch vertiefte und detailliertere Abklärungen bedingen. Im Sinne einer Arbeitshypothese wird nachfolgend **nicht** vom Vorliegen eines zweiseitigen Marktes ausgegangen.

30. Somit sind im Weiteren nicht allfällige Auswirkungen der Abrede auf das Verhältnis Issuer/Karteninhaber beziehungsweise Bancomat-Betreiber/Bargeldbezüger zu prüfen, sondern die Auswirkungen auf das Verhältnis zu den Bankkunden im Allgemeinen, welches im Ergebnis durch die Höhe der zu überwäl-

zenden Kosten beeinflusst wird. Die möglichen Auswirkungen der multilateralen Vereinbarung werden nachfolgend kurz dargestellt:

Bei **überhöhter** Standortentschädigung/ATM Service-Fee

- könnten die Banken das Gebührenvolumen zulasten der Konsumenten durch Überwälzung der Kosten auf die Kunden steigern.

Allerdings bestehen a priori keine Anhaltspunkte für eine zu hohe ATM Service-Fee in der Schweiz. Diese wurde erst per 1. Januar 2005 auf CHF 2.- gesenkt und ist gemäss Angaben der Banken kostenbasiert.<sup>14</sup> Zudem gibt es keine Hinweise darauf, dass die Bancomaten-Dichte in der Schweiz im internationalen Vergleich sehr hoch ist (vgl. unten Rz. 50 f.). Ausserdem sind vor allem die kleineren Banken aufgrund der Wettbewerbssituation oft nicht in der Lage, die ATM Service-Fee an die Kunden zu überwälzen (vgl. dazu unten Rz. 54 f.).

- könnten die grossen Banken die ATM Service-Fee dazu missbrauchen, die kleinen Banken im Wettbewerb zu benachteiligen. Denn die Banken mit wenigen/keinen Bancomaten sind stärker als die grossen Banken darauf angewiesen, an fremden Bancomaten-Netzwerken teilnehmen zu können. Die überhöhte Standortentschädigung würde sich somit auf das Preisgefüge der kleinen Banken gegenüber ihren Kunden auswirken.

Diese Gefahr des Missbrauchs ist bei der multilateralen Verhandlung jedoch geringer als bei bilateralen ATM Service-Fees, bei welchen Banken mit einem grossen Bancomaten-Netz ihre Marktposition ausspielen können.

Bei einer zu **tiefen** Standortentschädigung/ATM Service-Fee

- bestünde kein oder ein zu geringer Anreiz für den Ausbau des Bancomaten-Netzes. Die Folge wäre eine Unterversorgung mit Bancomaten, besonders in abgelegenen Gebieten, wo die Kosten höher sind.

- bestünde auch kein oder ein zu geringer Anreiz, die eigenen Bancomaten-Kunden fremder Banken zur Verfügung zu stellen. Die Folge wäre Inkompatibilität: Die Kunden könnten nur noch an den Bancomaten ihrer eigenen Bank Geld beziehen, sofern diese überhaupt über ein eigenes Netz verfügen. Kunden kleiner Banken wären auch hier stärker betroffen.

<sup>13</sup> Vgl. dazu z.B. JEAN-CHARLES ROCHET/JEAN TIROLE, Defining Two-Sided Markets, mimeo, Toulouse, 2004.

<sup>14</sup> Laut Auskunft der Banken betragen die der Standortbank anfallenden Kosten pro Bezug je nach Berechnungsmodell (inkl. einer Durchschnittsmarge von [10%-20%]) im Durchschnitt CHF 2.75 bzw. CHF 2.07. Während die Kosten pro Bezug für die einen Banken CHF 1.51 betragen, übersteigen bei anderen Banken die Kosten von CHF 3.48 für jeden Bezug die ihnen vergütete pauschale Standortentschädigung von CHF 2.-.

- würden Markteintritte von Nichtbanken erschwert oder verunmöglicht.<sup>15</sup>

### **B.3.2 Keine Beseitigung beziehungsweise erhebliche Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs**

#### **B.3.2.1 Vorliegen einer horizontalen Preisabrede**

31. Davon ausgehend, dass Bancomaten-Netzwerke keine "two-sided markets" darstellen (vgl. Rz. 26 ff.), kann vorliegend ohne weitere Abklärungen davon ausgegangen werden, dass die multilaterale Vereinbarung der Standortentschädigung und der ATM Service-Fee zwischen den Schweizer Banken (inkl. PostFinance) für die Debitkartensysteme ("Abrede 2") eine horizontale Preisabrede unter den Issuern und Standortinstituten darstellt. Es greift damit die Vermutung gemäss Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG, dass der Wettbewerb beseitigt ist.

#### **B.3.2.2 Umstossung der gesetzlichen Vermutung gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG**

32. Die Vermutung kann durch den Nachweis umgestossen werden, dass trotz der vorliegenden horizontalen Wettbewerbsabrede - aktueller oder potenzieller - Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Abrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Abrede beteiligten Unternehmen) besteht.

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

#### **B.3.2.3 Relevanter Markt**

34. Folgt man der Arbeitshypothese, dass kein zweiseitiger Markt vorliegt (Rz. 26 ff.), liesse sich untechnisch ein "Markt für Bargeldbezug an Bancomaten von Drittbanken" abgrenzen, da die Banken eine Standortgebühr nur für den Fall vorsehen, dass Karteninhaber die Bancomaten fremder Standortinstitute benutzen. Diese Überlegung erweist sich aber als unvollständig, da nicht berücksichtigt wird, dass der Karteninhaber eine Ausweichmöglichkeit bei seiner eigenen Hausbank hat. Er kann einer direkten Überwälzung stets entgehen, indem er den Bargeldbezug bei seiner eigenen Bank tätigt.<sup>16</sup> Mit anderen Worten stellt der Bezug bei der eigenen Bank ein nahezu perfektes Substitut für den Fremdbezug dar.

35. Der Bezug bei der eigenen Bank scheint zwar gratis zu sein, die Kosten hierfür werden aber über die Gebühren der Karten- und Kontoprodukte sowie die Zinsmarge pauschal auf die Kundschaft überwält. Der Gegenstand der Vereinbarung über die Standortentschädigung ist somit für eine Marktabgrenzung ungenügend. Daraus folgt, dass der Markt mindestens **sämtliche Bargeldbezüge an Bancomaten** erfasst, oder anders gesagt, die Bank oder PostFinance gewährt ihren Kunden die Dienstleistung "Zugang zum schweizerischen Bancomaten-Netz". Die unterschiedliche Abgeltung nach Herkunft der Transaktion spielt dabei für die Marktabgrenzung keine Rolle.

36. Selbst diese Marktdefinition greift aber wohl insofern zu kurz, als sie den Umstand nicht berücksichtigt, dass der Bargeldbezug beziehungsweise der Zugang zum Bancomaten-Netz nicht ohne ein entsprechendes Kartenprodukt erfolgen kann. Der Kunde muss, um von dieser Dienstleistung der Finanzinstitute entsprechend profitieren zu können, zwingend über ein Kartenprodukt verfügen. Dieses erhält er entweder in Form einer Zahlkarte (Debit- oder Kreditkarte) oder einer Kundenkarte. Dadurch erweitert sich die Marktdefinition aus Sicht des Nachfragers auf die vom Institut zur Verfügung gestellten Kartenprodukte und die damit verbundenen Konditionen (Jahresgebühren, Kommissionen, Zinsen etc.). Der Markt wäre folglich - analog dem Fall Kreditkarten/Interchange Fee - als Issuing-Markt zu definieren. Dabei könnte des Weiteren nach Art (Debit- oder Kreditkarte, Kundenkarte) und Marke des Produktes (Maestro, Visa, MasterCard etc.) weiter unterschieden werden.

37. Je nach Art der Karte ist sogar denkbar, den Markt noch weiter zu definieren. So ist zum Beispiel eine Kunden- oder eine Debitkarte (Maestro, Postcard) ohne ein dazugehöriges Spar- oder Zahlungsverkehrskonto nicht erhältlich. Die beiden Produkte (Debit-/Kundenkarte und Konto) sind so miteinander verbunden, dass der Besitz einer Karte ohne Konto nicht möglich ist (umgekehrt aber schon).

38. Wie sogleich gezeigt wird, ergeben sich jedoch selbst bei der engsten in Frage kommenden Markt- abgrenzung - "**Bargeldbezug an Bancomaten**" - keine Indizien für eine erhebliche Beschränkung des Wettbewerbs auf Stufe der Issuer. Für die Beurteilung des vorliegenden Falles kann deshalb die Frage offenbleiben, ob der Markt allenfalls im Sinne der vorangehenden Erwägungen weiter abzugrenzen wäre.

#### **B.3.2.4 Beurteilung der Wettbewerbssituation**

39. Zwecks Feststellen der Wettbewerbssituation sind im Rahmen der Vorabklärung der verbleibende Aussenwettbewerb (bestehend aus aktueller und potenzieller Konkurrenz) sowie der verbleibende Innenwettbewerb summarisch zu prüfen.

40. Die Abrede zwischen den Banken über die einheitliche Entschädigung des Standortinstituts beim Bargeldbezug mit der Karte bei einer Fremdbank - das heisst die multilaterale Vereinbarung der Standortentschädigung beziehungsweise der ATM Service-Fee - führt aus folgenden Gründen weder zu einer Beseitigung noch zu einer erheblichen Beschränkung des Wettbewerbs:

<sup>15</sup> Die Tatsache, dass in der Schweiz im Gegensatz zu anderen Ländern keine Nichtbanken im Betrieb von Bancomaten tätig sind, könnte darauf zurückgeführt werden, dass entweder die ATM Service-Fee zu tief ist oder der Markteintritt z.B. durch technische Hindernisse verhindert wird.

<sup>16</sup> Diejenigen Issuer, welche über keine Bancomaten verfügen, verzichten in der Praxis auf die Überwälzung der Gebühr auf ihre Kunden.

41. Zwar sind in der Vergangenheit einzelne Banken dazu übergegangen, bei Fremdbezug von Bargeld die ihnen von der Fremdbank beziehungsweise Telekurs belastete ATM Service-Fee (teilweise) auf ihre Kunden zu überwälzen, die Art beziehungsweise Höhe der Überwälzung ist jedoch sehr unterschiedlich.

42. Das Sekretariat hat im Internet beziehungsweise per Telefon die Gebühren für Bargeldbezüge mittels Debitkarten an bankeigenen und -fremden Bancomaten bei ca. 75 in der Schweiz tätigen Banken erhoben. Dabei hat sich gezeigt, dass sich die jeweiligen Gebührenmodelle zwar in vielen Einzelheiten unterscheiden, dennoch lassen sie sich in die vier folgenden Hauptgruppen unterteilen:

<i>Anzahl Banken</i>	<i>Beispiele</i>	<i>Gebühr bei Bezug an eigenem ATM</i>	<i>Gebühr bei Bezug an fremdem ATM</i>
<b>3</b>	- PostFinance - 2 kleine Privatbanken	<b>gratis</b> <sup>17</sup>	- immer <b>CHF 2.-</b> <sup>18</sup>
<b>17</b>	- UBS - Raiffeisenbanken - z.T. Kantonalbanken	<b>gratis</b>	- z.T. <b>CHF 2.-</b> (z.B. zu wenig Vermögen bei Bank, zu viele Fremdbezüge pro Jahr etc.) - z.T. <b>gratis</b>
<b>3</b>	- Credit Suisse - Bank Leu - Migrosbank	<b>gratis</b>	- z.T. <b>CHF -.50</b> bzw. <b>CHF -.20</b> - z.T. <b>gratis</b>
<b>&gt; 50</b>	- RBA-Banken - Bank Coop - z.T. Kantonalbanken - NAB - SoBa - Bank Linth - und viele weitere	<b>gratis</b>	- immer <b>gratis</b>

43. Die Gebührenpraxis der 20 Banken mit den meisten Bancomaten in der Schweiz (sowie von ca. 50 weiteren Banken) sieht für die Debitkarten wie folgt aus:

<sup>17</sup> "Gratis" heisst, dass dem Kunden pro Bezug keine separaten Kosten verrechnet werden. Die verursachten Kosten sind pauschal enthalten in der Kartenjahres-, der Kontoführungsgebühr sowie der Zinsmarge der Bank.

<sup>18</sup> Vernachlässigbar sind zwei kleine Privatbanken, welche nur einige wenige Karten v.a. an Mitarbeiter abgegeben haben und - möglicherweise gar versehentlich - immer noch die "alte" Gebühr von CHF 3.- erheben.

<i>Finanzinstitut</i>	<i>Anzahl ATM</i>	<i>Jahresgebühr</i>	<i>Kosten Bezug an eigenem ATM</i>	<i>Kosten Fremdbezug</i>	<i>Bemerkungen</i>
<i>Raiffeisenbanken</i>	1250	CHF 30.-*/ gratis	<i>gratis</i>	<i>CHF 2.-/ gratis**</i>	* Empfehlung des Verbandes ** für die ca. 70 % Genossenschafter sind mind. 24 Fremdbezüge im Jahr gratis
<i>UBS</i>	948	CHF 20.-	<i>gratis</i>	<i>CHF 2.-/ gratis*</i>	* gratis bei Gesamtvermögen > CHF 10'000.-
<i>PostFinance</i>	720	gratis*	<i>gratis</i>	<i>CHF 2.-</i>	* gratis, wenn im Set geführt
<i>Credit Suisse</i>	478	CHF 40.-	<i>gratis</i>	<i>CHF -.50/ gratis*</i>	* gratis bei Anlagevermögen > CHF 15'000.-
<i>RBA-Banken</i>	263	CHF 30.-	<i>gratis</i>	<i>gratis</i>	
<i>Migrosbank</i>	200	CHF 20.-	<i>gratis</i>	<i>CHF -.20</i>	mit M-Card: gratis bei eigenen ATM und Postomaten
<i>BC Vaudoise</i>	150	CHF 30.-/ CHF 20.-*	<i>gratis</i>	<i>CHF 2.-/ gratis**</i>	* je nach Vermögen bei BCV ** gratis bei 1250 ATM aller KB
<i>Zürcher KB</i>	140	CHF 20.-	<i>gratis</i>	<i>CHF 2.-/ gratis*</i>	* gratis bei 1250 ATM aller KB
<i>Bank Coop</i>	100	CHF 30.-	<i>gratis</i>	<i>gratis</i>	
<i>Berner KB</i>	89	CHF 20.-	<i>gratis</i>	<i>gratis/ CHF 2.-*</i>	* CHF 2.- nur bei Bezug bei UBS und Post
<i>Graubündner KB</i>	78	CHF 20.-	<i>gratis</i>	<i>gratis</i>	
<i>St. Galler KB</i>	70	CHF 20.-	<i>gratis</i>	<i>gratis</i>	bei Bezug nur bei eigenem ATM wird Kontogebühr halbiert
<i>Luzerner KB</i>	68	CHF 20.-	<i>gratis</i>	<i>CHF 2.-/ gratis*</i>	* gratis bei 1250 ATM aller KB
<i>Thurgauer KB</i>	68	CHF 20.-	<i>gratis</i>	<i>CHF 2.-/ gratis*</i>	* gratis bei 1250 ATM aller KB
<i>BC de Genève</i>	67	CHF 20.-	<i>gratis</i>	<i>gratis</i>	
<i>Baselland- schaftliche KB</i>	60	CHF 20.-	<i>gratis</i>	<i>gratis</i>	
<i>Aargauische KB</i>	58	CHF 20.-	<i>gratis</i>	<i>gratis</i>	
<i>BC de Valais</i>	53	CHF 20.-	<i>gratis</i>	<i>CHF 2.-/ gratis*</i>	* gratis bei 1250 ATM aller KB
<i>NAB</i>	50	CHF 20.-/ gratis*	<i>gratis</i>	<i>gratis</i>	* gratis bei Anlagevermögen > CHF 15'000.-
<i>Zuger KB</i>	50	CHF 20.-	<i>gratis</i>	<i>CHF 2.-/ gratis*</i>	* gratis bei 1250 ATM aller KB
<i>6 weitere KB</i>	136	CHF 30.-/ CHF 20.-*	<i>gratis</i>	<i>CHF 2.-/ gratis*</i>	(NE, SZ, BS, JU, UR, GL)
<i>6 weitere KB</i>	144	CHF 20.-/ gratis*	<i>gratis</i>	<i>gratis</i>	(FR, TI, OW, SH, NW, AI/AR)
<i>ca. 40 weitere Banken</i>	112	CHF 20.-/ CHF 30.-/ CHF 40.-/ gratis	<i>gratis*</i>	<i>gratis</i>	* nicht alle Banken verfügen über eigene ATM



44. Aus dieser Zusammenstellung wird ersichtlich, dass einzelne Banken zwar die volle Gebühr von CHF 2.- pro Bezug überwälzen, andere aber weniger als CHF 2.- oder gar keine Gebühren. Issuer, die keine Gebühren für Fremdbezüge weiterverrechnen, werden ihre Kosten durch Einkünfte aus der allgemeinen Kontoführung und aus Kartengebühren kompensieren.<sup>19</sup> Es darf aber angenommen werden, dass diese Kompensation in keiner Weise abgestimmt ist, weil die Issuer im Bereich der Kontoführung im Wettbewerb zueinander stehen. Die Issuer wenden mit anderen Worten bezüglich Überwälzung der Gebühr beziehungsweise deren Höhe zurzeit noch verschiedene Modelle an. Die multilateral vereinbarte ATM Service-Fee wirkt sich im Verhältnis der Issuer zu den Karteninhabern nur in der Weise aus, dass kein Issuer mehr als die ATM Service-Fee überwälzt (Höchstpreis).<sup>20</sup> Somit kann davon ausgegangen werden, dass die Standortentschädigung im Verhältnis der Issuer zu den Karteninhabern keine Beseitigung des Wettbewerbs bewirkt.

45. Zudem geht aus den Tabellen hervor, dass die Banken verschiedene Gebührenmodelle anwenden. Insbesondere sind bei den grösseren Banken folgende Tendenzen auszumachen: Die einen verrechnen ihren Kunden eine höhere Kartenjahresgebühr (d.h. mehr als CHF 20.-), dafür sind die Bezüge bei Fremdbanken günstiger als CHF 2.- oder sogar kostenlos (da teilweise "pauschal" in der Kartenjahresgebühr enthalten), während die anderen Banken, welche CHF 20.- Jahresgebühr verrechnen, tendenziell höhere Kosten für den Bezug bei Fremdbanken überwälzen. Weiter hat sich gezeigt, dass vor allem die kleineren Banken sowohl die tiefere Jahresgebühr in der Höhe von CHF 20.- verrechnen als auch auf die Überwälzung der ATM Service-Fee verzichten. Eine erhebliche Beschränkung des Wettbewerbs liegt somit nicht vor.

46. Ebenfalls auf Wettbewerb deutet die Unterscheidung zwischen Banken mit eigenen und ohne eigene Bancomaten hin:

- **Banken mit eigenen Bancomaten:** Die ATM Service-Fee wird dem Kunden - wenn überhaupt - nur dann belastet, wenn er Bargeld an einem Fremdautomaten bezieht. Der Bargeldbezug an den Bancomaten der eigenen Bank ist für den Kunden bei allen Banken<sup>21</sup> kostenlos.
- **Banken ohne eigene Bancomaten:** Sämtliche Banken, die im (Retail )Geschäft eine Debitkarte anbieten, ohne selber Bancomaten zu betreiben, verzichten auf die Überwälzung der ihnen von der Fremdbank/Telekurs belasteten ATM Service-Fee. Mit anderen Worten sind für den Kunden sämtliche Bezüge kostenlos.

47. Fazit: Ein Karteninhaber kann sowohl a) durch die Wahl der kartenherausgebenden Bank, b) die Wahl des für den Bargeldbezug verwendeten Produktes (Debit- oder Kreditkarte) als auch c) durch die Wahl des Bancomaten, an dem er Bargeld bezieht, die direkte Belastung mit der ATM Service-Fee vermeiden.<sup>22</sup> Somit liegt zurzeit weder eine Beseitigung noch eine erhebliche Beschränkung des Wettbewerbs vor. Diese

Beurteilung wäre - je nach Abgrenzung des relevanten Markts - allenfalls anzupassen, wenn in Zukunft weitere Issuer dazu übergehen würden, ihren Kunden die ATM Service-Fee zu überwälzen.

### **B.3.2.5 Zwischenergebnis**

48. Obwohl die multilaterale Vereinbarung der ATM Service-Fee wohl als Preisabrede auf der Stufe der Banken zu qualifizieren ist, welche einen Vermutungstatbestand darstellt, ist vorliegend der Wettbewerb auf dem relevanten Markt - das heisst im Verhältnis der kartenherausgebenden Banken zu ihren Kunden - zurzeit weder beseitigt noch erheblich beeinträchtigt. Folglich liegt keine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 3 KG vor.

### **B.3.3 Allfällige Rechtfertigung aus Effizienzgründen**

49. Doch selbst wenn man entgegen diesen Schlussfolgerungen davon ausgehen würde, dass der Wettbewerb durch die multilaterale Vereinbarung der ATM Service-Fee erheblich beschränkt wird, wäre die Vereinbarung nicht unbedingt problematisch. Vor der Prüfung einer allfälligen Rechtfertigung der Abrede aus Effizienzgründen (Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG) wird im Folgenden kurz der ökonomische Hintergrund der ATM Service-Fee beleuchtet.

#### **B.3.3.1 Ökonomie der ATM Service-Fee**

##### **a) Einleitung**

50. Eine *hohe* ATM Service-Fee erhöht zunächst den Anreiz, das Bancomaten-System auszudehnen, zumindest wenn sie über den Kosten des Betriebs von Bancomaten liegt. Eine hohe ATM Service-Fee verstärkt daher den Wettbewerb im Bereich des Betriebs von Bancomaten. Bei hoher Gebühr haben sogar Unternehmen, die selber weder Bank sind noch Debitkarten abgeben, einen Anreiz, Bancomaten zu betreiben (so z.B. in Grossbritannien). Da die Banken kaum gewillt sind, ihre Bancomaten den Kunden von Fremdbanken kostenlos zur Verfügung zu stellen und die Kosten zu tragen, ist die ATM Service-Fee (oder eine andere Form der Abgeltung) für die Existenz eines breiten und vernetzten Bancomaten-Systems unerlässlich.

51. Eine hohe ATM Service-Fee führt einmal dazu, dass die Banken mit ihren Bancomaten möglichst viele Fremdkunden bedienen wollen. Einerseits können dadurch die Betriebskosten für die eigenen Kunden minimiert werden. Andererseits kann ein Issuer mit einem grossen Bancomaten-Netz eine hohe ATM Service-Fee namentlich beim Debitkartensystem auch

<sup>19</sup> Vgl. oben Rz. 9 und Rz. 35 sowie Fn. 17.

<sup>20</sup> Mit der Ausnahme der beiden in Fn. 18 erwähnten zwei Privatbanken, welche Maestro-Karten praktisch nur an ihre Mitarbeiter herausgeben.

<sup>21</sup> Von keinerlei praktischer Bedeutung ist die Ausnahme von zwei Privatbanken, welche Maestro-Karten praktisch nur an ihre Mitarbeiter herausgeben (Fn. 18).

<sup>22</sup> Zudem kann der Kunde sein Geld auch am Schalter seiner Bank bar beziehen.

strategisch dazu benutzen, den Fremdkunden zum Wechsel des Finanzinstituts zu bewegen, da die Debitkarte stets mit einem Konto verbunden ist.<sup>23</sup> Somit ergibt sich eine Wechselwirkung zwischen dem Betrieb von Bancomaten und dem Markt für Kontoprodukte.

52. Im Bankensystem gleichen sich die Einnahmen und Ausgaben der ATM Service-Fee und der Standortentschädigung aus. Die Einnahmen des Bankensystems können nur dann gesteigert werden, wenn die ATM Service-Fee systematisch oder zumindest vom Grossteil der Banken auf die Kunden überwälzt wird.

#### b) *Bilaterale Verhandlungen der ATM Service-Fee*

53. Grundsätzlich ist es natürlich denkbar, dass die ATM Service-Fee bilateral zwischen den einzelnen Kartenherausgebern und Bancomaten-Betreibern ausgehandelt wird. In einzelnen Ländern ist dies auch der Fall. In Australien beispielsweise bestehen knapp 60 bilaterale ATM Service-Fee-Vereinbarungen, wobei sich die Höhe der ATM Service-Fee jeweils unterscheidet. Eine australische Studie<sup>24</sup> aus dem Jahre 2000 hat ergeben, dass die ATM Service-Fee dabei durchschnittlich doppelt so hoch ist wie die Durchschnittskosten. Etwa die Hälfte der Banken belastet ihren Kunden dabei mehr als die ATM Service-Charge pro Transaktion.<sup>25</sup>

54. Es zeigte sich zudem, dass die grossen gegenüber den kleinen Banken Vorteile haben (Verhandlungsasymmetrie): Während die kleinen Banken auf die grossen angewiesen sind, wenn sie ihren Kunden ein breites Netz an Bancomaten anbieten wollen, haben die grossen Banken keine starken Anreize, Vereinbarungen mit den kleinen Banken einzugehen. Grosse Banken mit einem breiten Bancomaten-Netz können die ATM Service-Fee strategisch einsetzen: Mit einer hohen ATM Service-Fee können die Kunden von kleinen Banken zum Wechsel zur grossen Bank animiert werden, da die Kunden der kleinen Banken einerseits hohe Kosten beim Bezug an Fremdautomaten zu tragen haben und andererseits aufgrund des kleinen oder gar nicht vorhandenen Bancomaten-Netzes der eigenen Bank nicht oder nur in einem geringen Umfang ausweichen können.

55. Bilaterale Verhandlungen der ATM Service-Fee können somit folgende Nachteile bewirken:

- Problem der "double marginalization", das heisst der zu hohen Weiterbelastung der ATM Service-Fee an die Kunden, da die Banken (Issuer) eine zusätzliche Marge erheben.
- Die grossen Banken können mit Hilfe der ATM Service-Fee den Wettbewerb im Bereich der Kontokorrentkonti zu ihren Gunsten verzerren. Benachteiligt sind Banken, welche nur wenige oder gar keine Bancomaten betreiben.
- Bilaterale Verhandlungen führen - insbesondere auch in Anbetracht der grossen Anzahl von über 140 Issuern und über 50 Standortinstituten - zu hohen Verhandlungs- und Transaktionskosten.

#### c) *Direktbelastung des Kunden beim Bargeldbezug*

56. Man könnte sich auch vorstellen, dass das Standortinstitut anstatt durch eine Standortgebühr durch eine direkt *beim Kunden erhobene Gebühr* entschädigt wird. Dabei wird der Kunde jeweils vor dem Bezug auf dem Bildschirm über die Kosten eines Bezugs informiert. Die Kosten werden dann dem Konto des Kunden belastet. Die USA kennen eine solche direkte Gebühr ("Surcharging"), daneben existiert jedoch auch eine ATM Service-Fee.

57. Mitte der 90er-Jahre hoben ATM-Netzwerke in den USA das Verbot von Surcharging infolge verschiedener wettbewerbsrechtlicher Verfahren und Gesetzesänderungen auf. Den Banken ist es seitdem erlaubt, an den Bancomaten eigene Gebühren direkt von den Kunden zu erheben.

58. Dieses Surcharging wurde in den letzten Jahren zunehmend kritisiert. Konsumentenorganisationen wehren sich gegen die Doppelzahlung, da zusätzlich zu der beim Bancomaten erhobenen Gebühr auch eine ATM Service-Fee existiert, die Konsumenten also zweimal zahlen. Das Surcharging wurde aber auch zunehmend von Experten kritisiert. Folgende Auswirkungen konnten beobachtet werden:<sup>26</sup>

- Die meisten Banken haben Surcharges eingeführt, was zu einem Kostenanstieg für die Konsumenten geführt hat. Infolge der Surcharges ist die Anzahl Bancomaten zwar angestiegen, besonders in abgelegenen Gebieten. Allerdings ist das Transaktionsvolumen erstmals zurückgegangen.
- Es kam zu Markteintritten von Nichtbanken beim Betrieb von Bancomaten. Diese führten jedoch nicht zu einer Reduktion der Surcharges. Letztere sind in den vergangenen Jahren gar angestiegen.
- Die grossen Banken waren die Hauptprofiteure der Surcharges. Sie erheben höhere Surcharges als die kleineren Banken, obwohl sie aufgrund von Skaleneffekten tiefere Kosten haben. Eine empirische Studie hat des Weiteren gezeigt, dass Banken die Surcharges strategisch einsetzen, um neue Kunden anzuziehen.<sup>27</sup>

<sup>23</sup> Vgl. auch unten Rz. 53. Anders verhält es sich bei den Kreditkarten: Diese können auch ohne Konto auf Basis Rechnungsstellung erworben werden.

<sup>24</sup> Studie der Reserve Bank of Australia in Zusammenarbeit mit der Australian Consumer and Competition Commission: <[http://www.rba.gov.au/PaymentsSystem/Publications/PaymentsInAustralia/interchange\\_fees\\_study.pdf](http://www.rba.gov.au/PaymentsSystem/Publications/PaymentsInAustralia/interchange_fees_study.pdf)> (besucht am 28.5.2006).

<sup>25</sup> Die Banken erheben also eine zusätzliche Marge auf die ATM Service-Fee, welche bereits eine Marge für den Bancomat-Betreiber beinhalten dürfte. Dieses Problem ist in der Ökonomie als "double marginalization" bekannt und führt zu Ineffizienz.

<sup>26</sup> DAVID BALTO, "Regulatory, Competitive, and Antitrust Challenges of ATM Surcharges", BNA Banking Report Bd 71 (1998), S. 82 ff.

<sup>27</sup> TIMOTHY HANNAN/ELIZABETH KISER/ROBIN PRAGER/JAMES MCANDREWS, "To Surcharge or Not to Surcharge: An Empirical Investigation of ATM Pricing", in: Review of Economics and Statistics, Vol. 85(4), 2003, S. 990 ff.

#### d) *Multilaterale Verhandlung der ATM Service-Fee*

59. Die Banken haben bezüglich der ATM Service-Fee unterschiedliche Interessen: Während grosse Banken mit einem ausgedehnten Bancomaten-Netz an einer möglichst hohen ATM Service-Fee interessiert sind<sup>28</sup>, haben kleine Banken, welche nur wenige oder gar keine Bancomaten betreiben, einerseits ein Interesse, überhaupt am gesamtschweizerischen Bancomaten-Netzwerk teilnehmen zu dürfen, und andererseits eine möglichst tiefe ATM Service-Fee bezahlen zu müssen.

60. Es gilt die Situation bezüglich Debitkarten (ATM Service-Fee) von derjenigen bezüglich Kreditkarten (Interchange Fee) zu unterscheiden. Während bei letzteren insofern klare Interessengegensätze bestehen, als eine hohe Interchange Fee zum Vorteil der Issuer aber nicht der Acquirer/Händler ist und umgekehrt, ist die Ausgangslage bei den Debitkarten weniger klar: Für diejenigen Banken, die sowohl ihren Kunden Debitkarten herausgeben als auch Bancomaten für bankfremde Kunden betreiben, bedeutet eine Anpassung der Standortentschädigung und der ATM Service-Fee immer gleichzeitig einen Vor- als auch einen Nachteil. Diese gegensätzlichen Interessen dürfen sich bei der multilateralen Festsetzung der Gebühr tendenziell disziplinierend auswirken, weshalb davon auszugehen ist, dass die multilateral vereinbarte ATM Service-Fee in einem vernünftigen Rahmen festgesetzt wird.<sup>29</sup>

61. Da schliesslich über 140 Issuer und über 50 Standortinstitute direkt von der Gebühr betroffen sind, führt die multilaterale Verhandlung zu tieferen Transaktionskosten und erleichtert tendenziell den Markteintritt von Nichtbanken im Bereich des Betriebs von Bancomaten.

#### e) *Schlussfolgerungen*

62. Aus ökonomischer Sicht lässt sich somit zusammenfassen:

- Die ATM Service-Fee ist bezüglich Funktionsweise und Wirkung nicht direkt mit der Interchange Fee in Kredit- und Debitkartensystemen vergleichbar, auch wenn es sich in beiden Fällen um eine multilateral vereinbarte Gebühr handelt. Die Erkenntnisse aus der Untersuchung Kreditkarten/Interchange Fee können nicht ohne weiteres auf die ATM Service-Fee übertragen werden.
- Es besteht eine Wechselwirkung zwischen dem Betrieb von Bancomaten und der Kontoführung, weshalb die Auswirkungen in beiden Märkten im Auge behalten werden müssen. Im Fall von bilateralen ATM Service-Fees und der Direktbelastung der Kunden (Surcharging) besteht die Gefahr, dass die Preise strategisch eingesetzt werden, um den Wettbewerb im Bereich der Kundenkonti zu verzerren.
- Die Einnahmen des Bankensystems können durch eine Erhöhung der ATM Service-Fee nur gesteigert werden, wenn die ATM Service-Fee von einem Grossteil der Banken auf die Kunden überwälzt wird und der Markteintritt im Bereich der Bancomaten verhindert werden kann.

- Die multilaterale ATM Service-Fee hat gegenüber bilateralen Vereinbarungen und der direkten Belastung der Kunden den Vorteil, dass ein "Level playing field" zwischen grossen und kleinen Banken geschaffen wird.

63. Bei einer allfälligen Prüfung der wirtschaftlichen Rechtfertigung der ATM Service-Fee und der Standortentschädigung im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG ist diesem ökonomischen Hintergrund Rechnung zu tragen.

#### *B.3.3.2 Effizienzgründe im vorliegenden Fall*

64. Aus den im Folgenden genannten Gründen wäre die multilaterale Vereinbarung der ATM Service-Fee vorliegend selbst dann wohl nicht unzulässig, wenn man - entgegen den Schlussfolgerungen oben in Randziffer 39 ff. - davon ausgehen würde, dass sie den Wettbewerb erheblich beschränkt. Wie soeben im Rahmen des ökonomischen Hintergrunds dargelegt (Rz. 50 ff.), bestehen deutliche Anhaltspunkte dafür, dass die Banken die multilaterale Vereinbarung der Gebühr im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG wirtschaftlich rechtfertigen könnten.

65. Vorab festzuhalten ist, dass es den Wettbewerbsbehörden aufgrund der erwähnten vielfältigen Wechselwirkungen nicht möglich ist, diejenige Höhe der Gebühr zu bestimmen, welche ökonomisch optimal für das Gesamtsystem Debitkarte wäre. Hingegen könnten sie zumindest überprüfen, ob die Gebühr kostenbasiert ist oder nicht. Eine nähere Analyse der ATM Service-Fee müsste sich dabei insbesondere auf die Fragen konzentrieren, ob die Gebühr signifikant über oder unter den effektiven, den Standortinstituten anfallenden Kosten liegt und ob Markteintrittsschranken für den Betrieb von Bancomaten bestehen. Dies impliziert eine detaillierte Analyse der Kostenrechnungen, welche von Spezialisten im Rahmen eines externen Gutachtens erstellt werden könnte.

66. Immerhin kann zur aktuellen Höhe der Gebühr festgehalten werden, dass sie - laut Aussagen der Banken - kostenbasiert ist (vgl. oben Fn. 14). Ein kurzer Blick über die Landesgrenzen scheint dies insoweit zu bestätigen, als zum Beispiel in Deutschland sich einzelne Banken zu Gruppen zusammenschliessen, innerhalb welcher der Fremdbezug zwar gratis ist (ähnlich wie in der Schweiz bei den Kantonal- und Raiffeisenbanken); für Bezüge ausserhalb der eigenen Gruppe werden dem Kunden jedoch Gebühren von zum Teil **über CHF 6.- pro Bezug** verrechnet.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> Zu relativieren ist diese Feststellung insofern, als Institute mit einem grossen Bancomaten-Netz meist über eine entsprechend grössere Anzahl Kunden verfügen, welche auch Bezüge bei Fremdbanken tätigen.

<sup>29</sup> Man könnte argumentieren, dass die Grossbanken, die jeweils über ein schweizweites Bancomaten-Netz verfügen, über ihren Einfluss in der Telekurs eine überhöhte ATM Service-Fee durchsetzen könnten. Tatsächlich scheint es jedoch die UBS gewesen zu sein, von welcher der Anstoss zur Senkung der ATM Service-Fee ausgegangen ist.

<sup>30</sup> Auf Abklärungen in weiteren Ländern konnte im Rahmen der Vorabklärung verzichtet werden.

67. Da keine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegt, ist eine Begutachtung der Kostenrechnungen durch externe Spezialisten zurzeit nicht angezeigt. Selbst wenn sie durchgeführt würde, wäre fraglich, inwiefern deren Ergebnis zu einer Verbesserung der Wettbewerbssituation führen würde, wenn zum Beispiel die grösseren Banken dem Druck zur Senkung der Gebühr ausweichen könnten, indem sie die multilaterale Vereinbarung auflösen und entweder das Angebot auf ihr eigenes Bancomaten-Netz beschränken oder mit ausgewählten anderen Banken bilaterale Vereinbarungen eingehen würden.<sup>31</sup>

#### **B.3.4 Ergebnis**

68. Gestützt auf die getätigten Abklärungen und die summarische Würdigung im Rahmen der vorliegenden Vorabklärung kann festgestellt werden, dass zurzeit *keine* Anhaltspunkte dafür bestehen,

a) dass die einheitliche Senkung der Gebühr für den Bargeldbezug bei Drittbanken auf CHF 2.- durch die UBS, ZKB und PostFinance (sowie die übrigen karten-

herausgebenden Banken) eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG darstellt sowie

b) dass die multilaterale Vereinbarung der Standortentschädigung und der ATM Service-Fee zwischen den kartenherausgebenden Banken und der PostFinance eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG darstellt.

#### **C. SCHLUSSFOLGERUNGEN**

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

1. stellt fest, dass zurzeit keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegen;
2. beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen;
3. teilt der UBS, der ZKB und der PostFinance die Einstellung der Vorabklärung mit.

<sup>31</sup> Vgl. zu den damit verbundenen Nachteilen oben Rz. 50 ff.

B 1.1

**2. Zugang zu Mobilfunknetzen/Einstellung der Vorabklärung*****Unzulässige Wettbewerbsabrede; Art. 5 und 7 KG******Accord illicite; art. 5 et 7 LCart******Accordo illecito; art. 5 e 7 LCart***

Am 4. Juli 2005 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission eine Anzeige erhalten, wonach die schweizerischen Mobilfunkanbieter Orange, sunrise und Swisscom Mobile den Zugang zu ihren Netzen zwecks Erbringung mobiler Sprachdienste durch weitere Anbieter auf diesen Netzen verweigern würden. Unternehmen, welche nicht über eine eigene Infrastruktur im Bereich Mobilfunk besitzen, können auf den bestehenden Mobilfunknetzen vor Orange, sunrise oder Swisscom Mobile Dienstleistungen im Bereich der mobilen Kommunikation (Sprache, SMS, MMS, Voice-Mail etc.) erbringen, wenn sie von mindestens einem Mobilfunkanbieter mit eigenem Mobilfunknetz einen Zugang zu dessen Netz erhalten. Dies zum Beispiel in Form eines so genannten MVNO (mobile virtual network operator) oder als reiner Wiederverkäufer. Auch andere Formen der Zusammenarbeit zwecks Erbringung von Dienstleistungen im Bereich Mobilfunk sind denkbar.

Gemäss den Informationen und Dokumenten, welche dem Sekretariat im Juli 2005 vorlagen, haben verschiedene Anbieter von mobilen Telefondienstleistungen versucht, Zugang auf eines der Netze von Orange, sunrise und Swisscom Mobile zu erhalten. Diese Gesuche seien gemäss der Anzeige vom 4. Juli 2005 ohne detailliertere Begründungen von allen Mobilfunkanbietern, welche über ein quasi flächendeckendes Netz verfügen, abgewiesen worden.

Dieses Verhalten warf die Frage auf, ob Orange, sunrise und Swisscom Mobile beim Zugang zu Mobilfunknetzen eine individuell oder kollektiv marktbeherrschende Stellung durch eine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen missbrauchten (vgl. Art. 7 KG) oder ob eine unzulässige Wettbewerbsabrede nach Artikel 5 KG vorlag.

Das Sekretariat hat deshalb am 13. Juli 2005 eine Vorabklärung eröffnet, in welcher Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Verstosses gegen Artikel 5 oder 7 KG gesucht wurden. Dazu verschickte das Sekretariat am selben Tag Fragebogen an alle Mobilfunkanbieter mit eigenem Netz (Orange, sunrise und Swisscom Mobile). Aus den verschiedenen Antworten im September und November ging hervor, dass alle Mobilfunkanbieter mit verschiedenen Anbietern, insbesondere mit Migros, Coop, Tele2, Cablecom und Mobilezone, aber auch noch mit weiteren Anbietern, über einen Zugang zu ihren jeweiligen Netzen verhandelten. Diese zum Teil langwierigen Verhandlungen führten jedoch über lange Zeiträume nicht zu konkreten Ergebnissen in Form eines Abkommens über einen Zugang zum jeweiligen Mobilfunknetz.

Im September 2005 haben Coop und Migros Mobilfunkangebote flächendeckend in der Schweiz lanciert. Inzwischen haben alle genannten Unternehmen einen Zugang zu einem Mobilfunkanbieter erhalten: Migros mit Swisscom Mobile, Coop und Mobilezone mit Orange und Tele2 und Cablecom mit sunrise.

Es kann nicht mit Sicherheit bestimmt werden, warum es nach dem Eröffnen eines Verfahrens gegen die drei schweizerischen Mobilfunkanbieter so rasch zu diversen Vertragsabschlüssen über den Zugang zu Mobilfunknetzen gekommen ist. Da sich in diesem Bereich jedoch seit 1999, also seit es in der Schweiz drei Mobilfunkanbieter mit eigener Infrastruktur gibt, kaum zu Einigungen gekommen ist, liegt die Schlussfolgerung nahe, dass ein Zusammenhang mit der Eröffnung dieses kartellrechtlichen Verfahrens vorliegt.

Der Sachverhalt hat sich damit grundlegend geändert, sodass der Gegenstand der Vorabklärung nicht mehr besteht. Das Sekretariat stellt die Vorabklärung mit Datum vom 11. Juli 2006 ein.

B 1.1

**3. Medikamentenpreis Thalidomid***Unzulässige Verhaltensweise; Art. 7 KG**Pratique illicite; art. 7 LCart**Pratiche illecito; art. 7 LCart*

*Schlussbericht vom 29. Mai 2006 in Sachen Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG betreffend Medikamentenpreis Thalidomid wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Artikel 7 KG.*

**A SACHVERHALT**

1. Mit Schreiben vom 12. Juli beziehungsweise 11. Oktober 2004 erhielt das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend Sekretariat) die Mitteilung, wonach das Medikament Thalidomid Pharmion (nachfolgend Thalidomid) der Pharmion Schweiz GmbH (Pharmion) viel teurer sei als das Medikament Myrin der Lipomed AG. Letzteres sei lediglich bis 31. Mai 2004 in der Schweiz erhältlich gewesen. Beide Medikamente hätten denselben Wirkstoff, nämlich Thalidomid. Der einzige Unterschied sei nunmehr der Preis. Der Wirkstoff Thalidomid werde zur Behandlung von multiplen Myelomen eingesetzt.

2. Die Lipomed AG habe die Herstellung und den Vertrieb von Myrin ab 1. Juni 2004 eingestellt. Patienten seien seither auf das Medikament Thalidomid Pharmion angewiesen, da kein anderes Medikament mit dem Wirkstoff Thalidomid in der Schweiz seit der Einstellung der Herstellung von Myrin erhältlich sei.

3. 100 Kapseln Myrin à 100 mg Thalidomid hätten CHF 350.- gekostet, was pro Kapsel CHF 3.50 ausmacht. Eine Packung Thalidomid zu 28 Kapseln à 50 mg Thalidomid würden CHF 448.- kosten. Somit würde sich der Preis pro Kapsel auf CHF 16.- belaufen. Bei einem Tagesbedarf von 400 mg Thalidomid sei der Kostenanstieg beträchtlich (der Tagesbedarf Myrin kostete CHF 14.-, der Tagesbedarf Thalidomid kostet heute CHF 128.-).

4. Um die offenen Fragen zu klären wurde am 5. November 2004 eine Vorabklärung eröffnet und gleichzeitig wurden die Pharmion und die Lipomed AG befragt. Aufgrund der noch offenen Fragen wurden die Unternehmen am 19. Mai 2005 nochmals befragt.

5. Bei Pharmion handelt es sich um ein Unternehmen, das sich auf Hämatologie und Onkologie spezialisiert hat.

6. Die Tätigkeit der Lipomed AG umfasst Forschung, Herstellung, Handel und Vertrieb von pharmazeutischen Produkten. Von 2001 bis Juni 2004 hat die Lipomed AG Myrin mit dem Wirkstoff Thalidomid in der Schweiz hergestellt und vertrieben.

7. Der Wirkstoff Thalidomid ist bereits seit den 50er-Jahren bekannt. Damals wurde das Medikament unter dem Namen Contergan von der Firma Grünenthal Pharma AG (Grünenthal) als Schlaf- und Beruhigungsmittel insbesondere bei schwangeren Frauen

eingesetzt. Dieses Medikament führte jedoch bei ungeborenen Kindern zu Missbildungen, weshalb die Firma Grünenthal das Medikament vom Markt zurückgezogen hat.

8. In den 90er-Jahren hat sich herausgestellt, dass der Wirkstoff Thalidomid gegen multiple Myelome, einem Plasmazelltumor, wirksam ist. Auf Anfrage wurde dem Sekretariat bestätigt, dass Grünenthal die noch vorhandenen Vorräte des Wirkstoffes Thalidomid bis 15. Juni 2003 den Patienten kostenlos zur Verfügung gestellt hat. Der Vorrat ist jedoch nunmehr aufgebraucht, weshalb Grünenthal auf Anfrage von Patienten nun für den Wirkstoff Thalidomid auf Pharmion verweist.

9. Zwar hat sich herausgestellt, dass der Wirkstoff Thalidomid auch gegen gewisse Formen von Lepra wirkt. Der Wirkstoff ist jedoch zur Behandlung von Lepra nicht patentrechtlich geschützt (vgl. Rz. 11).

10. Die Recherche des Sekretariates hat ergeben, dass der Wirkstoff Thalidomid zur Hemmung der Angiogenese<sup>1</sup> durch das Children's Medical Center Corporation (Children's Medical Center) patentrechtlich geschützt ist.<sup>2</sup> Beim Children's Medical Center handelt es sich um ein us-amerikanisches spital-basiertes pharmazeutisches Forschungsunternehmen, das Einnahmen mit der Lizenzierung von Erfindungen erzielt.

11. Infolge des Patentschutzes für den Wirkstoff Thalidomid, [...] wurde die Herstellung und der Vertrieb von Myrin durch die Lipomed AG eingestellt.

12. Das Children's Medical Center hat mit der Celgene Corporation (Celgene) einen Lizenzvertrag abgeschlossen. Celgene ist aufgrund des Vertrages befugt, das ihr infolge dieses Vertrages gewährte Recht weiter zu lizenzieren. Celgene ist ein international tätiges Pharmaunternehmen, dessen Haupttätigkeit Forschung, Entwicklung und Vertrieb von Krebstherapien beinhaltet.

13. Am 16. November 2001 hat Celgene mit Pharmion einen Lizenzvertrag abgeschlossen. Dieser Vertrag autorisiert die Pharmion Thalidomidpräparate international zu vertreiben und zu verkaufen. Pharmion hat Mitte 2002 mit der Vermarktung von Thalidomid begonnen. Hergestellt wird Thalidomid in Grossbritannien durch das Unternehmen Penn T Limited, das im Oktober 2004 durch Celgene übernommen wurde.

<sup>1</sup> (Angiogenese = Gefässentstehung: Dadurch wird das Wachstum von kleinen Blutgefässen bezeichnet, überwiegend durch Sprossung aus einem vorgebildeten Kapillarsystem. Solide Tumoren sind abhängig von einem mitwachsenden Kapillarnetz, das den Tumor mit Sauerstoff und Nährstoffen versorgt).

<sup>2</sup> Es liegt ein Patent des europäischen Patentamtes vor, in dem 17 europäische Länder, unter anderem auch die Schweiz, als Vertragsstaat genannt werden.

14. Am 23. Juni 2004 hat Pharmion einen Exklusivvertriebsvertrag mit der Lipomed AG für das Gebiet der Schweiz und Österreich abgeschlossen.

15. Weder Myrin noch Thalidomid waren beziehungsweise sind in der Schweiz von Swissmedic zugelassen. Thalidomid zur Bekämpfung beziehungsweise Behandlung von multiplen Myelomen hat seit November 2001 den Status eines Orphan Drug.<sup>3</sup> Thalidomid wird somit in der Schweiz im Rahmen einer Sonderbewilligung für Compassionate Use für nicht zugelassene Präparate<sup>4</sup> gemäss Artikel 9 Absatz 4 Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte (HMG; SR 812.21)<sup>5</sup> verschrieben und verabreicht.

16. Thalidomid ist inzwischen in wenigen Ländern zugelassen, unter anderem auch in den USA. Die U.S. Food and Drug Administration (FDA) hat Thalidomid 1998 unter der Auflage, ein spezielles Sicherheitskonzept auszuarbeiten, um die unter Randziffer 7 erwähnten Nebenwirkungen zu vermeiden, zugelassen. Dabei wurde das "System for Thalidomide and Prescription Safety-Programm" (S.T.E.P.S.) durch Celgene in Zusammenarbeit mit der FDA entwickelt.

17. Faktisch identisch mit dem S.T.E.P.S.-Programm ist das in der Schweiz umgesetzte Sicherheitsprogramm, das "Pharmion-Risiko-Minimierungs-Programm" (PRMP). Pharmion war aufgrund des Lizenzvertrages mit Celgene verpflichtet, ein solches Sicherheitsprogramm einzuführen. In der Schweiz wird dieses Sicherheitsprogramm durch die Pharmion Germany GmbH umgesetzt.

18. Dieses Sicherheitssystem gewährleistet, dass die Auslieferung von Thalidomid erst nach Registrierung des behandelnden Arztes, des Apothekers sowie des Patienten erfolgt. Die Informationsbroschüre enthält für Ärzte und Apotheker klare Anweisungen, welche Abläufe sichergestellt werden müssen, damit Thalidomid verschrieben beziehungsweise abgegeben werden darf. Zudem ist eine umfassende Beratung für Patientinnen und Patienten vorgesehen, die über die Risiken während und nach der Einnahme von Thalidomid informiert.

19. Aufgrund des Vertriebsvertrages bezahlt die Lipomed AG CHF [...] pro verkaufte Kapsel Thalidomid an Pharmion. Lipomed ist hingegen frei, den Publikumspreis festzusetzen. Dieser wurde auf CHF 16.- pro Kapsel Thalidomid festgesetzt. Die Lipomed AG hat somit den bisherigen Publikumspreis von CHF 448.- pro Packung von 28 Kapseln à 50 mg für Thalidomid übernommen.

20. In den Jahren 2000, 2001 und 2002 belief sich der Preis für eine Packung Myrin mit 100 Tabletten à 50 mg des Wirkstoffes Thalidomid auf CHF 245.-, somit CHF 2.45 pro Tablette Myrin. Für das Jahr 2003 und bis zu seiner Einstellung im Juni 2004 kostete eine Packung mit 30 Tabletten Myrin à 50 mg des Wirkstoffes Thalidomid CHF 98.-, was einen Preis von CHF 3.30 pro Tablette ausmacht.

21. Ende 2004 hat die Lipomed AG ein Zulassungsgesuch für Thalidomid bei Swissmedic gestellt. Parallel wurde ein Zulassungsgesuch bei der European Agency

for Evaluation of Medicinal Products (EMA - Arzneimittelzulassungsbehörde in der EU) gestellt. Die EMA hat von Pharmion zusätzliche klinische Studien verlangt, da diese die Zulassung unterstützen würden. Pharmion hat daraufhin das Zulassungsgesuch zurückgezogen. In der Folge hat die Lipomed AG das Zulassungsgesuch bei Swissmedic ebenfalls zurückgezogen. Sobald die Daten dieser Studien vorliegen, wollen Pharmion und die Lipomed AG wieder ein Zulassungsgesuch bei EMA beziehungsweise Swissmedic einreichen.

22. Trotz der zweiten Befragung sind einige Fragen noch offengeblieben, insbesondere fehlte die kostenmässige Begründung für die Höhe des Publikumspreises für Thalidomid. Zudem haben sich durch die Aussagen der Lipomed AG Widersprüche ergeben, weshalb am 15. Februar 2006 in den Räumlichkeiten des Sekretariates ein Treffen mit Vertretern der Pharmion aus England stattgefunden hat.

## B ERWÄGUNGEN

### B.1 Geltungsbereich

23. 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).

24. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Pharmion und die Lipomed AG sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

25. Die Prüfung der Marktbeherrschung des Unternehmens erfolgt unter Artikel 7 KG (Rz. 32 ff.). Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form der Ausübung von Marktmacht dar (vgl. RPW 2005/4, S. 598, Rz. 10; Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 80 f.; BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2005, Art. 4 Rz. 16). Wird nachstehend somit die marktbeherrschende Stellung bejaht, wird damit auch die Ausübung von Marktmacht festgestellt. Falls eine marktbeherrschende Stellung verneint werden sollte, ist die Prüfung der Marktmacht obsolet, da in diesem Fall kein kartellrechtsrelevantes Verhalten im Sinne von Artikel 7 KG vorliegt.

<sup>3</sup> Darunter versteht man Arzneimittel zur Behandlung seltener Krankheiten.

<sup>4</sup> Für detailliertere Angaben vgl.: [http://www.swissmedic.ch/files/pdf/Erlaeuterungen\\_Sonderbewilligung\\_fuer\\_Compassionate\\_Use.pdf](http://www.swissmedic.ch/files/pdf/Erlaeuterungen_Sonderbewilligung_fuer_Compassionate_Use.pdf) (überprüft am 2. März 2006).

<sup>5</sup> Das Institut kann den Vertrieb oder die Abgabe von nicht zugelassenen Arzneimitteln gegen lebensbedrohende Krankheiten befristet bewilligen, wenn dies mit dem Schutz der Gesundheit vereinbar ist, von der Anwendung ein grosser therapeutischer Nutzen zu erwarten ist und wenn kein vergleichbares Arzneimittel zur Verfügung steht (Art. 9 Abs. 4 HMG).



## B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

27. Vorliegend ist zu prüfen, ob der Sachverhalt aufgrund des Patentes und der Lizenzverträge unter den Vorbehalt von Artikel 3 Absatz 2 KG fällt. Unter diesen Umständen würde das Kartellgesetz nicht zur Anwendung gelangen.

28. Nach extensiver Auffassung bezieht sich das Wort "ausschliesslich" in Artikel 3 Absatz 2 KG nicht bloss auf den Schutzzinhalt des Immaterialgüterrechts. Es ist vielmehr der gesamte wettbewerbliche Kontext zu berücksichtigen. Dieser Ansatz wird in der älteren Literatur vertreten und lässt sich damit erklären, dass nach früherem Recht im Rahmen des Geltungsbereiches das Vorliegen eines Kartells geprüft werden musste.

29. Gemäss restriktiver Auslegung von Artikel 3 Absatz 2 KG und heute vorherrschenden Meinung werden unter "ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum" nur Wettbewerbswirkungen verstanden, welche auf Handlungen des Schutzrechtinhabers beruhen, die sich aus dem jeweiligen Immaterialgüterrechtserlass selber ergeben.<sup>6</sup> Jede vertragliche Erweiterung absoluter Schutzrechte fällt als zusätzliche Wettbewerbsbeschränkung in den Geltungsbereich des Kartellgesetzes.<sup>7</sup>

30. Die restriktive Auffassung wird zusätzlich durch Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe d KG gestützt. Gemäss dieser Bestimmung können in Verordnungen oder allgemeinen Bekanntmachungen die Voraussetzungen umschrieben werden, unter denen Abreden über die ausschliessliche Lizenzierung von Rechten des geistigen Eigentums aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz in der Regel als gerechtfertigt gelten. Würde sich Artikel 3 Absatz 2 KG auch auf die Lizenzerteilung beziehen, so würde Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe d KG keinen Sinn mehr machen. Infolge der ausgeführten Darlegungen fällt die Erteilung von Lizenzen immer unter den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes.

31. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass es in den hier zu beurteilenden Märkten keine Vorschriften gibt, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Artikel 3 Absätze 1 und 2 KG wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

## B.3 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

32. Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern

oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG).

### B.3.1 Marktbeherrschende Stellung

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

34. Um festzustellen, ob sich Pharmion und die Lipomed AG tatsächlich in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten können, ist vorab der relevante Markt abzugrenzen.

#### B.3.1.1 Relevanter Markt

##### B.3.1.1a Sachlich relevanter Markt

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

36. Aufgrund des PRMP müssten die Ärzte und Apotheker als Marktgegenseite der Hersteller betrachtet werden. Diese sind jedoch stets von der Nachfrage und den Bedürfnissen der Patienten, die an multiplen Myelomen erkrankt sind, abhängig. Daher sind die Patienten als Marktgegenseite zu betrachten.

37. Grundsätzlich können Arzneimittel gemäss ATC-Klassifikation (Anatomical Therapeutic Chemical classification; <http://www.whooc.no/atcddd/>) eingeordnet werden. Es handelt sich dabei um ein fünfstufiges alphanumerisches System, das Arzneimittel nach therapeutischen und pharmakologischen Kriterien unterscheidet. Dadurch lassen sich ähnliche Stoffe je nach Fragestellung in sinnvolle Gruppen zusammenfassen. Die erste Stufe gibt die anatomische Hauptgruppe an. Bei der zweiten Stufe handelt es sich um die therapeutische Hauptgruppe. Die dritte Stufe gibt die pharmakologisch-therapeutische Untergruppe an. Die vierte Stufe gibt die chemisch-pharmakologische Untergruppe an. Und die fünfte Stufe bezeichnet den chemischen Wirkstoff (ATC-Code von Thalidomid: L04AX02<sup>8</sup>).

<sup>6</sup> So auch BGE 86 II 270 S. 283 E. 3 f, Philips-Entscheid.

<sup>7</sup> HILTY, Vom Janusgesicht der Immaterialgüterrechte - Versuch einer europatauglichen Interpretation von Art. 3 Abs. 2 KG, in: Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz, FS für ROGER ZÄCH zum 60. Geburtstag, S. 331, Zürich 1999; BURGI/LANG, sic!, 1999, S. 382 Fn. 27; Das Verhältnis zwischen Immaterialgüter- und Kartellrecht, 2006, S. 130; WEBER, SIWR V/2, S. 50.

<sup>8</sup> 1. Stufe: **L** = Antineoplastika und Immunmodulatoren, 2. Stufe: **O4** = Immunsuppressiva, 3. Stufe: **A** = Immunsuppressiva, 4. Stufe: **X** = Sonstige Immunsuppressiva, 5. Stufe: **02** = Chemischer Wirkstoff = Thalidomid.



38. Die ATC-Klassifikation wird von der WHO anerkannt und wurde sowohl von der Wettbewerbskommission unter anderem für das Zusammenschlussverfahren Pfizer Inc./Pharmacia Corp.<sup>9</sup> und Sanofi-Synthelabo/Aventis SA<sup>10</sup> als auch von der EU-Kommission angewandt.<sup>11</sup>

39. Grundsätzlich wird für die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes der 3. Stufe gefolgt. Hingegen kann es unter Umständen notwendig sein, bestimmte Gruppen zusammenzufassen. Dies wird insbesondere dann notwendig, wenn bestimmte Präparate verschiedener ATC-Klassen Substitute für die Behandlung bestimmter Krankheiten darstellen.<sup>12</sup>

40. Pharmion hat diverse Wirkstoffe als mögliche Substitute von Thalidomid zur Behandlung von multiple Myelome genannt, unter anderem auch Clofazimin mit dem ATC-Code J04BA01. Das Arzneimittel mit diesem Wirkstoff ist Lampren. Unter der Kategorie J04BA sind Arzneimittel gegen Lepra zu finden. Weder Herr Prof. FEI, Chefarzt der Abteilung Onkologie im Inselspital Bern noch Herr ZÜRCHER, stellvertretender Chefapotheker der Spitalapotheke Berner Oberland haben dieses Präparat als Arzneimittel zur Bekämpfung von multiplen Myelomen betrachtet. Zusätzlich ist auch kein Artikel in der Fachliteratur ([www.pubmed.gov](http://www.pubmed.gov)) zu finden, der den Wirkstoff zur Behandlung von multiplen Myelomen nennt. Daraus wird ersichtlich, dass der Wirkstoff Clofazimin nicht als Substitut für die Behandlung von multiplen Myelomen betrachtet werden kann.

41. Als weitere Wirkstoffe, die sich ausser Thalidomid zur Behandlung von multiplen Myelomen eignen, hat Pharmion die Wirkstoffe Melphalan, Dexamethason, Prednison, Vincristin, Adriamycin (Doxorubicin) und Bortezomib angegeben.<sup>13</sup>

42. Fraglich ist nun, ob die unter Fussnote 13 erwähnten Präparate verschiedener ATC-Klassen Substitute für die Behandlung von multiplen Myelomen darstellen. Auf Anfrage des Sekretariates haben Herr Prof. FEI sowie Herr ZÜRCHER (vgl. Rz. 40) erwidert, dass es sich bei den genannten Präparaten nicht um Medikamente handelt, die Thalidomid jeder Zeit ersetzen könnten. Vielmehr sei von Therapiealternativen zu sprechen. Es sei immer auch die individuelle Situation des Patienten, also beispielsweise Stadium der Krankheit, Alter, Geschlecht, Nierenfunktion, Vorgeschichte usw. zu berücksichtigen. Zudem sei es auch sehr wahrscheinlich, dass diese Präparate mit Thalidomid kombiniert würden.

43. Zwar wird aus den Ausführungen ersichtlich, dass diese Wirkstoffe in gewissen Stadien der Krankheit anstelle von Thalidomid oder mit Thalidomid zusammen eingesetzt werden. Sollte ein Arzt hingegen in einem bestimmten Stadium der Erkrankung Thalidomid als das adäquate Präparat zur Behandlung eines Patienten wählen, so sind für diesen Patienten die unter Randziffer 40 genannten Wirkstoffe nicht als Substitute zu betrachten. Zumal die Möglichkeit besteht, dass diese Arzneimittel auch oft in Kombination mit Thalidomid eingenommen werden. Daraus wird

ersichtlich, dass diese Arzneimittel nicht als Substitute von Thalidomid betrachtet werden können.

44. Die zurzeit durchgeführten klinischen Studien werden wohl abschliessend klären, in welchem Stadium und in welcher Dosis Thalidomid am wirksamsten verabreicht werden soll und welche anderen Arzneimittel als Substitute gelten können. Aufgrund der uns heute vorliegenden Erkenntnisse umfasst der sachlich relevante Markt das Arzneimittel Thalidomid zur Behandlung von multiplen Myelomen.

### **B.3.1.1b Räumlich relevanter Markt**

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

46. Durch das Sicherheitsprogramm PRMP erhält ein Patient Thalidomid nur, wenn alle notwendigen Sicherheitsvorkehrungen getroffen wurden. Insbesondere kann ein Patient das Arzneimittel nur beziehen, wenn der behandelnde Arzt, der Patient selbst sowie der Apotheker registriert sind. Die Voraussetzungen für die Bestellung sind aufgrund von PRMP für die ganze Schweiz gleich und der Preis ist in der Schweiz einheitlich, so dass von der Schweiz als räumlich relevantem Markt ausgegangen werden kann.

### **B.3.1.2 Marktstellung**

47. Ein Unternehmen kann sich auf dem relevanten Markt nur unabhängig verhalten, wenn es sich nicht genügender aktueller und/oder potenzieller Konkurrenz ausgesetzt sieht.

48. Der Wirkstoff Thalidomid zur Hemmung der Angiogenese und somit zur Behandlung von multiplen Myelomen ist patentgeschützt. Aufgrund des Lizenzvertrages, der zwischen Pharmion und Celgene geschlossen wurde (vgl. Rz. 13), ist Pharmion befugt, Thalidomid in der Schweiz zu vertreiben und zu verkaufen. Pharmion hat der Lipomed AG im Vertriebsvertrag vom 23. Juni 2004 das Vertriebsrecht in der Schweiz gewährt. Die erwähnten Verträge verschaffen sowohl Pharmion als Lizenznehmerin als auch der Lipomed AG aufgrund des exklusiven Vertriebsvertrages während der Vertragsdauer ausschliessliches Verkaufs- beziehungsweise Vertriebsrecht.

<sup>9</sup> RPW 2003/2, S. 314 ff.

<sup>10</sup> RPW 2004/3, S. 812 ff.

<sup>11</sup> Fall Nr. IV/M.737 - Ciba-Geigy/Sandoz vom 17. Juli 1996.

<sup>12</sup> RPW 2003/2, S. 317 Rz. 18.

<sup>13</sup> Das Arzneimittel mit dem Wirkstoff Melphalan ist Alkeran, mit dem ATC-Code L01AA03. Das Präparat zum Wirkstoff Dexamethason ist beispielsweise Fortecortin Tabletten mit dem ATC-Code H02AB02. Das Präparat zum Wirkstoff Prednison ist unter anderem Prednison Streuli mit dem ATC-Code H02AB07. Ein mögliches Arzneimittel des Wirkstoff Vincristin ist Oncovin mit dem ATC-Code L01CA02. Zum Wirkstoff Doxorubicin kann beispielsweise das Arzneimittel Adriblastin genannt werden mit dem ATC-Code L01DB01. Das Präparat zum Wirkstoff Bortezomib ist Velcade mit dem ATC-Code L01XX32.

49. Es kann aufgrund der uns vorliegenden Unterlagen nicht abschliessend beurteilt werden, ob in der nächsten Zeit ein Arzneimittel zur Behandlung oder Bekämpfung von multiplen Myelomen auf den Markt gelangt. Da jedoch, wie noch unter Randziffer 50 ff. aufgezeigt wird, kein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vorliegt, kann auf eine abschliessende Beurteilung verzichtet werden.

### **B.3.2 Unzulässige Verhaltensweisen**

50. Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG). Als solche Verhaltensweisen fallen insbesondere die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG) in Betracht.

51. Es stellt sich die Frage, ob CHF 16.- pro Kapsel als unangemessener Preis zu definieren sind.

52. Dass Myrin gleichzeitig mit Thalidomid für Patienten erhältlich war, obwohl der Wirkstoff Thalidomid zur Hemmung der Angiogenese patentrechtlich geschützt war, kann als einmalige Ausnahmesituation gewertet werden. Denn Generika kommen grundsätzlich erst nach Ablauf des Patentschutzes des Originalpräparates auf den Markt und sind 30% billiger als Originalpräparate (Art. 65 ff. KVV), falls die Präparate auf der Spezialitätenliste sind. Die geschilderte einmalige Situation hat denn überhaupt dazu geführt, dass sich ein Patient aufgrund des höheren Preises von Thalidomid beschwert hat.

53. Die Lipomed AG hat Myrin in den Jahren 2003 und 2004 bis zur Einstellung des Vertriebs für CHF 3.30 pro Tablette à 50 mg des Wirkstoffes Thalidomid verkauft. Heute verkauft sie das Arzneimittel Thalidomid à 50mg des Wirkstoffes Thalidomid zu demselben Preis wie Pharmion zuvor, nämlich für CHF 16.- pro Kapsel.

54. Für die Berechnung von unangemessenen Preisen stellt das Sekretariat im vorliegenden Fall auf zwei Methoden ab, die so genannte "relative Methode" (Benchmark) und die so genannte "absolute Methode" (Kostenanalyse).

55. Gemäss der relativen Methode kann die Unangemessenheit eines Preises bestimmt werden, in dem tatsächliche Bedingungen auf dem relevanten Markt mit den Bedingungen auf dem relevanten Markt bei wirksamem Wettbewerb ("als-ob Wettbewerb") verglichen werden. Des Weiteren könnte ein Vergleich mit dem Preis in einem anderen geografischen Markt mit funktionierendem Wettbewerb angestrebt werden. In jedem Fall kann jedoch nur vergleichbares miteinander verglichen werden.

56. Pharmion sind infolge des Lizenzvertrages, den sie mit Celgene geschlossen hat, hohe Kosten entstanden. Zudem versucht Pharmion in diversen Ländern ein Zulassungsgesuch für Thalidomid zur Hemmung der Angiogenese zu erwirken. Dadurch sind ihr zusätzliche administrative Kosten entstanden. Ausserdem sind ihr Kosten für zusätzliche klinischen Studien

sowie zusätzliche Forschungs- und Entwicklungskosten erwachsen. Zudem fallen noch die Kosten für das PRMP ins Gewicht (vgl. Tabelle 1). Die aufgezählten Kosten sind bei der Lipomed AG nicht angefallen. Daraus wird ersichtlich, dass Myrin und Thalidomid nicht miteinander verglichen werden können im Sinne eines "als-ob-Wettbewerbes", da Pharmion eine andere Kostenstruktur aufweist als die Lipomed AG. Somit ist die relative Methode im konkreten Fall nicht anwendbar.

57. Aufgrund der absoluten Methode kann ein unangemessener Preis berechnet werden, in dem man den Verkaufspreis mit den Produktionskosten in Verhältnis setzt.<sup>14</sup>

58. Pharmion ist ein international tätiges Unternehmen, das aufgrund des mit Celgene geschlossenen Lizenzvertrages befugt ist Thalidomidpräparate zu vertreiben und zu verkaufen (vgl. Rz. 13). Infolge dieses Vertrages ist Pharmion verpflichtet, ein Sicherheitssystem (PRMP) auszuarbeiten. Das PRMP wird in allen Ländern, wo Thalidomid durch Pharmion abgegeben wird, angeboten, so dass die Abgabe von Thalidomid beinahe weltweit durch Pharmion überwacht und kontrolliert wird. Daraus erwachsen jährlich neue Kosten.

59. Gleichzeitig wird Thalidomid aus Sicherheitsgründen durch Penn T Ltd. in einer eigens für die Herstellung dieses Medikamentes aufgebauten Produktionsstätte hergestellt. [...].

60. Des Weiteren hat Pharmion in diversen Ländern Zulassungsgesuche für Thalidomid zur Hemmung der Angiogenese bei den zuständigen Behörden eingereicht. Diese Zulassungsverfahren hatten zur Folge, dass Pharmion weitere klinischen Studien in Angriff genommen hat, deren Ergebnis noch nicht bekannt ist (vgl. Rz. 21). Thalidomid befindet sich daher faktisch in der klinischen Phase. In dieser Phase wird die Prüfung zuerst an gesunden Patienten durchgeführt. Danach wird die Dosisfindung an Patienten vorgenommen und schliesslich wird die Erprobung an Patienten in Angriff genommen.<sup>15</sup> In dieser Phase werden Medikamente grundsätzlich nicht an Patienten, die nicht an der klinischen Studie teilnehmen, abgegeben. Trotzdem hat sich Pharmion für die Abgabe von Thalidomid im Rahmen von Sonderbewilligungen gemäss Artikel 9 Absatz 4 HMG eingesetzt (vgl. Rz. 15).

61. Durch Anwendung der absoluten Methode könnte im jetzigen Zeitpunkt aufgezeigt werden, weshalb für Thalidomid durch die entstandenen Kosten ein höherer Preis als Myrin verlangt werden kann.

<sup>14</sup> EVELYNE CLERC, CR Concurrence, Art. 7 Rz. 199 f.

<sup>15</sup> Bis ein Medikament auf den Markt gelangt, vergehen Jahre. Grundsätzlich kann der Werdegang eines Medikamentes in 4 Phasen aufgeteilt werden. Diese Phasen umfassen die Forschung, die präklinische Phase, die klinische Phase und die Verkaufsphase (Pharma-Markt Schweiz, Ausgabe 2005, S. 55).

62. Im Rahmen einer Vorabklärung wäre eine vertiefte Kostenanalyse unter Anwendung der absoluten Methode jedoch kaum möglich und auch nicht verhältnismässig.

63. Pharmion hat dem Sekretariat eine Liste der Kosten zukommen lassen, die im Zusammenhang mit dem Lizenzvertrag und den Sicherheitsvorkehrungen um Thalidomid angefallen sind.

Tabelle 1: Bei Pharmion heute und künftig weltweit anfallende Kosten:

	<i>USD:</i>	<i>CHF:<sup>16</sup></i>
Lizenzvertrag: (Einmalige Kosten)	[...] Mio.	[...] Mio.
Lizenzgebühr pro Jahr	[...] Mio.	[...] Mio.
2 hängige klinische Studien	[...] Mio.	[...] Mio.
Sicherheitssystem PRMP	[...] Mio.	[...] Mio.
Versicherungskosten pro Jahr	[...] Mio.	[...] Mio.

Quelle: von Pharmion zur Verfügung gestellt

64. Diese Kostenelemente spiegeln nur partiell die bei Pharmion anfallenden Kosten wieder und erlauben die Feststellung, dass zumindest ein Teil des Preises von Thalidomid gerechtfertigt ist. Nachfolgend werden zusätzliche Faktoren aufgezeigt, die diese Aussage zusätzlich verstärken.

65. Pharmion hat 2004 einen [...] von CHF [...] erwirtschaftet.

Tabelle 2: Umsatz und [...] von Pharmion in der Schweiz:

	<i>CHF</i>
Erzielter Umsatz in der Schweiz 2004	[...]
[...] in der Schweiz 2004	[...]

Quelle: von Pharmion zur Verfügung gestellt

66. Des Weiteren hat Pharmion den Preis von Thalidomid seit Anfang an so festgesetzt, dass der Preis von Thalidomid [...].

67. Diesbezüglich ist anzumerken, dass die eidgenössische Arzneimittelkommission (EAK) eine Empfehlung an das Bundesamt für Gesundheitswesen macht, welche Arzneimittel in die SL aufgenommen werden sollen. Den definitiven Entscheid fällt das Bundesamt für Gesundheitswesen. Dabei wird auch der Höchstpreis gemäss Artikel 67 Absatz 1 Verordnung über die Krankenversicherung (KVV; SR 832.102) durch das Bundesamt für Gesundheitswesen festgelegt und nicht durch Pharmion. Pharmion trägt somit das Risiko,

dass der Höchstpreis von Thalidomid in der SL allenfalls zu einem anderen Preis festgelegt werden könnte.

68. Bei der Festlegung des Preises dürfte Pharmion wohl von der Aufnahme in die SL ausgegangen sein. Der Preis von CHF 16.- dürfte daher eher die Situation eines Medikamentes widerspiegeln, das sich auf der SL befindet und somit durch die Grundversicherung vergütet wird, als diejenige Situation eines Präparates mit dem Status eines Orphan Drugs, dessen Hersteller eine Monopolstellung innehat. Beide Situationen lassen sich wahrscheinlich nicht gleichzeitig realisieren. Ab dem Zeitpunkt der Zulassung von Thalidomid rechnet Pharmion wahrscheinlich mit einer höheren Nachfrage und somit mit höheren Einnahmen während der Dauer des Patentschutzes.

69. Gleichzeitig musste Pharmion bei der Festlegung des Preises auch das Zulassungsverfahren bei Swissmedic und der EMEA in Betracht ziehen. Zwar wird der Preis im Rahmen der Zulassung nicht einer ökonomischen Analyse unterzogen. Trotzdem müssen die Pharmaunternehmen bei diesem Verfahren Daten und anfallende Kosten aufzeigen, die den Preis rechtfertigen können.

70. So wie sich die Sachlage zurzeit präsentiert, müsste Pharmion gute Gründe vorbringen, die sie uns im Rahmen der Vorabklärung nicht vorgelegt hat, um vor der EAK mehr als CHF 16.- pro Kapsel zu verlangen. Der Preis von CHF 16.- könnte somit in naher Zukunft den administrierten Preis darstellen, der keinen Bezug zum Preis oder Markt von Myrin aufweist.

71. Ausserdem muss bedacht werden, dass ab Festlegung des Höchstpreises in der SL der Vorbehalt von Artikel 3 Absatz 1 KG zum Tragen kommt.

72. Zusammenfassend wird festgestellt, dass keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass Pharmion oder die Lipomed AG einen unangemessenen Preis im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c KG erzwingen.

**C SCHLUSSFOLGERUNGEN**

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

1. stellt fest, dass keine Indizien für den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vorliegen;
2. beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen.
3. teilt den Parteien die Einstellung der Vorabklärung mit.

<sup>16</sup> Wechselkurs vom 17. März 2006.

B 1.1	<b>4. Börsenpflicht der SWX</b>
-------	---------------------------------

*Unzulässige Verhaltensweise; Art. 7 KG*

*Pratique illicite; art. 7 LCart*

*Pratiche illecito; art. 7 LCart*

**Schlussbericht des Sekretariates der Weko vom 13. Juni 2006 in Sachen Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG betreffend Börsenpflicht der SWX wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Artikel 7 KG.**

## A SACHVERHALT

### a. Verfahren

1. Mit Schreiben vom 2. März 2005 wurde das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) gebeten, in einer Beratung gemäss Artikel 23 Absatz 2 KG zu bestätigen, dass die von der SWX Swiss Exchange AG (SWX AG) vorgeschriebene Börsenpflicht nicht gegen das Kartellrecht verstösst. Da die Beratung nicht vor Ablauf der Übergangsfrist abgeschlossen werden konnte, wurde am 30. März 2005 dem Sekretariat eine formelle Meldung eingereicht. Die Meldung betrifft einen bestehenden Sachverhalt, so dass diese als Meldung gemäss Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 zu qualifizieren ist.

2. Aufgrund erster Abklärungen ist die Wettbewerbskommission (Weko) zum Schluss gekommen, dass eine Verletzung von Artikel 7 KG durch die Börsenpflicht nicht ausgeschlossen werden könne. Die Börsenpflicht könnte insbesondere Marktteilnehmer in ungebührlicher Weise in ihrer Wahlfreiheit beschränken und zu einer Diskriminierung verschiedener Marktteilnehmer führen. Um den Sachverhalt genauer abzuklären,

wurde mit Schreiben vom 7. Juli 2005 eine Vorabklärung eröffnet.

3. Im Rahmen der Vorabklärung wurde die SWX sowie die BX Berne eXchange AG (BX) schriftlich befragt. Zudem fand am 27. Januar 2006 ein Treffen zwischen Vertretern der SWX und dem Sekretariat statt. Schliesslich wurden von Seiten des Sekretariates verschiedene telefonische Abklärungen mit der EBK und der EU durchgeführt.

### b. SWX AG

4. Die SWX AG entwickelt und betreibt Handelsplattformen für Aktien, Anleihen, traditionelle Anlagengelds, index-abhängige Fonds und nicht standardisierte Derivate. Sie ist Zulassungsstelle für auf der SWX-Plattform gehandelte Titel und betreibt die Börsenplattform SWX Swiss Exchange (SWX). Zudem hält sie 100% der Anteile an der virt-x Ltd (virt-x)<sup>1</sup> und 50% an der Eurex Zürich AG (Eurex)<sup>2</sup>. Die SWX AG untersteht schweizerischem Recht und wird von der Eidgenössischen Bankenkommision (EBK) überwacht.

5. Eigentümerin der SWX AG ist die SWX Group, eine Holdinggesellschaft ohne operative Tätigkeit. Diese wiederum ist im Besitze des Vereins SWX Swiss Exchange, welcher sich derzeit aus 55 Finanzinstituten, die selber wiederum Teilnehmer an der SWX sind, zusammensetzt. Die Vorstandsmitglieder des Vereins sitzen gleichzeitig im Verwaltungsrat der SWX Group. Zusätzlich zur SWX AG besitzt die SWX Group die EXFEED AG<sup>3</sup> sowie 33% an der STOXX Ltd.<sup>4</sup> Nachfolgende Darstellung gibt einen Überblick über die Organisationsstruktur der SWX-Gruppe:

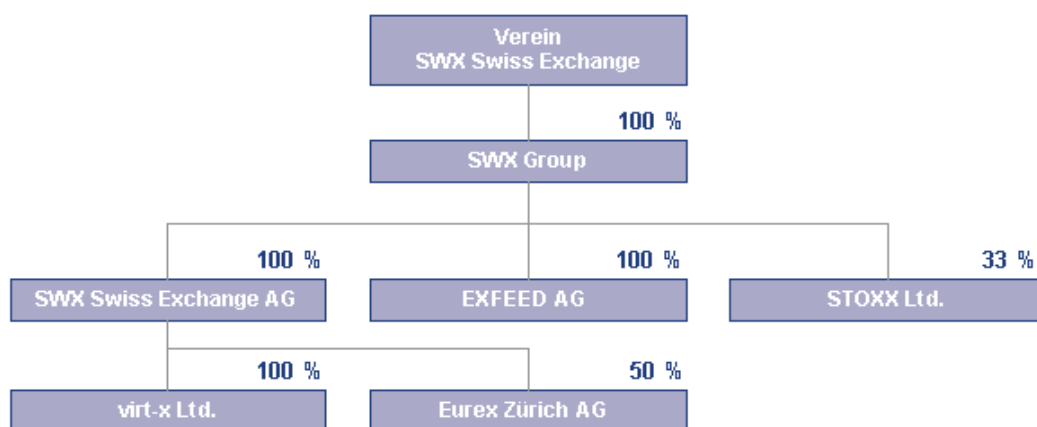


Abbildung 1: Organisationsstruktur der SWX-Gruppe

<sup>1</sup> virt-x Ltd. mit Sitz in London ist eine Börse nach britischem Recht und untersteht als solche nicht der Aufsicht durch die EBK.

<sup>2</sup> Eurex ist durch den Zusammenschluss der SOFFEX (Swiss Options and Financial Futures Exchange) und der DTB (Deutsche Terminbörse) entstanden und ist nach gehandeltem Volumen die heutige Nummer Eins im Handel von Optionen und Futures (standardisierte Derivate).

<sup>3</sup> EXFEED ist ein global tätiger Finanzinformationsanbieter für internationale Finanzrohdaten und ist für den Vertrieb der Marktdaten der beiden Börsen SWX Swiss Exchange und virt-x zuständig.

<sup>4</sup> Das Unternehmen STOXX Ltd. ist ein Joint Venture der SWX Group, Dow Jones & Company und Deutsche Börse und hat seinen Sitz in Zürich. STOXX Ltd. genießt weltweit eine hohe Akzeptanz als Indexprovider und hat sich in den vergangenen Jahren als führender Anbieter von Aktienindizes in Europa etabliert.

6. Auf der SWX-Plattform handeln rund 90 in- und ausländische Banken und Effekthändler als so genannte Teilnehmer börsennotierte in- und ausländische Wertpapiere. Das Verhältnis zwischen den Teilnehmern und der SWX wird unter anderem durch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der SWX AG (AGB SWX) geregelt. Die AGB SWX müssen gemäss Artikel 4 Absatz 2 BEHG (Bundesgesetz über die Börsen und den Effektenhandel) in Verbindung mit Artikel 13 BEHV (Verordnung über die Börsen und den Effektenhandel) durch die EBK bewilligt werden.

### c. *Börsenpflicht*

7. In Ziffer 4.41 der AGB SWX (Version: 22.04.2005) ist die so genannte Börsenpflicht festgehalten. Gemäss der Börsenpflicht sind die Teilnehmer verpflichtet, während der Handelszeit Kauf- und Verkaufsaufträge über die Börse (im sog. *Matcher*<sup>5</sup>) auszuführen, das heisst in die Auftragsbücher der SWX einzugeben, sofern nicht bestimmte Limiten überschritten werden. Nicht von der Börsenpflicht betroffene Transaktionen dürfen demzufolge auch ausserbörslich (*over the counter*; sog. *OTC-Geschäft*\*) ausgeführt werden. Die Börsenpflicht gilt gleichermassen für Kundengeschäfte wie für Eigengeschäfte (sog. *Nostrohandel*). Einzelheiten wurden in der Weisung 3 "Börsenpflicht" der SWX (Fassung vom 11.11.2005) geregelt.

8. Gemäss Ziffer 4.8 der AGB SWX in Verbindung mit Ziffer 2 der Weisung 3 dürfen jedoch Einzelaufträge oder Sammelaufträge<sup>6</sup> dann ausserbörslich ausgeführt werden, sofern sie folgende Limiten überschreiten:

- für Aktien ab einem Volumen von CHF 200'000.- (Kurswert)
- für Optionen ab einem Volumen von CHF 100'000.- (Kurswert)
- für Obligationen ab einem Volumen von 100'000.- (Nominalwert)
- und für Sammelaufträge ab einem Volumen von CHF 1 Mio. (Kurs- bzw. Nominalwert).

9. Aufträge für Bezugsrechte<sup>7</sup> fallen nicht unter die Börsenpflicht. Zudem dürfen während der Voreröffnung auch Aufträge unterhalb der oben genannten Limiten ausserbörslich ausgeführt werden, sofern der Kunde dies ausdrücklich verlangt. Ausserhalb der Handelszeiten besteht keine Börsenpflicht. Die SWX führte die Börsenpflicht bei Beginn des elektronischen Handels im Jahre 1996 ein.

10. Die BX als börsenähnliche Einrichtung verfügt ebenfalls über eine Börsenpflicht (vgl. Art. 6 Reglement über den Effektenhandel an der BX). Im Ausland sind zwei Tendenzen erkennbar: einerseits Länder wie Frankreich, Italien und Belgien, welche eine Börsenpflicht<sup>8</sup> kennen und andererseits Grossbritannien<sup>9</sup>, Deutschland und die USA, welche zwar die Börsenpflicht abgeschafft haben, demgegenüber aber die Bedingungen genau festgehalten haben, unter denen die Abwicklung von Kundenaufträgen dem Grundsatz der kundengünstigsten Ausführung von Aufträgen (*Best Execution*\*) entsprechen.

11. Ab 2007 wird die Börsenpflicht in der EU mit der Richtlinie 2004/39/EG (Markets in Financial Instruments Directive, MiFID) voraussichtlich abgeschafft. Die Richtlinie wurde im April 2004 verabschiedet. Die detaillierten Umsetzungsvorgaben wurden am 6. Februar 2006 veröffentlicht und sollen im April/Mai 2006 vom Europäischen Parlament verabschiedet werden. Ab 2007 soll die MiFID für alle Finanzinstitute innerhalb der EU gelten. Die MiFID setzt neue Standards für die Handelstransparenz, das *Clearing*\* und *Settlement*\* und führt neue Analyse- Beratungs- und Aufzeichnungspflichten ein. Der Wegfall der Börsenpflicht im Rahmen der MiFID setzte umfassende Neuregelungen voraus, namentlich betreffend der *Internalisierung*\* (*Systematic Internaliser*\*), der *Best Execution*\* und der *Vorhandelstransparenz* (*Pre-Trade-Transparency*\*). Die Auswirkungen dieser Umgestaltungen sind im Einzelnen noch nicht absehbar.

## B ERWÄGUNGEN

### B.1 *Geltungsbereich*

12. 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).

13. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). SWX ist als solches Unternehmen zu qualifizieren.

14. Die Prüfung der Marktbeherrschung des Unternehmens erfolgt unter Artikel 7 KG (Rz. 21 ff.). Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form der Ausübung von Marktmacht dar (vgl. RPW 2001/2, S. 268, Rz. 79; Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 80 f.; BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, Art. 2 Rz. 14). Wird nachstehend somit die marktbeherrschende Stellung bejaht, wird damit auch die Ausübung von Marktmacht festgestellt. Falls eine marktbeherrschende Stellung verneint werden sollte, ist die Prüfung der Marktmacht

<sup>5</sup> Im Börsenbereich werden häufig englische Ausdrücke gebraucht. Solche Ausdrücke werden nachfolgend im Text mit einem \* gekennzeichnet und im Glossar übersetzt und/oder erklärt.

<sup>6</sup> Ein Sammelauftrag besteht aus kumulierten Kauf- oder Verkaufsaufträgen, welche von einem Vermögensverwalter bzw. von einem Portfoliomanager eines Teilnehmers herrühren, der den Entscheid über den Kauf bzw. den Verkauf aufgrund von Verwaltungsaufträgen (Vollmachten) mehrerer Kunden trifft. Innerhalb eines Sammelauftrages dürfen nur Kauf- oder Verkaufsaufträge kumuliert werden (keine Kompensation). Sammelaufträge beziehen sich auf eine bestimmte Effekte; sog. *Portfolioaufträge* oder *Korbaufträge* sind keine Sammelaufträge. Unter *Portfolio-* oder *Korbaufträge* sind Aufträge in mehreren Effekten zu verstehen.

<sup>7</sup> Das Bezugsrecht ist das Recht eines Aktionärs auf den Bezug von neuen Aktien bei einer Kapitalerhöhung. Durch das Bezugsrecht soll das prozentuale Verhältnis des Aktionärs am gezeichneten Kapital (Grundkapital) der Aktiengesellschaft (AG) erhalten bleiben. Aktionäre, die nicht an der Kapitalerhöhung teilnehmen wollen, können ihre Bezugsrechte an der Börse verkaufen lassen.

<sup>8</sup> Im europäischen Raum wird die Börsenpflicht üblicherweise als "concentration rule" bezeichnet.

<sup>9</sup> Entsprechend gibt es an der *virt-x* keine Börsenpflicht.

obsolet, da in diesem Fall kein kartellrechtsrelevantes Verhalten im Sinne von Artikel 7 KG vorliegt.

## **B.2 Vorbehaltene Vorschriften**

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

16. Unter Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG werden in erster Linie generell-abstrakte Normen verstanden, die von einem verfassungsmässig legitimierten Gesetzgeber erlassen wurden und dem Referendum unterstehen (Gesetze im formellen Sinn; vgl. z.B. RENTSCH, *Deregulierung durch Wettbewerbsrecht*, Diss. Basel 2000, S. 173, S. 218; VOGEL, *Der Staat als Marktteilnehmer*, Zürcher Studien zum öffentlichen Recht, 2000, S. 187 f.), wobei sowohl Bundesrecht wie auch kantonales Recht in Frage kommt. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass im Einzelfall auch ein Gesetz im materiellen Sinn (z.B. Verordnungen) einen Vorbehalt nach Artikel 3 KG begründen kann, sofern dieses den Grundsätzen der Gesetzesdelegation entspricht. Gemäss Botschaft zum Kartellgesetz (Sonderdruck, 1994, S. 72 f.) ist allgemein darauf abzustellen, ob der Gesetzgeber beabsichtigte, den Wettbewerb für den fraglichen Wirtschaftsbereich gesamthaft auszuschalten.

17. Die Bestimmungen des SWX-Regelwerkes, wovon die Börsenpflicht Bestandteil ist, basieren kompetenzrechtlich auf Artikel 5 BEHG. Die Börsenpflicht der SWX wird in den AGB SWX für die Börsenteilnehmer (Effektenhändler) festgelegt und durch die EBK gemäss Artikel 4 BEHG in Verbindung mit Artikel 13 der Börsenverordnung überprüft. Die AGB SWX sind folglich Normen, welche aufgrund gesetzlicher Delegation von Privaten erlassen und von der EBK genehmigt wurden. Es stellt sich daher die Frage, ob den AGB SWX durch die Delegationsnorm oder durch die staatliche Genehmigung der Stellenwert einer Vorschrift gemäss Artikel 3 Absatz 1 KG zukommt.

18. Da die vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Artikel 3 KG restriktiv ausgelegt werden, müssen die Regelungen, welche dem Kartellgesetz vorgehen, ausdrücklich in der betroffenen gesetzlichen Vorschrift enthalten sein (CARRON, *Commentaire romand*, Art. 3 Abs. 1 Rz. 35). Das Börsengesetz enthält keine Norm, welche die SWX ausdrücklich zum Erlass einer Vorschrift wie der Börsenpflicht bevollmächtigt. Somit bleibt die Börsenpflicht eine von Privaten erlassene Vorschrift und fällt nicht unter den Vorbehalt von Artikel 3 Absatz 1 KG.

19. Ziffer 4 der AGB SWX wurde mit Schreiben vom 16. Dezember 1999 durch die EBK genehmigt und ist seit dem 1. Januar 2000 in Kraft. Private Erlasse können durch behördliche Genehmigung den Charakter einer staatlichen Regelung und somit einer vorbehal-

tenen Vorschrift nach Artikel 3 Absatz 1 KG zukommen. Dies hängt jedoch vom Inhalt und der Tragweite des Genehmigungsentscheides ab. Gemäss Artikel 13 Absatz 1 BEHV prüft die EBK bei der Genehmigung der AGB SWX nur, ob die Transparenz und die Gleichbehandlung für die Anleger sichergestellt und die Funktionsfähigkeit der Effektenmärkte gewährleistet werden. Die Genehmigung erstreckt sich somit nicht auf den Inhalt aller Normen der AGB SWX, so unter anderem auch nicht auf die Börsenpflicht. Insbesondere ist die Sicherstellung eines funktionsfähigen Wettbewerbs bei der Genehmigung der AGB SWX kein von der EBK zu überprüfendes Kriterium.

20. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass im vorliegenden Fall keine vorbehaltenen Vorschriften gemäss Artikel 3 Absatz 1 KG bestehen. Der Vorbehalt von Artikel 3 Absatz 1 KG wird von der SWX denn auch nicht geltend gemacht.

## **B.3 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen**

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

### **B.3.1 Marktbeherrschende Stellung**

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

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

#### **B.3.1.1 Relevanter Markt**

24. Die SWX geht in ihrer Meldung von einem Markt betreffend Handel mit Effekten wie Aktien, Investmentfonds, Obligationen etc. aus. Fraglich sei allenfalls, ob der Handel mit Effekten wie Blue Chips\*, das heisst Unternehmen mit den liquidesten und grösstkapitalisierten Aktien, ein eigener Markt bilde. In räumlicher Hinsicht sei der Markt europäisch abzugrenzen. Dies lasse sich - gemäss den Parteien - insbesondere dadurch belegen, dass ein Drittel der Teilnehmer an der SWX Effektenhändler mit Sitz im Ausland seien und der internationale Wettbewerb durch Druck seitens europäischer Börsen verstärkt werde. Anbieter in diesem Markt seien neben der SWX auch die anderen europäischen Börsen wie London Stock Exchange (LSE), Deutsche Börse, Euronext etc. Zudem gebe es in der Schweiz auch die BX sowie eine Vielzahl von Anbietern des OTC-Geschäfts\*.

25. Für die Marktabgrenzung kann zunächst von der traditionellen Zweiteilung im Kapitalmarktrecht ausgegangen werden. Im so genannten Primärmarkt suchen Unternehmen infolge Kapitalbedarf nach Investoren. Hierzu begeben sie Wertpapiere (Aktien,

Obligationen etc.) und verkaufen diese direkt oder via Finanzintermediäre (Emissionsgeschäft) an die Investoren. Die Gründe für einen Börsengang von Unternehmen sind vielfältig. Hauptsächlich dient er der günstigen Liquiditäts- und Kapitalbeschaffung, der Diversifikation in der Gesellschafterstruktur und der Steigerung des Bekanntheitsgrades. Im Sekundärmarkt werden die bereits ausgegebenen Wertpapiere gehandelt und zwar entweder direkt zwischen Verkäufern und Kaufinteressenten respektive über einen Intermediär (OTC-Geschäft\*) oder über die Börse.

26. Die im vorliegenden Fall gemeldete Klausel betrifft den Handel mit Wertpapieren und somit in erster Linie den Sekundärmarkt. Wie im Folgenden aber noch zu zeigen ist, kann der Markt nicht unabhängig von der Art des Wertpapiers respektive dessen Finanzierungszweck und Herkunft bestimmt werden. Deshalb wird vorerst auf den Primärmarkt eingegangen.

#### **a. Primärmarkt**

27. Der Emittent wird in der Regel nur dort seine Wertpapiere kotieren<sup>10</sup> lassen, wo er sich eine hohe Nachfrage respektive günstiges Eigen- oder Fremdkapital (je nach Wertpapier) verspricht. Der Sekundärmarkt ist nach dieser Auffassung somit Grundvoraussetzung für ein Emissionsgeschäft. Bei der Wahl der Börse wird ein Unternehmen entsprechend überlegen, wo die Liquidität für das kotierte Wertpapier am höchsten sein wird.

28. Der Primärmarkt unterscheidet sodann auch nach dem Unternehmen, welches ein Wertpapier emittiert. So lassen sich Aktien beispielsweise in blue chips\* und so genannten small und mid caps\* unterteilen. Bei den Letzteren handelt es sich grösstenteils um Aktien kleinerer oder mittlerer Unternehmen, die praktisch ausschliesslich an einer nationalen Börse gehandelt werden, währenddem Unternehmen, deren Aktien als blue chips\* gehandelt werden, infolge Börsenkaptalisierung und Bekanntheitsgrad die Möglichkeit haben, ihre Wertpapiere an einem beliebigen Ort handeln zu lassen (so sind bspw. die Aktien der UBS AG neben der SWX auch an den Börsen von New York und Tokyo kotiert, sog. "multiple listing"). Von dieser Möglichkeit können in der Regel nur solche Unternehmen Gebrauch machen, die im internationalen Geschäft fest verankert sind und über einen entsprechenden Ruf (Rating\*) verfügen. Diese Unterscheidung gilt im Übrigen nicht nur für die Aktien, sondern auch für die übrigen Wertpapiere, die sich entweder von einem Basiswert ableiten lassen (Derivate) oder eine Schuldanerkennung des Unternehmens zum Gegenstand haben (Anleiheobligationen, Schuldverschreibungen etc.).

29. Was den Primärmarkt betrifft, kann somit einerseits ein Markt für die Kotierung grosser Unternehmen (blue chips\* oder für die SWX SMI-Titel\*), welche Zugang zu internationalen Börsen haben, und andererseits ein Markt für kleine und mittlere Unternehmen, welche aufgrund ihres geringen Bekanntheitsgrades im Ausland nur Zugang zu nationalen Börsen haben, definiert werden. Da die SWX primär eine nationale Börse ist und - wie im Folgenden noch zu

zeigen ist (vgl. Rz. 40 ff.) - die Börsenpflicht insbesondere für Wertpapiere kleiner und mittlerer Unternehmen zur Anwendung kommt, wird im Folgenden der Markt für die Emission von Wertpapieren kleiner und mittlerer Unternehmen analysiert.

#### **b. Sekundärmarkt**

30. Aus der Sicht des Anlegers ist beim Kauf eines Wertpapiers die Liquidität eines Titels ein wichtiger Faktor. Was die Liquidität eines Titels anbelangt, ist zwischen dem Handel an der Börse und dem Freihandel zu unterscheiden. Während nicht börsenkotierte Wertpapiere nur im Freihandel erhältlich sind, können börsenkotierte Wertpapiere sowohl an der Börse, wie im Freihandel gehandelt werden oder auch von den grossen Vermögensverwalter internalisiert werden. Der Handel über die Börse verschafft allerdings dem Anleger die Gewissheit, dass die erworbenen Papiere einst auch wieder über die Börse in Kapital umgewandelt werden können. Je höher zudem die Liquidität eines börsenkotierten Titels ist (d.h. je grösser das Handelsvolumen), desto kleiner wird in der Regel die Differenz zwischen Verkauf- und Kaufangebot (Spread\*). Käufer und Verkäufer suchen sich deshalb ihre Vertragspartner in der Regel über die Börse, da diese durch die öffentliche Kursstellung und den hohen Handelsvolumen zur Transparenz und zu vorteilhaften Preisen im Wertpapierhandel wesentlich beiträgt.

31. Ein weiterer wichtiger Faktor für die Anleger ist die Informationsbeschaffung. Investoren fragen Wertpapiere nur dort nach, wo sie auch über die entsprechenden Informationen über das Unternehmen selber sowie über die Wirtschaftslage in der entsprechenden Branche und Region verfügen, um damit das Risiko der Investition analysieren zu können (sog. "Home Bias"). Dies kann zwar sowohl bei börsenkotierten wie auch bei nicht börsenkotierten Wertpapieren der Fall sein, führt aber bei Letzteren zu einem dermassen hohen Analysenaufwand (der meist mangels Transparenz der entsprechenden Unternehmensdaten praktisch unmöglich ist), dass sich solche Werte eher nicht als reine Kapitalanlage anbieten. Für die Bestimmung des relevanten Marktes ist deshalb in erster Linie zwischen dem Handel von börsenkotierten und dem Handel von nicht börsenkotierten Wertpapieren zu unterscheiden. Diese Unterscheidung ist nicht zuletzt auch darum wichtig, weil internationale Ratings\* beispielsweise von Standard & Poor oder Moody's prinzipiell nur bei börsenkotierten Unternehmen erfolgen.

32. Es ist zudem fraglich, ob einerseits der internationale Handel und andererseits der OTC-Handel oder die Internalisierung von börsenkotierten Wertpapieren für nicht-institutionelle Anleger als Alternative zum Handel über die Börse in Frage kommt. Diesbezüglich ist anzunehmen, dass institutionelle Anleger Zugang zum internationalen Handel, sowie zum

<sup>10</sup> Die Kotierung von Effekten ist die Zulassung letzterer an einer Börse. Die Kotierung einer Gesellschaft bzw. ihrer Effekte verläuft je nach Wertpapier und Transaktionsart unterschiedlich.

nicht börslichen Handel von börsenkotierten Wertpapieren haben, währenddem kleine Anleger aufgrund der höheren Liquidität und der Informationsbeschaffung vor allem über die Börse handeln. Insbesondere für den Erwerb von Titeln von kleinen und mittleren Unternehmen sind sie dabei auf die Börse angewiesen. Im Folgenden wird deshalb der Fokus auf die nicht institutionellen Anleger gelegt.

33. Schliesslich könnte sich auch eine Unterscheidung nach dem Zweck der Finanzierung (Fremd- oder Eigenfinanzierung) und nach der Herkunft des "Schuldners" ergeben. Bei ersteren wählt der Anleger zwischen Aktien (mit entsprechenden Rechten und Pflichten als Aktionär) respektive wandelbaren Wertpapieren (obligatorischer Anspruch mit Wandelmöglichkeit) und Wertpapieren, welche lediglich einen obligatorischen Rückzahlungsanspruch verbriefen (Obligationen, Schuldverschreibungen etc.), aus. Diese Unterscheidung ist auch für den Emittenten wichtig, da er je nach Art des Wertpapiers sein Eigen- oder das Fremdkapital aufstockt. Im vorliegenden Fall betrifft der Börsenzwang sowohl Aktien wie auch Optionen und Obligationen. Auf eine weitere Unterteilung kann deshalb an dieser Stelle verzichtet werden.

34. Zusammenfassend kann deshalb im vorliegenden Fall von einem Markt für den Handel börsenkotierter Wertpapiere von kleinen und mittleren schweizerischen Unternehmen ausgegangen werden.

35. Die Emission von und der Handel mit Wertpapieren von Schweizer Unternehmen ist nach Ansicht des Sekretariats - mit Ausnahme der SMI-Titel\* - nach wie vor national ausgerichtet. Dementsprechend werden diese Wertpapiere von den Emittenten vorwiegend an nationalen Handelsplätzen kotiert und dort von den Investoren nachgefragt.<sup>11</sup> Der Markt ist also räumlich auf die Schweiz zu beschränken. Eine weitergehende Unterteilung (in sachlicher oder räumlicher Hinsicht) scheint für den vorliegenden Fall nicht relevant zu sein. Diese Marktdefinition wurde auch von der SWX selber im Zusammenhang mit einer früheren Eingabe vorgebracht.

### **B.3.1.2 Marktstellung**

36. Die konkrete Berechnung der Marktanteile der SWX für die Schweiz wäre mit einem relativ hohen Aufwand verbunden. Die gelieferten Angaben zum Handelsvolumen sind nicht oder nur ungenügend nach Ausland/Inland Volumen aufgeschlüsselt. Insbesondere müssten aufgrund der Markttabgrenzung die Volumina, welche über SMI-Titel generiert wurden, separat aufgelistet werden. Zudem ist es für Wertchriften wie Anlagefonds und Derivate - im Gegensatz zu Aktien und Obligationen - nicht einfach herauszufinden, ob sie dem Schweizer Markt zugewiesen werden können. Letztlich kann die Berechnung der Marktanteile aber in diesem Stadium offengelassen werden, da sich die starke Marktstellung der SWX bereits aus folgenden Gründen ergibt.

37. Die SWX ist die fünftgrösste Börse Europas. Im Jahr 2004 konnten gesamthaft folgende Handelsvolumen beziehungsweise Transaktionen und Umsatz erzielt werden:

Volumen	Transaktionen	Umsatz in Mio CHF
230'444'813'928	4'545'798	318'073

Tabelle 1: Transaktionsdaten für das Jahr 2004

38. Neben der SWX ist auf dem Schweizer Markt nur noch die BX als Börse tätig.<sup>12</sup> Im Jahre 2004 wies die BX ein Handelsvolumen von CHF 334'642'000.- aus. Die BX ist als börsenähnliche Einrichtung von der EBK bewilligt und bezweckt als regionale Börse die Förderung eines regelmässigen Handels von Effekten auf dem Platze Bern. Dabei geht der Berner Börsenverein vorwiegend auf die Bedürfnisse des regionalen Finanzplatzes ein. Die BX definiert sich auf ihrer Homepage für viele kleinere und mittlere Gesellschaften als Vorstufe zur Schweizer Börse (SWX). Für Emittenten, die schweizweit aktiv sind und/oder nicht von der Region Bern kommen, stellt entsprechend die Kotierung an der BX keine wirkliche Alternative zur SWX dar.

39. Es kann somit festgehalten werden, dass für Investoren auf dem Schweizer Markt keine oder nur begrenzte Alternativen zur SWX bestehen. Es bestehen somit starke Indizien, dass die SWX eine marktbeherrschende Stellung auf dem Schweizer Markt für den Handel börsenkotierter Wertpapiere von schweizerischen Unternehmen (mit Ausnahme der SMI-Titel) inne hat.

### **B.3.2 Unzulässige Verhaltensweisen**

40. Gemäss Artikel 7 Absatz 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 Artikel 7 Absatz 2 KG werden solche Verhaltensweisen exemplarisch aufgezählt.

41. Als missbräuchlich im vorliegenden Fall kann die vertragliche Verpflichtung gegenüber den Effekthändlern gesehen werden, bestimmte Volumina von an der SWX kotierten Wertpapieren in das Auftragsbuch der SWX eintragen zu müssen. Gegenüber den Effekthändlern respektive den Investoren wird dabei die freie Auswahl, börslich oder ausserbörslich zu handeln, eingeschränkt. Als börslicher Handel gelten die Abschlüsse in Effekten, die während der Eröffnung oder des laufenden Handels im Matcher\* zustande kommen. Alle übrigen Abschlüsse sind ausserbörsliche Abschlüsse (vgl. Ziff. 4.6 AGB SWX). Im Rah-

<sup>11</sup> Interessant in diesem Zusammenhang ist der kürzlich gefallene Entscheid von Nestlé, ihre Aktien an den ausländischen Börsen zu dekotieren und den Handel in der Schweiz zu konzentrieren.

<sup>12</sup> Neben der BX wird auch die International Capital Market Association (ICMA) von der EBK bewilligt. Die ICMA ist der 1969 gegründete Dachverband der am Euro-Bond(-Markt) tätigen Institutionen und Händler mit Sitz in Zürich. Mehr als 900 führende Banken und Investmenthäuser sind Mitglied der ICMA (Stand '95). Hauptaufgabe der ICMA ist die Erstellung von Usancen für die Regulierung von Euromarkt-Geschäften. Bei der ISMA handelt es sich entsprechend mehr um ein "reporting system" als um eine Börse.



men des ausserbörslichen Handels können die Teilnehmer - neben dem Handel unter sich (OTC-Geschäfte\*) (vgl. Rz. 7) - auch in-house Abschlüsse tätigen (Internalisierung\*). Da der Börsenzwang zudem nur für bestimmte Volumina gilt (dies entspricht dem sog. "Retailgeschäft" an der Börse), stellt sich die Frage, ob nicht eine Diskriminierung der kleineren Investoren, welche damit gegenüber den institutionellen Anlegern ungleich lange Spiesse haben, vorliegt.

42. Dies zeigt auch Tabelle 2, welche den durchschnittlichen Anteil des der Börsenpflicht unterstehenden Handelsvolumens am gesamten Handelsvolumen pro Produktsegment für das Jahr 2004 aufzeichnet. Der gesamthaft gesehen kleine Anteil des Handelsvolumens (27%), welcher der Börsenpflicht unterstellt ist, ist darauf zurückzuführen, dass ein grosser Anteil des Handelsvolumens nicht von kleinen, sondern von institutionellen Anlegern getätigt wird. Diese unterstehen aufgrund ihrer grossen Handelsvolumen meistens nicht der Börsenpflicht. Wie aus Tabelle 2 ersichtlich ist, wirkt die Börsenpflicht aber gerade bei den mittleren und kleinen Aktien (67% werden über die Börse gehandelt), welche gerade von kleinen Investoren gehandelt werden.

Produktsegment	Börsenpflicht unterstellt
CHF Bonds*	[0%-10%]
Mid & Small Caps*	[60%-80%]
International equities*	[60%-70%]
Exchange traded funds (ETF)*	[0%-10%]
Investment Funds*	[40%-50%]
Warrants*	[50%-60%]
Structured Products*	[10%-20%]
Total	[20%-30%]

Tabelle 2: Durch Anteil des der Börsenpflicht unterstehenden Handelsvolumens am gesamten Handelsvolumen nach Produktsegment

43. Die SWX macht für das Bestehen der Börsenpflicht verschiedene sachliche Rechtfertigungsgründe geltend:

- Die Börsenpflicht führe zu größerer **Transparenz**, da alle Angebote jederzeit ersichtlich sind. Die Sicherstellung gewisser Standards sei insbesondere für die kleineren Investoren wichtig.
- Die durch die Börsenpflicht geschaffene Transparenz mache den Nachweis der Erfüllung der **Sorgfaltspflicht (Best-Execution\*)**, das heisst der gemäss Artikel 11 Buchstabe b BEHG bestmöglichen Erfüllung, einfach und kostengünstig.

- Die Börsenpflicht erhöhe die **Liquidität** der an der SWX gehandelten Titel. Dadurch, daß Aufträge bis zu einer bestimmten Grösse in die Auftragsbücher der SWX eingegeben werden müssen, würden grössere Volumina erreicht. Dadurch verringere sich auch der Spread\* zwischen Angebots- und Nachfragepreis.

- Die Börsenpflicht bewirke **Skalenerträge**.

Im Folgenden werden diese Gründe vertieft umschrieben und analysiert.

### B.3.2.3 Informations-, Sorgfalts- und Treuepflicht

44. Artikel 11 BEHG schreibt als Verhaltensrichtlinien der Effektenhändler die Beachtung von Informations-, Sorgfalts- und Treuepflichten vor. Die Anforderungen in Artikel 11 BEHG stellen eigentlich die kodifizierte, aus dem Auftragsrecht bekannte Rechtsprechung dar. Die Verhaltensregeln der SBVg für Effektenhändler bei der Durchführung des Effektenhandelsgeschäftes vom 22. Januar 1997 konkretisieren die in Artikel 11 BEHG im Grundsatz geregelte Informations-, Sorgfalts- und Treuepflicht.

#### B.3.2.3.1 Informationspflicht

45. Die Informationspflichten des Effektenhändlers werden in Ziffer B der Verhaltensregeln für Effektenhändler der Schweizerischen Bankiervereinigung vom 22. Januar 1997 (Verhaltensregeln für Effektenhändler SBVg) konkretisiert. Korrelat der Informations- und Sorgfaltspflicht ist das Einhalten von gewissen Transparenzregeln. Es gilt zwischen der Nachhandelstransparenz (Post-Trade-Transparency\*) und der Vorhandelstransparenz zu unterscheiden.

46. Die Nachhandelstransparenz wird in der Schweiz insbesondere durch die Meldepflicht<sup>13</sup> sichergestellt. Diese besteht gemäss der Weisung 10 der SWX nicht nur für börsliche, sondern auch für ausserbörsliche Transaktionen. Im Gegensatz dazu basiert die Vorhandelstransparenz heutzutage auf der Börsenpflicht und gilt entsprechend nur im Bereich des börslichen Handels.

47. Die Vorhandelstransparenz wird durch die Publikation von Preisinformationen (getätigte Abschlüsse, besten Geld- und Briefkurse mit kumulierter Menge, kumulierte Volumen des Tages sowie Börsenperiode) im Auftragsbuch der SWX sichergestellt. Im Falle eines Wegfalls der Börsenpflicht könnten gemäss der SWX keine repräsentative respektive marktgerechte Informationen im Auftragsbuch der SWX mehr präsentiert werden. Dies wäre insbesondere für die kleineren Investoren problematisch, da sich diese die nötigen Informationen selber beschaffen müssten, was sich als zeit- und kostenintensiv erweisen könnte. Zudem würde dies wiederum den Nachweis der Sorgfaltspflicht erschweren, da es für illiquide Effekten allenfalls keinen Marktkurs mehr gäbe. Dem kann allerdings entgegengesetzt werden, dass bereits heute

<sup>13</sup> Der Zweck der Meldepflicht besteht in der Sicherstellung des Nachvollzuges eines getätigten Effektenhandelsgeschäftes.

aufgrund der Ausnahmen zur Börsenpflicht grössere Geschäfte ausserhalb der Börse gehandelt werden können (vgl. Tabelle 2) und somit die Marktinformationen beziehungsweise die Vorhandelstransparenz in dieser Hinsicht unvollständig sind.

48. Gemäss der SWX müssten somit im Falle der Aufhebung der Börsenpflicht ähnliche regulatorische Korrekturen wie in der MiFID eingeführt werden (insbesondere sehen Art. 22 und 27 MiFID verschiedene Publikationspflichten für systematische Internalisierer\* vor).<sup>14</sup> Die Auswirkungen eines Systemwechsels von einem auf der Börsenpflicht beruhenden System zu einem System, welches auf mehr Vorhandelstransparenz basiert, ist schwierig einzuschätzen. Gemäss der SWX hätte die Einführung eines solchen Systems vor allem zwei Nachteile: Zum einen könnten die Effektenhändler beziehungsweise die grossen institutionellen Anleger davon abgehalten werden, grosse Summen für die Analyse der Titel aufzuwenden, in welche sie investieren, da andere Anleger gratis von ihren Untersuchungen profitieren können, indem sie die Signale der öffentlich gemachten Orders interpretieren. Zum anderen könnten die Intermediäre zögern, die Orders ihrer Kunden anzuzeigen oder den gesamten Markt von Kursbestimmungen profitieren zu lassen, die sie ihren Stammkunden anbieten.

49. In der EU ist die Aufhebung der Börsenpflicht und die Ausdehnung der vor- und nach-börslichen Transparenzvorschriften im Rahmen der Einführung der MiFID heftig umstritten. Auch wurde in Artikel 65 Absatz 2 MiFID vorgesehen, dass die Kommission drei Jahre nach Inkrafttreten der Richtlinie dem Europäischen Parlament und dem Rat einen Bericht über die Anwendung von Artikel 27 MiFID vorlegt.

#### **B.3.2.3.2 Sorgfalts- und Treuepflicht (Best-Execution\*)**

50. Die Pflicht zur bestmöglichen Ausführung eines Auftrages ergibt sich in der Schweiz im Verhältnis zum Kunden schon aus dem Auftragsverhältnis (vgl. Art. 389 OR). Des Weiteren ist diese Pflicht als Sorgfaltspflicht des Effektenhändlers in Artikel 5 der Verhaltensregeln für Effektenhändler SBVg statuiert. Dieser Sorgfaltspflicht genügt dem Effektenhändler gemäss Ziffer 15 der Kommentierung dieser Verhaltensregeln dann, wenn er den Auftrag über die lokale Börse, an welcher er üblicherweise seine Transaktionen ausführen lässt, oder die Heimatbörse der betreffenden Effekte oder über einen anderen Markt mit entsprechender Liquidität abwickelt. Voraussetzung ist jeweils, dass der Kunde keine anders lautende Weisung erteilt hat.

51. Gemäss der SWX bildet das in Artikel 11 BEHG geschützte Kundeninteresse eine gesetzliche Schranke der Börsenpflicht. Die durch die Börsenpflicht geschaffene Transparenz mache den Nachweis der Erfüllung der Sorgfaltspflicht einfach und kostengünstig. Es ist unbestritten, dass der Grundsatz der Best Execution\* vom Gesetzgeber vorgeschrieben ist und vom Effektenhändler erfüllt werden muss. Auch unbestritten ist, dass der Handel über die Börse eine mögliche Lösung darstellt, um diese Sorgfaltspflicht nachzuwei-

sen. Es stellt sich aber die Frage, ob eine Börsenpflicht zur Erfüllung dieses Grundsatzes notwendig ist oder ob allenfalls weniger weit gehende Alternativen in Frage kommen können.

52. Vorab gilt es festzuhalten, dass der Nachweis der bestmöglichen Ausführung eines Auftrages dem Effektenhändler und nicht der SWX selbst obliegt. Es ist deshalb fraglich, weshalb die Börsenpflicht in einem Regelwerk der Börse festgehalten wird. Grundsätzlich sollte jeder Effektenhändler selber entscheiden können, wie er die Best Execution\* seines Auftrages nachweisen will. Es ist davon auszugehen, dass aufgrund der in Ziffer 15 der Kommentierung der Verhaltensregeln statuierten Vermutung (vgl. Rz. 50) die meisten Effektenhändler auch ohne explizite Börsenpflicht ihre Geschäfte über die Börse abwickeln würden. Entsprechend ist die Notwendigkeit einer schriftlichen und sanktionierbaren<sup>15</sup> Verpflichtung in den AGB SWX fraglich.

53. Des Weiteren stellt sich die Frage, ob der Nachweis der Best Execution\* nicht auch mittels anderen - wettbewerbsneutraleren - Massnahmen sichergestellt werden kann. Die Erfahrungen aus dem Ausland zeigen zumindest, dass Alternativen vorliegen. So wird die Börsenpflicht in der EU - wie bereits erklärt (vgl. Rz. 11) - mit dem Inkrafttreten der MiFID voraussichtlich ab 2007 abgeschafft. Als Korrelat zur Abschaffung der Börsenpflicht wurden in der MiFID Informations-, Nachweis-, Überwachungs- und Transparenzpflichten (vgl. Art. 21 MiFID) sowie eine Pflicht zur Publikation der Kundenlimitaufträge<sup>16</sup> (vgl. Art. 22 Abs. 2 MiFID) eingeführt. Diese Regeln schaffen das notwendige Korrektiv zur Abschaffung der Börsenpflicht. Ähnliche Grundsätze gelten bereits seit Jahren in Grossbritannien (vgl. "Conduct of Business" COB 7.5). Gemäss dem COB muss ein Effektenhändler zusammengefasst die Aufträge seiner Kunden zu einem Kurs ausführen, der mindestens so gut ist wie der beste, dem Kunden für eine Transaktion gleicher Art und Grösse zum Zeitpunkt der Auftragsübermittlung zugängliche Kurs. Daher muss der Intermediär zu genügend Märkten oder Liquiditätsquellen Zugang haben, um die Kursangebote effektiv vergleichen zu können. Schliesslich zeigt auch das in den USA geltende System

<sup>14</sup> Gemäss den Vorschriften der Richtlinie 2004/39/EG müssen systematische Internalisierer verbindliche Kursofferten für die an einem geregelten Markt gehandelten Aktien veröffentlichen, wenn sie für diese Aktien eine systematische Internalisierung betreiben und es für diese Aktien einen liquiden Markt gibt. Systematische Internalisierer müssen ihre Kursofferten überdies "regelmässig und kontinuierlich während der üblichen Handelszeiten" veröffentlichen. Für Aktien, für die kein liquider Markt besteht, müssen systematische Internalisierer ihren Kunden auf Anfrage Quotierungen anbieten.

<sup>15</sup> Eine Missachtung der Börsenpflicht ist eine Widerhandlung gegen die Bestimmungen von Ziff. 4.8 AGB SWX der Weisung 3 SWX. Aufgrund der Verletzung solcher Erlasse kann die SWX Disziplinar-massnahmen verhängen. Mögliche Disziplinar-massnahmen sind Verwarnung, Busse bis CHF 10 Mio, Suspendierung und Ausschluss (vgl. Ziff. 1.26 Abs. 1 Bst. a-f AGB SWX).

<sup>16</sup> Da kein zentrales, die einzelnen Handelsplätze übergreifendes Informationssystem vorhanden ist, ist die Beschaffung und Aufbereitung der Echtzeitinformationen betreffend Angebot und Nachfrage an verschiedenen Handelsplätzen notwendig.

eine mögliche Alternative zur Börsenpflicht auf. Dort ermöglicht die Führung eines zentralen, die einzelnen Handelsplätzen übergreifendes Informationssystem (National Market System, "NMS"), die notwendige Transparenz für den Nachweis der Sorgfaltspflicht.

54. Da die Börsenpflicht in der Schweiz nicht absolut gilt (vgl. Rz. 8 und 9), sieht auch das schweizerische Regelwerk Grundsätze vor, welche im Falle von Geschäften in Effekten, die ausserbörslich gehandelt werden, zum Nachweis der Best Execution\* eingehalten werden müssen. Gemäss Ziffer 14 der Kommentierung der Verhaltensregeln für Effekthändler SBVG müssen solche Geschäfte zu einem Kurs ausgeführt werden, der sich am Marktkurs orientiert. Allfällige Zu- oder Abschläge zum aktuellen Marktkurs sind dem Kunden gegenüber offenzulegen. Schliesslich ist der Nachweis der Best Execution\* immer gegeben, wenn eine bestimmte Transaktion mit dem Kunden individuell vereinbart wurde.

55. Zusammenfassend sind somit Alternativen zur Börsenpflicht für den Nachweis der Best Execution\* vorhanden. Da diese vor allem auf Informations- und Transparenzregeln beruhen, scheinen sie a priori wettbewerbsneutraler zu sein. Die Frage, ob diese Alternativen im Hinblick auf den Funktions- und Anlegerschutz gleichwertig zur Lösung der Börsenpflicht sind, kann vorliegend allerdings nicht beantwortet werden. Die Beantwortung dieser Frage liegt auch nicht in der Kompetenz der Wettbewerbsbehörden, sondern in der Kompetenz der Eidgenössischen Bankkommission (vgl. Art. 1 BEHG). Auch ist der Kostenaufwand eines Systems ohne Börsenpflicht für kleinere und mittlere Wertpapierhandelsfirmen fraglich. Gemäss der SWX würde ein solches System einen Ausbau der *compliance* und *internal systems&controls (staff, audit, risk assesment, IT etc.)* bedeuten und somit erhebliche Mehrkosten mit sich bringen.

### B.3.2.3 Liquidität

56. Der Handel über eine Handelsplattform generiert bedeutende Netzwerkeffekte. Durch zunehmende Handelsaktivitäten (mehr Teilnehmer, grösseres Transaktionsvolumen) wird eine höhere Marktliquidität erreicht, welche die Basisvolatilität der erwarteten Marktpreise reduziert, wovon alle Teilnehmer profitieren (vgl. N. Economides, "The economics of Networks", in: International Journal of Industrial Organization, 1996, Vol. 14, No. 2. S. 7). Eine grosse Liquidität und die damit verbundene Möglichkeit, Effekten jederzeit ohne Illiquiditätsabschlag veräussern zu können, fördert das Vertrauen in den Kapitalmarkt und vereinfacht dadurch auch den Zugang zu diesem. Denn einerseits ermutigt eine grosse Liquidität vor allem kleinere Anleger zu Investitionen in an der SWX gehandelte Effekten. Dies wiederum kann Emittenten zum Gang an die Börse bewegen. All dies senkt die Kosten der Kapitalbeschaffung für Unternehmen.

57. Die SWX befürchtet, dass im Falle der Aufhebung der Börsenpflicht die nötige Liquidität für kleinere Titel nicht mehr sichergestellt werden könnte. Aufgrund der oben erwähnten Netzwerkeffekte ist aber davon auszugehen, dass auch ohne Börsenpflicht ein

Anreiz besteht, an der Börse zu handeln. Zum einen haben Anleger einen Anreiz, ihre börsenkotierten Papiere über die Börse zu handeln, da sie somit die Gewissheit haben, dass die erworbenen Papiere einst auch wieder über die Börse in Kapital umgewandelt werden können. Zum anderen untersteht der ausserbörsliche Handel im Gegensatz zum Börsenhandel keinen Transparenzregeln, was das Risiko für den Investor erheblich erhöht. Es ist somit nicht davon auszugehen, dass der Wegfall der Börsenpflicht dazu führen würde, dass sämtliche kleinen und mittleren Anleger ausserhalb der Börse handeln würden. Möglich ist, dass im Falle der Aufhebung der Börsenpflicht die grossen Intermediäre, wie Banken, ihren Handel vermehrt internalisieren. Im Endeffekt ist aber zu vermuten, dass sich der Markt von selbst wieder organisieren und die Liquidität aufgrund der Preisbildungsregeln auch in einem Markt ohne Börsenpflicht gewährleistet bleiben würde.

### B.3.2.4 Skalenerträge

58. Die SWX macht schliesslich geltend, infolge des durch die Börsenpflicht bewirkten Volumens würden auch Skalenerträge bei den Börsenteilnehmern ermöglicht. Demgegenüber wären ohne Börsenpflicht die Volumen und damit auch die erzielbaren Skalenerträge geringer. In diesem Zusammenhang sei auch zu bedenken, dass 60% des Volumens der an der SWX gehandelten Effekten durch die fünf grössten Effekthändler generiert werden. Würden diese fünf wichtigsten Teilnehmer ihren Handel internalisieren, würde der Aufwand der anderen Teilnehmer markant grösser. Damit würden die Wettbewerbschancen dieser kleineren Teilnehmer gegenüber den grossen Teilnehmern erheblich verschlechtert. Eine Internalisierung des Handels mit SWX-Titeln würde damit vor allem die Wettbewerbschancen kleiner Institute gegenüber grossen Instituten verschlechtern.

59. Es trifft zwar zu, dass grössere Volumen theoretisch Skalenerträge ermöglichen. Wie sich im konkreten Fall mögliche Skalenerträge auf die Preise auswirken würden, gibt die SWX allerdings nicht an. Wie bereits oben erwähnt wurde (vgl. Rz. 52 sowie Rz.57), ist fraglich, ob aufgrund der Aufhebung der Börsenpflicht viele Geschäfte ausserbörslich gehandelt würden. Zudem ist nochmals zu erwähnen, dass die Börsenpflicht nicht absolut gilt. So dürfen die Banken bereits heute ihre Kunden- und Eigengeschäfte auch ausserhalb der Börse tätigen. Sie können sogar Volumen bündeln und den Handel internalisieren. Somit sind bereits jetzt gerade die grösseren Geschäfte, die viel Volumen generieren und Skalenerträge ermöglichen, von der Börsenpflicht ausgenommen (vgl. dazu Tabelle 2).

### B.3.2.5 Fazit

60. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die von der SWX geltend gemachten Effizienzgründe für das Beibehalten der Börsenpflicht zumindest in Frage gestellt werden können. Wie bereits erwähnt, wäre ein auf Transparenzvorschriften basierendes System a priori wettbewerbsneutraler, da alle Marktteilnehmer den gleichen Regeln unterstellt wären und

die Wahlfreiheit bezüglich der Handelsplattform sowohl für die kleinen wie auch für die grossen Anleger gewährleistet wäre. Allerdings bestehen noch viele offene Fragen im Zusammenhang mit der Effizienz- und Kostenvorteile eines Systemwechsels.

61. Klar ist, dass eine Aufhebung der Börsenpflicht nicht ohne gleichzeitige regulatorische Korrekture im Bereich der Vorhandelstransparenz möglich ist. Es liegt nicht in der Kompetenz der Wettbewerbsbehörden, diese regulatorischen Massnahmen zu treffen. Zudem muss die Frage, ob die Aufhebung der Börsenpflicht im Hinblick auf den Funktions- und Anlegerschutz ein gangbarer Weg wäre, offengelassen werden. Interessant wird in dieser Hinsicht die Einführung der MiFID auf europäischer Ebene sein. Diese soll 2007 erfolgen. Die Reaktionen auf den Systemwechsel in den europäischen Ländern wird zeigen, ob die Aufhebung der Börsenpflicht auch in der Schweiz ein gangbarer Weg ist.

62. Deshalb stellt das Sekretariat die Vorabklärung ein, nimmt aber gleichzeitig bezüglich dieses Themas mit der EBK Kontakt auf. Ziel ist es, die Möglichkeiten eines Systemwechsels mit den Börsenspezialisten der

EBK zu besprechen und somit die Aufhebung der Börsenpflicht auf regulatorischer Ebene zu regeln.

63. Für eine Kooperation mit der EBK im Bereich des Börsenhandels besteht bereits eine gesetzliche Vorlage, da die EBK gemäss Artikel 13 Absatz 2 der Verordnung über die Börsen und den Effektenhandel (Börsenverordnung, BEHV, SR 954.11) **bezüglich der Genehmigung der Börsenreglemente vor ihrem Entscheid die Wettbewerbskommission konsultieren kann. Diese äussert sich dazu, ob die Reglemente wettbewerbsneutral sind und wettbewerbshindernde Absprachen nicht begünstigen.**

### C SCHLUSSFOLGERUNGEN

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

1. beschliesst, die Vorabklärung einzustellen, gleichzeitig aber die Angelegenheit auf regulatorischer Ebene weiterzuverfolgen;
2. teilt den Parteien die Einstellung der Vorabklärung mit.

### \* GLOSSAR

<i>Englisch</i>	<i>Deutsch</i>	<i>Begriff</i>
Best Execution	kundengünstigste Ausführung von Aufträgen	Pflicht der Vermögensverwalter, die Aufträge ihrer Kunden zum bestmöglichen Preis auszuführen.
Blue Chips		Die größten und für gewöhnlich liquidesten an einer Börse gehandelten Aktienwerte.
Bond	Anleihe	Schuldverschreibung zur Aufnahme von Fremdkapital durch Ausgabe von (meist festverzinslichen) Wertpapieren mit einer mittel- bis langfristigen Laufzeit. Auch: Obligation (in der Schweiz), Rentenpapier (in Deutschland).
Clearing and settlement	Abrechnung und Abwicklung	Ein Börsengeschäft wird in drei Schritten abgewickelt: Nach dem Abschluss des Handelsgeschäftes folgend die Datenübereinstimmung zwischen Käufer und Verkäufer (matching), die Eingabe in das Verrechnungssystem (clearing) und die Erfüllung (settlement). Die Schweizer Börse verbindet Handel und Abwicklung elektronisch miteinander. Normale Börsengeschäfte werden in der Regel "valuta drei Tage" abgerechnet, d.h. Lieferung und Zahlung aus einer Börsentransaktion erfolgen gemäss Usancen am dritten Börsentag nach dem Abschluss.
Equity	Eigenkapital	Equity ist das englische Wort für Eigenkapital, welches Unternehmen über den organisierten oder nicht organisierten Kapitalmarkt zur Verfügung gestellt wird. Bei Finanzierung über den nicht organisierten Kapitalmarkt unterstützt der Investor häufig das Unternehmen bei strategischen und finanziellen Fragen.
Exchange Traded Funds (ETF)		Exchange Traded Funds oder kurz ETFs sind Investmentfonds die wie Aktien direkt über die Börse ge- und verkauft werden können
Internaliser	Internalisierung	Bei der Internalisierung werden Kauf- und Verkaufsaufträge nicht mehr an die Börse geleitet und in den dortigen Preisbildungsprozess einbezogen. Vielmehr tritt eine Bank selbst als Händler in Erscheinung und wird zur Gegenpartei bei den Aufträgen ihrer Kunden. (vgl. auch systematischer Internalisierer).
Investment Funds	Anlagefonds	Ein aufgrund öffentlicher Werbung von Anlegern zum Zweck gemeinschaftlicher Kapitalanlage aufgebrachtes Vermögen, das von der Fondsleitung in der Regel nach dem Grundsatz der Risikoverteilung für Rechnung der Anleger verwaltet wird.

Large and Mid Caps	Aktien von grossen und mittleren Unternehmen	vgl. small and mid caps
Matcher		Funktionalität des Börsensystems, die korrespondierende börsliche Aufträge aufgrund der Regeln SWX zur Ausführung bringt.
On Order Book	börsliche Abschlüsse	Alle Abschlüsse, die im Matcher (börslich) zustande kommen.
OTC-Geschäfte	ausserbörslicher Handel	Geschäfte, die ausserhalb der Börsenhandelssysteme getätigt wurden.
Post-Trade-Transparency	Nachhandelstransparenz	Gesetzlich vorgeschriebene Pflicht, alle börslichen und ausserbörslichen Abschlüsse zu melden.
Pre-Trade-Transparency	Vorhandelstransparenz	Gesetzlich vorgeschriebene Pflicht, vor dem Handel gewisse Preisinformationen (getätigte Abschlüsse, besten Geld- und Briefkurse mit kumulierter Menge, kumulierte Volumen des Tages sowie Börsenperiode) zu publizieren.
Rating		Das Rating einer Anleihe stellt die Bonitätsbewertung des Emittenten durch ein externes Unternehmen dar. Bekannte Rating Agencies sind Standard & Poor's und Moody's Investors Service. Für die Bewertung werden Rating-Symbole verwendet, die von AAA (bestens) bis D (Zahlungen auf Papiere sind eingestellt) reichen.
Systematic internaliser	systematischer Internalisierer	Ein systematischer Internalisierer ist nach Art. 4 Abs. 1 Ziff. 7 der Richtlinie 2004/39/EG eine Wertpapierfirma, die in organisierter und systematischer Weise häufig regelmässig Handel für eigene Rechnung durch Ausführung von Kundenaufträgen ausserhalb eines geregelten Marktes oder eines MTF treibt. (vgl. auch Internalisierer)
Small and Mid Caps	Aktien von kleinen und mittleren Unternehmen	Subkategorie des Swiss Performance Indexes (SPI) nach Gesellschaftsgrösse. Der SPI ist der am meisten beachtete Gesamtmarktindex der Schweiz. Die Klassifizierung basiert auf dem von Dow Jones und FTSE entwickelten Klassifizierungsstandard ICB (Industry Classification Benchmark), was den Performance-Vergleich im internationalen Marktumfeld erheblich erleichtert.
SMI-Titel		Der SMI (Swiss Market Index) ist als Blue-Chip-Index der bedeutendste Aktienindex der Schweiz. Er bildet die maximal 30 liquidesten und grössten Titel aus dem SPI Large- und Mid-Cap-Segment ab. Der SMI steht in erster Linie als nicht dividendenkorrigierter Index (Preis-Index) zur Verfügung, wird aber auch als Performance-Index unter der Bezeichnung SMIC (SMI Cum Dividend) publiziert. Die im SMI enthaltenen Titel entsprechen gegenwärtig rund 90% der Marktkapitalisierung sowie 90% des Handelsvolumens aller an der SWX Swiss Exchange kotierten Schweizer und Liechtensteiner Beteiligungspapiere.
Spread	Differenz zwischen Verkaufs- und Kaufangebot	Grundsätzlich haben alle Wertpapiere zwei Kurse. Der erste ist der so genannte Geldkurs, also der Kurs, zudem ein Wertpapier zum gegenwärtigen Zeitpunkt vom Anleger verkauft werden kann. Dem gegenüber steht der zweite, der so genannte Briefkurs, zu dem ein Wertpapier vom Anleger zum gegenwärtigen Zeitpunkt gekauft werden kann. In aller Regel ist der Briefkurs höher als der Geldkurs, so dass zum selben Zeitpunkt eine Basiswert teurer gekauft als verkauft werden kann. Die Differenz zwischen beiden Kursen ist der Spread.
Structured products	strukturierte Produkte	Finanzprodukte, die aus derivativen und nicht derivativen Komponenten zusammengesetzt werden und die der Realisierung einer spezifischen Investitionsstrategie dienen.
Warrant	Optionsschein	In einem Wertpapier verbriefte Option, deren Übertragbarkeit dadurch erleichtert wird. Warrants werden von einem Derivativhaus begeben und in der Regel an der Börse kotiert.

B 1.1	<b>5. Minderheitsbeteiligungen der Publigroupe SA (und ihrer Tochtergesellschaften) an Zeitungsverlagen</b>
-------	---

*Unzulässige Verhaltensweise; Art. 7 KG*

*Pratique illicite; art. 7 LCart*

*Pratiche illecito; art. 7 LCart*

*Schlussbericht des Sekretariates der Weko vom 3. Juli 2006 in Sachen Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG betreffend Minderheitsbeteiligungen der Publigroupe SA (und ihrer Tochtergesellschaften) an Zeitungsverlagen wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Artikel 7 KG.*

#### **INHALTSVERZEICHNIS**

A.	Sachverhalt	449
A.1	Gegenstand	449
A.2	Verfahren	450
B.	Erwägungen	450
B.1	Geltungsbereich	450
B.2	Vorbehaltene Vorschriften	450
B.3	Keine unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen	451
B.3.1	Marktbeherrschende Stellung	451
B.3.1.1	Relevante Märkte	451
B.3.1.2	Marktstellung	452
B.3.2	Unzulässige Verhaltensweisen	453
B.3.2.1	Beurteilung der Verhaltensweise von Publigroupe	454
	Schlussfolgerungen	456

#### **A. SACHVERHALT**

##### **A.1 Gegenstand**

1. Die vorliegende Vorabklärung betrifft die Minderheitsbeteiligungen der Publigroupe SA (nachfolgend Publigroupe), Lausanne, an Zeitungsverlagen. Ziel der Vorabklärung zu diesen Minderheitsbeteiligungen ist die Beurteilung, ob Publigroupe mit den Minderheitsbeteiligungen an Zeitungsverlagen ihre allenfalls marktbeherrschende Stellung im Sinne von Artikel 7 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251) missbraucht. Dabei wird in der Vorabklärung einzig geprüft, ob ein Missbrauch aufgrund der Minderheitsbeteiligungen vorliegt. Insbesondere prüft die Vorabklärung das Vorhandensein eines so genannten Marktstrukturmissbrauchs. Konkretisierend soll gefragt werden, ob sich die Publigroupe bei der Anzeigenvermarktung auf Zeitungsverlage konzentriert, an denen Publigroupe eine Minderheitsbeteiligung hält.

2. Publigroupe ist ein international tätiger Konzern in den Bereichen Kommunikation, Presse, Verzeichnisse und Informatik. Der Konzern setzt sich aus vier Berei-

chen zusammen: Publipresse, Publicitas Promotion Network, Publidirekt und Publiservice. Zum Bereich Publipresse gehören die in der Printwerbung tätigen Konzerngesellschaften Publicitas SA (Publicitas), Publimedia SA, Publimag AG und Mosse Media AG. Über den Bereich Publipresse ist Publigroupe mit Hilfe eines Netzes von Filialen und Agenturen als Pächterin und Universalvermittlerin für die Vermarktung von Anzeigenraum tätig. Als Pächterin der Vermarktung von Anzeigenraum übernimmt Publigroupe von Verlagen das Anzeigengeschäft. Zum Anzeigengeschäft gehört beispielsweise die Promotion und Vermittlung von Anzeigen.

3. Zum Zeitpunkt dieser Beurteilung hält Publigroupe oder eine ihrer Konzerngesellschaften an folgenden Verlagsgesellschaften Minderheitsbeteiligungen:<sup>1</sup>

<i>Assoziierte Verlagsgesellschaft</i>	<i>Minderheitsbeteiligung</i>
National Zeitung und Basler Nachrichten AG, Basel	37%
Aktiengesellschaft des Winterthurer Stadtanzeigers, Winterthur	35%
SNP Société Neuchâteloise de Presse S.A., Neuchâtel	29%
TicinOnline S.A., Lugano	27%
St. Galler Tagblatt AG, St. Gallen	25%
DZO Druck Oetwil am See AG, Oetwil am See	22%
Der Bund Verlag AG, Bern	20%
Zürichsee Presse AG, Stäfa	20%
Südostschweiz Presse AG, Chur	20%
Edipresse SA, Lausanne	19%
Regiopress SA, Bellinzona	18%
Vogt-Schild Holding AG, Solothurn	17,5%
Freie Presse Holding AG, St. Gallen	11%

<sup>1</sup> Quellen: Homepage Publigroupe unter [http://www.publigroupe.ch/de/div\\_ser.cfm](http://www.publigroupe.ch/de/div_ser.cfm), Mai 2006; Media Trend Journal, Dezember 2005.

4. Einige der genannten Minderheitsbeteiligungen bestehen seit mehreren Jahrzehnten. Den überwiegenden Teil der genannten Beteiligungen erwarb Publigroupe jedoch in den letzten zehn Jahren.

5. Im Jahr 1993 waren die Minderheitsbeteiligungen der Publigroupe an anderen Gesellschaften Bestandteil einer Untersuchung der Kartellkommission (VKKP 1993/4). Die Kartellkommission führte damals eine Untersuchung über die Pressekonzentration in der Schweiz durch. Bei dieser Untersuchung zur Pressekonzentration schloss die Kartellkommission gewisse zugehörige Branchen mit ein. Eine dieser zugehörigen Branchen ist der Bereich Werbeagenturen. Im Bereich Werbeagenturen berücksichtigte die Kartellkommission hauptsächlich Publicitas. Deshalb gab die Kartellkommission in ihrem Handlungsvorschlag auch der Publicitas eine allgemeine Empfehlung ab. Die Empfehlung war "de s'en retirer lorsque cela paraît économiquement possible, c'est-à-dire lorsque les investisseurs sont disposés à reprendre ces participations à un prix raisonnable. Lorsque cela ne peut être le cas, la Commission invite Publicitas à ne pas influencer les rédactions et la stratégie des entreprises (influence qui dépasserait les besoins du marketing)."

6. Als Konsequenz ihres Berichtes über die Pressekonzentration hat die Kartellkommission, zusammen mit Publicitas, einen Kodex für deren Verhalten aufgestellt (VKKP 1994/5, S. 149 ff.). Der Kodex enthielt Regeln, welche Publicitas in Zukunft befolgen will. Grundsätzlich betrafen diese Regeln die im Bericht über die Pressekonzentration festgestellten Probleme.

7. Allerdings hatte der Kodex mit den Regeln durch die Einführung des damals neuen Kartellgesetzes im Jahr 1996 "plus de fondement légal" (RPW 1997/1, S. 56f.). Deshalb entschied die Wettbewerbskommission die Aufhebung des Verhaltenskodex.

## **A.2 Verfahren**

8. Publigroupe reichte am 31. März 2005 eine "unpräjudizielle Meldung gemäss der Übergangsbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003" betreffend die "Minderheitsbeteiligungen von Publigroupe (und ihrer Tochtergesellschaften) an Verlagen" ein. Am 5. Juli 2005 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend Sekretariat) eine Vorabklärung im Sinne von Artikel 26 KG. Gleichtags teilte das Sekretariat der betroffenen Partei die Eröffnung einer Vorabklärung mit.

9. Im Zusammenhang mit der Meldung von Publigroupe stellt sich die Frage der Meldefähigkeit des Sachverhalts. Mit BGE 2A.287/2005 entschied das Bundesgericht über die Meldefähigkeit eines Sachverhalts nach Übergangsbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes. Gemäss diesem Bundesgerichtsentcheid sind einzig diejenigen Sachverhalte nicht im Sinne der Schlussbestimmung meldefähig, über die bereits ein Verfahren nach Artikel 26 ff. KG eingeleitet und dessen Eröffnung dem Unternehmen mitgeteilt wurde. Die Minderheitsbeteiligungen der Publigroupe waren nicht Gegenstand eines Verfahrens nach Artikel 26 ff. KG. Folglich sind die Minderheitsbeteiligungen ein meldefähiger Sachverhalt ge-

mäss der Schlussbestimmung zum revidierten Kartellgesetz. Somit hat die Meldung zur Folge, dass eine allfällige Belastung nach Artikel 49a KG entfallen würde.

10. Im Rahmen der Vorabklärung wurden zwecks Klärung des Sachverhalts acht Zeitungsverlage, an denen Publigroupe solche Beteiligungen hält, befragt.

11. Eingangs genannte Fragestellung steht im Zusammenhang mit einer früheren Eingabe einer lokalen Tageszeitung. Diese Tageszeitung gab Fälle an, bei denen sie von Publigroupe für eine Anzeigenschaltung nicht berücksichtigt wurde oder Publigroupe von einer Anzeige in dieser Tageszeitung abriet. An dieser lokalen Tageszeitung hielt Publigroupe keine (Minderheits-)Beteiligung. Deshalb hätte Publigroupe die lokale Tageszeitung gezielt übergangen. Allerdings haben Abklärungen zum eingegebenen Sachverhalt keinen Anlass zur Verfahrenseröffnung ergeben. Hingegen war die grundsätzliche Problematik der Beziehungen von Publigroupe zu Verlagshäusern beziehungsweise der kapitalmässigen Beteiligungen der Publigroupe an diversen Unternehmen nicht Bestandteil der Abklärungen im Zusammenhang mit der Eingabe der lokalen Tageszeitung.

## **B. ERWÄGUNGEN**

### **B.1 Geltungsbereich**

12. 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).

13. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Publigroupe ist als Unternehmen im Sinne von Artikel 2 Absatz 1<sup>bis</sup> KG zu qualifizieren.

14. Die Prüfung der Marktbeherrschung des Unternehmens erfolgt unter Artikel 7 KG (Rz. 35 ff.). Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form der Ausübung von Marktmacht dar (vgl. RPW 2001/2, S. 268, Rz. 79; Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 80 f.). Wird nachstehend somit die marktbeherrschende Stellung bejaht, wird damit auch die Ausübung von Marktmacht festgestellt. Falls eine marktbeherrschende Stellung verneint werden sollte, ist die Prüfung der Marktmacht obsolet, da in diesem Fall kein kartellrechtsrelevantes Verhalten im Sinne von Artikel 7 KG vorliegt.

### **B.2 Vorbehaltene Vorschriften**

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

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

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

**B.3 Keine unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen**

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

**B.3.1 Marktbeherrschende Stellung**

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

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

**B.3.1.1 Relevante Märkte**

**B.3.1.1.1 Sachlich relevante Märkte**

20. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren und Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszweckes als substituierbar angesehen werden (vgl. Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen

vom 17.6.1996 [VKU; SR 251.4], der hier analog anzuwenden ist).

21. Inserenten stehen verschiedene Wege für eine Anzeigenaufgabe offen. Falls das für die Anzeige gewünschte Medium in Eigenregie geführt wird, bestehen drei Möglichkeiten der Anzeigenaufgabe. Als Ergänzung zur nachfolgenden Beschreibung zeigt Abbildung 1 eine grafische Darstellung der verschiedenen Möglichkeiten. Die erste Möglichkeit **1)** der Anzeigenaufgabe ist, dass sich der Inserent direkt an den Eigenregieverlag beziehungsweise an den von diesem herausgegebenen Titel wendet. Als zweite Möglichkeit **2)** bietet sich der Weg Inserent - unabhängiger Vermittler - Eigenregietitel an. Die dritte Möglichkeit **3)** ist der Weg Inserent - Publigroupe - Eigenregietitel.

22. Falls das für die Anzeige gewünschte Medium in Pacht der Publigroupe steht, können zwei Fälle der Anzeigenaufgabe unterschieden werden. In einem ersten Fall gelangt der Inserent direkt an die Publigroupe. Dieser erste Fall entspricht Möglichkeit **3)**. Somit fallen Vermittler und Anzeigenvermarkter in Form der Publigroupe zusammen. Beim zweiten Fall erreicht der Inserent für die Aufschaltung seiner Anzeige den Anzeigenvermarkter Publigroupe über einen unabhängigen Vermittler. Dieser zweite Fall entspricht Möglichkeit **2)**.

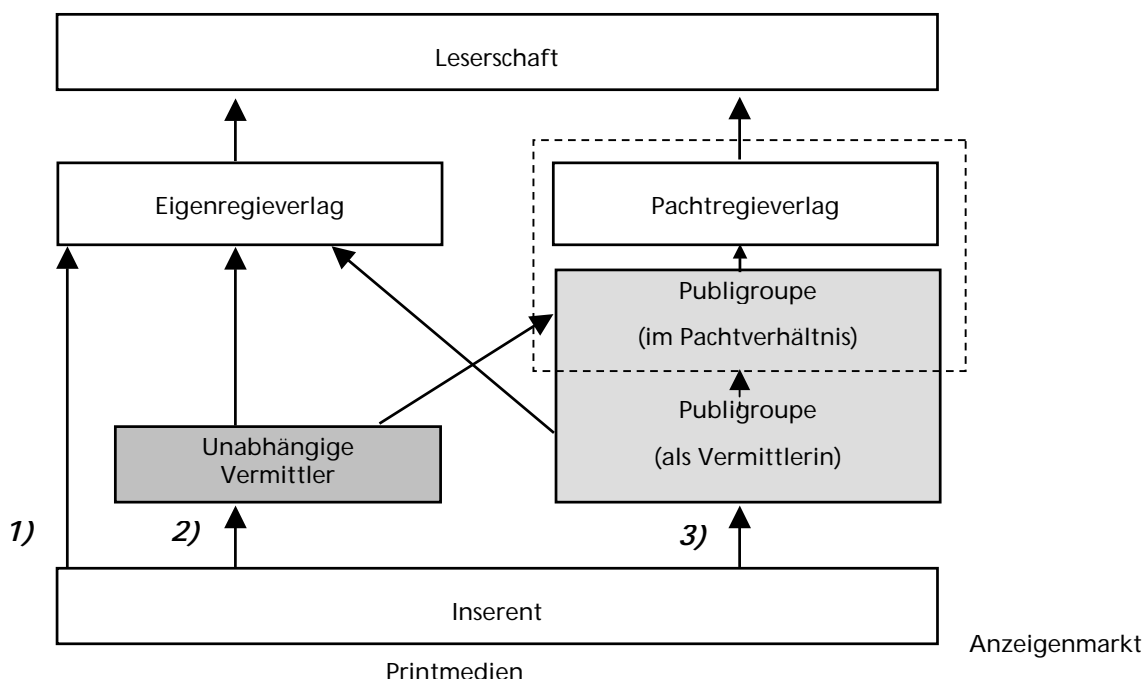


Abbildung 1:



23. Es stellt sich die Frage, welche Möglichkeiten Zeitungs- und Zeitschriftenverlage für die Anzeigenvermarktung haben. Für die Anzeigenvermarktung bestehen grundsätzlich zwei Möglichkeiten. Die eine Möglichkeit ist ein Pachtvertrag, oder auch Pachtregievertrag genannt. Beim Pachtvertrag überlassen die Verlage einem Anzeigenvermittler, in diesem Fall Publigruppe, die Anzeigenvermarktung. Diese Ausgliederung des Geschäftsbereiches Anzeigen erfolgt gegen ein Entgelt in der Form einer Pachtkommission während einer festgelegten Pachtzeit. Neben dem Pachtvertrag steht den Verlagen die andere Möglichkeit der Eigenregie zur Verfügung. Bei der Eigenregie betreibt ein Verlag das Anzeigengeschäft selber. Dabei erhält der Eigenregieverlag einen Teil der Anzeigen von unabhängigen Vermittlern und teilweise von Publigruppe vermittelt.

24. Als Pächterin führt Publigruppe das Anzeigengeschäft für ungefähr 600 Zeitungen und Zeitschriften. Zugleich vermittelt Publigruppe auch Anzeigen für Verlage in Eigenregie. Somit sind vier Gruppen von Akteuren Marktgegenseite der Publigruppe: Inserenten und unabhängige Anzeigenvermittler sowie Eigenregieverlage und Pachtregieverlage.

25. Inserenten und unabhängige Anzeigenvermittler fragen bei Publigruppe Anzeigenraum in Printmedien nach. Den entsprechenden Anzeigenraum bieten Verlage in Eigen- und Pachtregie der Publigruppe an. Somit ist die Abgrenzung eines Marktes für Vermittlung und Verkauf von Werbe- und Anzeigenraum in Printmedien sinnvoll. In diesem Markt treten einerseits Inserenten und unabhängige Anzeigenvermittler auf. Andererseits operieren Verlage auf dem Markt. Dazwischen tritt Publigruppe als Anzeigenvermittlerin auf.

26. Diese Marktabgrenzung steht im Gegensatz zur Abgrenzung für den sachlich relevanten Markt, welche Publigruppe vornimmt. Für die Marktabgrenzung zur Bestimmung der Marktstellung von Publigruppe benutzt das meldende Unternehmen den gesamten Werbemarkt. Der gesamte Werbemarkt umfasst die unterschiedlichsten Formen von Werbung: Fernseh-, Radio-, Kinowerbung, Werbung in Printmedien, Werbung in Adressbüchern, Werbung an Ausstellungen und Messen, Werbung auf Teletext, Aussenwerbung ("Out-of-Home"-Medien, welche im Freien wirkende Werbemittel wie Plakatwerbung, Leuchtplakat oder Leuchtschriften umfassen) sowie Direktwerbung.

27. Eine den gesamten Werbemarkt umfassende Marktabgrenzung erscheint mit Blick auf Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe a VKU sowie vorstehende Ausführungen unzutreffend. Zudem würde eine den gesamten Werbemarkt umfassende Marktabgrenzung der gefestigten Praxis der Wettbewerbskommission widersprechen. Gemäss dieser Praxis unterscheidet die Wettbewerbskommission zwischen Werbung in den verschiedenen Mediengattungen ("NZZ - Espace - Bund", RPW 2004/2, S. 498, Rz. 43 f; "Tamedia AG/20 Minuten (Schweiz) AG", RPW 2004/2, S. 598, Rz. 68; "NZZ - Espace - Der Bund: Vorläufiger Vollzug", RPW 2004/1, S. 156, Rz. 26 f; "NZZ - LZ Medien Holding AG", RPW 2002/2, S. 342, Rz. 13 ff.; "Tamedia/Bel-

com", RPW 2001/4, S. 721 ff.; "Mittelland Zeitung", RPW 2001/3, S. 542, Rz. 15 ff.). Dabei gelten verschiedene Werbeträger wie beispielsweise Zeitung, Radio oder Fernsehen nicht als substituierbar. Jedoch ist eine gegenseitige disziplinierende Wirkung der verschiedenen Mediengattungen für Werbemöglichkeiten nicht ausgeschlossen.

28. Folglich liegt für den vorliegenden Fall die Abgrenzung des Marktes für die Vermittlung und den Verkauf von Werbe- und Inseratenraum in Printmedien vor.

#### **B.3.1.1.2 Räumlich relevanter Markt**

29. 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, der hier analog anzuwenden ist).

30. Wie bereits erwähnt, sind Marktgegenseiten Inserenten, unabhängige Anzeigenvermittler, Eigenregieverlage und Pachtregieverlage. Bei der Anzeigenvermittlung fragt die jeweilige Marktgegenseite die Dienstleistungen der Publigruppe vorwiegend lokal, regional oder national nach. Die jeweilige Marktgegenseite nimmt die Leistung der Publigruppe vorwiegend auf schweizerischem Gebiet in Anspruch.

31. Somit ergibt sich, dass bei der Anzeigenvermittlung sowie bei der Abwicklung von Anzeigenvermarktung die Marktgegenseite überwiegend aus der Schweiz stammt. Ebenso nimmt diese Marktgegenseite die Leistungen der Publigruppe vorwiegend auf schweizerischem Gebiet in Anspruch. Deshalb ist für die räumliche Marktabgrenzung eine Beschränkung auf die Schweiz vorzunehmen.

32. Prüfwert bleibt eine lokale oder regionale Marktabgrenzung. Der lokale beziehungsweise regionale Charakter von Verlagen und Anzeigen könnte eine lokale oder regionale Abgrenzung stützen. Jedoch bietet Publigruppe ihre Dienstleistung gesamtschweizerisch an. Publigruppe ist mit ihren Gesellschaften und Organisationen in der gesamten Schweiz tätig. Gerade für gesamtschweizerische Werbeaktionen ist Publigruppe bedeutsam. Letztlich sind lokale und regionale Unterschiede für eine wettbewerbsrechtliche Beurteilung der hier betrachteten Minderheitsbeteiligungen vernachlässigbar.

33. Obige Ausführungen legen für den vorliegenden Fall eine räumliche Marktabgrenzung nahe, welche die ganze Schweiz umfasst.

#### **B.3.1.1.3 Zwischenergebnis**

34. Für eine Beurteilung der Minderheitsbeteiligungen von Publigruppe an verschiedenen Verlagen handelt es sich beim relevanten Markt um die Vermittlung und den Verkauf von Werbe- und Inseratenraum in Printmedien in der Schweiz.

#### **B.3.1.2 Marktstellung**

35. Im vorliegenden Fall bezieht sich der relevante Markt ausschliesslich auf den Printbereich. Publigruppe betreibt ihr Anzeigengeschäft fast nur im Bereich

Printmedien. Im gesamten Pressemarkt beträgt der Werbeumsatz im Jahr 2004 CHF 2'294 Mio. Publigruppe erwirtschaftete im gleichen Jahr mit Publipresse einen Umsatz von CHF 1'458 Mio. Aus diesen Umsatzzahlen ergibt sich für Publigruppe ein Marktanteil von gerundet 64%. Ähnliche Marktanteilswerte ergeben sich für die Jahre 2002 und 2003. Somit bestehen für Publigruppe bei der hier verwendeten Marktabgrenzung relativ hohe Marktanteilswerte. Nachfolgende Tabelle weist Publigruppe's Marktanteile für alle drei Jahre 2002, 2003 und 2004 aus.

Jahr	2002	2003	2004
Werbeumsätze im Printbereich (in CHF Mio.)	2'547	2'302	2'294
Umsatz Publigruppe (in CHF Mio.)	1'646	1'476	1'458
Marktanteil (in %)	65	64	64

Tabelle 1: Marktanteile Publigruppe  
(Quellen: Geschäftsberichte Publigruppe, Print-Media-Planer 2006)

36. Dass Publigruppe bei der Anzeigenvermittlung eine starke Position innehat, bestätigt die Befragung von Unternehmen, an denen Publigruppe Minderheitsbeteiligungen hält. Bereits in der früheren Beurteilung der VSW-Aufnahmebedingungen ergaben sich Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung der Publigruppe (RPW 2003/1, S. 87 ff). Die Beurteilung der VSW-Aufnahmebedingungen geht von einem Marktanteil der Publigruppe in Höhe von 65% am Gesamtumsatz der Werbung in der Presse aus (RPW 2003/1, S. 95, Rz. 40). Ebendiese Beurteilung stuft die Stellung von Publigruppe im gesamten Printwerbepbereich als stark ein.

37. In der vorliegenden Vorabklärung kann mit Verweis auf den Verfügungsentwurf zur Untersuchung zur Anzeigenvermittlung auf eine umfassende Analyse verzichtet werden. Zudem ist für vorliegende Vorabklärung keine weitere Analyse nötig, weil die Minderheitsbeteiligungen der Publigruppe keinen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach Artikel 7 KG darstellen.

### B.3.2 Unzulässige Verhaltensweisen

38. Die Rechtmässigkeit der Minderheitsbeteiligungen beurteilt sich nach Artikel 7 KG. Missbräuchliche Verhaltensweisen werden grundsätzlich dem Behinderungs- oder Ausbeutungsmissbrauch zugeordnet (Botschaft vom einem KG vom 23.11.1994, BBl 1995). Teilweise erfasst die kartellrechtliche Literatur unter Behinderungs- und Ausbeutungsmissbrauch auch den so genannten Marktstrukturmissbrauch (vgl. Zitate im nachfolgenden Exkurs zu Marktstrukturmissbrauch).

39. Vorliegend soll aufgrund des Inhalts der Vorabklärung das Konzept des Marktstrukturmissbrauchs (structural abuse) herangezogen werden, um das Verhalten von Publigruppe zu beurteilen.

40. Das Konzept und der Begriff Marktstrukturmissbrauch tauchen in der Literatur eher selten und vorwiegend in der juristischen Literatur auf. Diese juristischen Beiträge verwenden als Grundlage der Beschreibung von Marktstrukturmissbrauch das Urteil des Europäischen Gerichtshofes "Europemballage and Continental Can vs. Commission" (EuGH, Rs. 6/72, Slg. 1973, S. 215).

41. Die Praxis der Wettbewerbskommission nennt in der Untersuchung "Credit Suisse/Bank Linth" (RPW 2003/3, Seite 522, Rz. 42) Marktstrukturmissbrauch als ein Verhalten, mit dem ein Unternehmen "die Marktstruktur auf den einzelnen nachgelagerten Vertriebsmärkten zu ihren eigenen Gunsten beeinflussen kann".

42. Zum Marktstrukturmissbrauch führt BÖRER (Komm. KG, Zürich 2005, Art. 9, Rz.19) aus, "dass die Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch so genannten Marktstrukturmissbrauch erfolgen kann und folglich Strukturveränderungen zu Gunsten des marktbeherrschenden Unternehmens durch die Missbrauchskontrolle erfasst und allenfalls bekämpft werden können."

43. Als europäischer Leitentscheid zum Marktstrukturmissbrauch gilt das Urteil des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) betreffend "Europemballage Corporation and Continental Can Company vs. Commission" (EuGH, Rs. 6/72, Slg. 1973, S. 215). Der EuGH hält in seinem Entscheid fest, dass sich missbräuchliche Verhaltensweisen nicht nur auf Verhaltensweisen beziehen, durch die den Verbrauchern ein unmittelbarer Schaden erwachsen kann. Missbräuchliches Verhalten kann auch vorliegen, wenn den Verbrauchern durch einen Eingriff in die Struktur des tatsächlichen Wettbewerbs Schaden zugefügt wird. "Ein missbräuchliches Verhalten kann daher vorliegen, wenn ein Unternehmen in beherrschender Stellung diese - gleichgültig mit welchen Mitteln und Verfahren - dergestalt verstärkt, dass der erreichte Beherrschungsgrad den Wettbewerb wesentlich behindert, dass also nur noch Unternehmen auf dem Markt bleiben, die in ihrem Marktverhalten von dem beherrschenden Unternehmen abhängen."

44. Zum Zeitpunkt des Entscheides zu Europemballage/Continental Can vs. Commission existierte keine Fusionskontrolle. Deshalb entwickelte der EuGH mit dem Entscheid zum Marktstrukturmissbrauch eine Entscheidpraxis, um Unternehmenszusammenschlüsse prüfen zu können. Der EuGH bestätigte die Ansicht der Kommission, dass der Erwerb eines Konkurrenzunternehmens durch ein marktbeherrschendes Unternehmen ein missbräuchliches Verhalten darstellen könne.<sup>2</sup> Trotz dieses Entscheides war die Kommission bei der Überprüfung von Unternehmenszusammenschlüssen und deren Auswirkungen immer noch ein-

<sup>2</sup> In diesem Zusammenhang gibt MÖSCHEL (MÖSCHEL in: IMMENGA/MESTMÄCKER, EG-WbR, München 2004, Art. 86, Rz. 248) zum Marktstrukturmissbrauch an, dass "direkte Veränderungen der Marktstruktur Wettbewerber oder Unternehmen auf vor- oder nachgelagerten Märkten in gleicher Weise betreffen wie traditionelle Erscheinungsformen des Wettbewerbs."

geschränkt. Denn die Kommission konnte Konzentrationsprozesse nur im Nachhinein überprüfen. Der Erlass einer Fusionskontrollverordnung beseitigte schliesslich diesen Nachteil.

45. Diese Definitionen für Marktstrukturmissbrauch zeigen, dass ein solcher Missbrauch Teilmenge von Ausbeutungs- oder Behinderungsmissbrauch ist. Aus diesem Grund ist die fallweise Beurteilung eines Sachverhaltes als Marktstrukturmissbrauch sinnvoll. Um den vorliegenden Fall der Minderheitsbeteiligungen auf einen Marktstrukturmissbrauch hin zu untersuchen, dient die eingangs gestellte Frage als Hilfe, ob sich Publigroupe bei der Anzeigenvermarktung auf Zeitungsverlage konzentriert, an denen Publigroupe eine Minderheitsbeteiligung hält.

### **B.3.2.1 Beurteilung der Verhaltensweise von Publigroupe**

46. Gemäss eigenen Angaben hält die Publigroupe Minderheitsbeteiligungen aus finanziellen und strategischen Gründen. Die finanziellen Gründe seien die Erträge aus den Minderheitsbeteiligungen. Für Publigroupe dienten die Minderheitsbeteiligungen als Kapitalanlage. Zu den strategischen Gründen gibt Publigroupe an, "dass die Beteiligungnahme zumeist auf ausdrücklichen Wunsch des entsprechenden Verlages erfolgte. Publigroupe wurde in den meisten Fällen hinsichtlich einer Beteiligungnahme im Rahmen einer Überprüfung der finanziellen Strukturen angefragt - sei es im Zusammenhang mit erheblichen Investitionen (z.B. dem Ersatz der Druckermaschine) oder sei es im Zusammenhang mit einem Generationswechsel in der Verlegerfamilie des Verlagsunternehmens. Das bestehende lange Vertrauensverhältnis zwischen den Publigroupe Gesellschaften und dem Verlagshaus (teilweise über 100 Jahre) hat die Verlegerfamilie dazu bewogen, einem nachhaltig interessierten Partner vor einem Konkurrenten oder einem blossen Finanzinvestor, dessen strategische Ziele nicht notwendigerweise mit denjenigen des Verlages übereinstimmen müssen, den Vorzug zu geben."

47. Das finanzielle Motiv der Minderheitsbeteiligungen als Kapitalanlage könnte bei der Anzeigenvermittlung einen Anreiz zur Bevorzugung von gewissen Unternehmen darstellen. Durch die Bevorzugung von Unternehmen ist deren Gewinn höher als ohne Bevorzugung. Wegen des höheren Gewinns ist auch die Eigenkapitalrendite höher. Deshalb könnte Publigroupe bei der Anzeigenvermittlung Verlage bevorzugen, an denen Publigroupe Minderheitsbeteiligungen hält. Diesem Anreiz der Bevorzugung gewisser Verlagshäuser oder Titel steht aber das Geschäft der kundenorientierten Anzeigenvermittlung gegenüber. Immerhin betreibt Publigroupe das Geschäft der Promotion, des Verkaufs und der Vermittlung von Presseinserten. Publigroupe wird den Geschäftsbereich Anzeigen nicht optimal betreiben, wenn sie sich dabei vorwiegend auf die als Kapitalanlage dienenden Titel konzentriert.

48. Somit könnte bei der Anzeigenvermittlung ein *trade-off* zwischen Erträgen aus den Minderheitsbeteiligungen und einer optimalen Anzeigenvermitt-

lung bestehen. Damit dieser *trade-off* tatsächlich existiert, müssten die Erträge durch die Minderheitsbeteiligungen hoch sein im Vergleich zu den Erträgen aus dem Anzeigengeschäft.

49. Im vorliegenden Fall jedoch scheinen die Erträge aus den Minderheitsbeteiligungen im Vergleich zu denen aus dem Anzeigengeschäft nicht hoch zu sein. Es ist unbestritten, dass die Vermittlung von Anzeigenraum in Printmedien immer noch das Kerngeschäft der Publigroupe bildet. Diese Feststellung alleine deutet schon auf eine schwache Form eines *trade-offs* hin.

50. Mit Blick auf die finanziellen Erträge scheint Publigroupe keine Finanzinvestorin zu sein. Dazu sind die Erträge durch die Minderheitsbeteiligungen gemessen an den Bruttoerträgen durch das Anzeigengeschäft zu klein. In den Jahren 2003 und 2004 brachten die Minderheitsbeteiligungen der Publigroupe CHF [...] beziehungsweise CHF [...] ein. Diesen Beteiligungserträgen stehen Bruttogewinne durch das Presseinseratesgeschäft in Höhe von CHF 241 Mio. im Jahr 2003 und CHF 237 Mio. im Jahr 2004 gegenüber.<sup>3</sup> Somit belaufen sich die Beteiligungserträge auf weniger als [...] % gemessen an den Gewinnen aus dem Anzeigengeschäft ([...] % im Jahr 2003 und [...] % im Jahr 2004).

51. Die Einstufung von Anteilswerten als beträchtlich oder geringfügig ist eine subjektive Angelegenheit. Trotzdem scheinen die hier angegebenen Anteilswerte von weniger als [...] % zu zeigen, dass Beteiligungserträge bei der Anzeigenvermittlung eine klar untergeordnete Rolle einnehmen. Ein *trade-off* zwischen Erträgen aus Minderheitsbeteiligungen und Anzeigenvermittlung scheint nicht oder nur in schwacher Form zu bestehen.

52. Zudem haben die Inserenten immer noch die Möglichkeit, eigenständig auszuwählen, in welchen Titeln sie ihre Anzeige aufschalten. Publigroupe zwingt die Inserenten nicht zu einer Anzeigenschaltung in bestimmten Titeln. Zwar können die Inserenten die Wahl der Titel für die Aufschaltung von Anzeigen der Publigroupe überlassen. Aber die Inserenten können der Publigroupe bei einem Auftragsauftrag auch ihre eigene Wahl von Zeitungen angeben.

53. Obige Überlegungen erlauben eine Beurteilung der eingangs genannten Fragestellung: Konzentriert sich die Publigroupe bei der Anzeigenvermarktung auf Zeitungsverlage, an denen Publigroupe eine Minderheitsbeteiligung hält? Diese Fragestellung entspricht dem Vorwurf in der Eingabe der lokalen Tageszeitung beanstandeten Sachverhaltes wurde kein Verfahren eröffnet. Diese Nichteröffnung eines Verfahrens wird durch folgende Antwort auf die eingangs genannte Fragestellung bestätigt. Aufgrund der angeführten Überlegungen bestehen keine Anhaltspunkte für eine Bevorzugung von Verlagen durch Publigroupe, an denen sie Minderheitsbeteiligungen hält.

<sup>3</sup> Publigroupe Geschäftsbericht, 2004, Seite 42.

54. Zum Vorwurf einer systematischen Benachteiligung der lokalen Tageszeitung nahm Publicitas Stellung. In dieser Stellungnahme gab Publicitas an, den Inserate-Umsatz in der lokalen Tageszeitung im Jahr 2003 gesteigert zu haben, trotz eines starken Rückgangs bei den Printmedien. Der Umsatz der Publicitas in der lokalen Tageszeitung stieg im Jahr 2003 relativ zum Vorjahr um mehr als 18%. Dagegen verzeichnete der Markttrend bei der Pressewerbung im Jahr 2003 total einen Rückgang von knapp 10% (Quelle: Stiftung Werbestatistik Schweiz, Werbeaufwand Schweiz 2004). Diese Angaben sind weitere Anhaltspunkte, dass Publigruppe keine Verlage systematisch benachteiligt, an denen sie keine Minderheitsbeteiligungen hält.

55. Eine Verhaltensweise systematischer Benachteiligung von Unternehmen fällt unter den Begriff der Abgrenzung oder Abschottung (market foreclosure). Bei einer systematischen Benachteiligung von Unternehmen in einem nachgelagerten Markt handelt es sich um Input-Abgrenzung (input oder upstream foreclosure).<sup>4</sup>

56. Grundsätzlich kann Input-Abgrenzung effizienz-erhöhende als auch wettbewerbsbeschränkende Eigenschaften aufweisen (MOTTA, Competition Policy, Cambridge University Press, 2004, S. 378). Deshalb folgert MOTTA, dass "a *per se* prohibition rule would clearly be inappropriate, since it would forego efficiency effects which are likely to dominate in most cases. A rule of reason appears certainly more advisable." Weil eine *rule of reason* empfehlenswerter ist, schlägt MOTTA eine zweistufige Vorgehensweise wie bei Fusionen von Unternehmen auf unterschiedlichen Marktstufen vor. Die Analyse betont, dass aus solchen Fusionen nicht notwendigerweise Input-Abgrenzung resultiert. Zudem müssen dabei die Endkundenpreise nicht notwendigerweise steigen, selbst wenn die Rivalen in nachgelagerten Märkten ausgegrenzt werden. Allerdings drängt sich eine Überprüfung nach dem zweistufigen Verfahren vor allem für Unternehmen mit Marktanteil über einem gewissen Schwellenwert auf.

57. MOTTA's zweistufige Vorgehensweise überprüft in einem ersten Schritt, ob eine Verhaltensweise zu Input-Abgrenzung führt. Falls dem nicht so ist, endet die Überprüfung. Falls aber Anzeichen für Input-Abgrenzung bestehen, geht die Vorgehensweise zum zweiten Schritt über. Der zweite Schritt erwägt, wie wahrscheinlich die Erhöhung der Endkundenpreise ist.

58. Der erste Schritt in der zweistufigen Vorgehensweise entspricht der eingangs genannten Fragestellung, ob Publigruppe gewisse Verlage bevorzugt. Daraus ergeben sich folgende zusätzliche Überlegungen, welche die obigen ergänzen. Als hauptsächliches Tätigkeitsfeld der Publigruppe kann der Verkauf und die Vermittlung von Presseinseraten bezeichnet werden. Um diese Haupttätigkeit auszuüben, benötigt Publigruppe Printmedien. Mit einer gezielten Benachteiligung unabhängiger Verlage würde Publigruppe aber einen Teil ihrer Grundlage für wirtschaftliches Handeln schwächen. Immerhin bilden die Verlage

eine Grundlage für Publigruppe's Anzeigenvermittlung.

59. Deshalb bestehen, analog zur eingangs genannten Fragestellung, keine Anhaltspunkte für ein taktisches Verhalten der Publigruppe zur "Ausschaltung" von gewissen Verlagen oder Titeln. Publigruppe scheint nicht die Verlage zu benachteiligen, an denen Publigruppe keine Minderheitsbeteiligungen hält. Weil keine Input-Abgrenzung durch die Publigruppe feststellbar ist, endet die Überprüfung der Input-Abgrenzung nach dem ersten Schritt.

60. Zusammengefasst ist die Beurteilung der eingangs genannten Fragestellung zu den Minderheitsbeteiligungen der Publigruppe Folgende: Es liegen keine Anhaltspunkte vor, dass sich Publigruppe bei der Anzeigenvermittlung auf Verlage und Titel konzentriert, an denen sie Minderheitsbeteiligungen hält.

61. Die Betrachtung der Interaktion zwischen Publigruppe und den Verlagshäusern, an denen Publigruppe Minderheitsbeteiligungen hält, weist eine Gemeinsamkeit mit dem Fall "Feldschlösschen Getränke Holding/Coca Cola AG/Coca Cola Beverages AG" auf (RPW 2005/1, S. 124, Rz. 116). Im Feldschlösschen-Fall sind für Exklusivvereinbarungen verbunden mit einem finanziellen Engagement Effizienzvorteile erkennbar. Effizienzvorteile ergeben sich, weil Getränkehersteller oder -vertreiber bei der Kreditvergabe an Horeka-Betriebe (Horeka = Hotels, Restaurants, Kaffeehäuser) die positiven Rückwirkungen miteinbeziehen (Internalisierung positiver Externalität). Denn "finanzielle Engagements gegenüber einem Horeka-Betrieb erhöhen *ceteris paribus* das Getränkeabsatzvolumen des betreffenden Betriebes." Im Gegensatz dazu berücksichtigen klassische Finanzinstitute wie Banken bei Entscheidungen über eine Kreditvergabe die damit verbundene Gewinnerhöhung für Getränkehersteller und -vertreiber nicht. "Mit einem Darlehen, einer Gebrauchsleihe oder anderen finanziellen Engagements verbundene Exklusivvereinbarungen erhöhen daher die Effizienz im Sinne des Gesetzes."

62. Die Gemeinsamkeit zu den Minderheitsbeteiligungen der Publigruppe besteht in der Berücksichtigung von Rückwirkungen. In anderen Worten: Es liegt auch eine Internalisierung positiver Externalitäten vor. Wie bereits oben ausgeführt, ist Publigruppe auf die Existenz von Printmedien angewiesen (Rz. 58). Deshalb wird Publigruppe eher zu einer Kredit- oder Darlehensvergabe an ein Verlagshaus bereit sein als beispielsweise eine Bank. Tatsächlich haben einige der betroffenen Verlage Publigruppe hinsichtlich einer Beteiligungsnahe im Zusammenhang mit Investitionen (z.B. Ersatz der Druckermaschine) angefragt.

<sup>4</sup> TIROLE definiert market foreclosure als Geschäftsmethode (mergers eingeschlossen), welche Käufern den Zugang zu Lieferanten (upstream foreclosure) begrenzen und/oder Lieferanten den Zugang zu Käufern limitieren (TIROLE, The Theory of Industrial Organization, Cambridge, 1988, S. 193).

63. Eine Berücksichtigung der Interaktion zwischen Publigroupe und Unternehmen im nachgelagerten Markt zeigt auch den entscheidenden Unterschied zu den Untersuchungen "JC Decaux/Affichage" (RPW, 2001/2, S. 306) und "Credit Suisse/Bank Linth" (RPW, 2003/3, S. 514). Bei den Untersuchungen "JC Decaux/Affichage" und "Credit Suisse/Bank Linth" handelt es sich um Wechselwirkungen zwischen Unternehmen auf der gleichen Marktstufe. Die Untersuchung "JC Decaux/Affichage" beurteilte Minderheitsbeteiligungen von JC Decaux an Affichage. Für den Fall "Credit Suisse/Bank Linth" sollte die Untersuchung aufzeigen, welche Auswirkungen eine enge Zusammenarbeit im IT-Bereich zwischen einer Gross- und Regionalbank auf das wettbewerbliche Verhalten der beiden Institute haben könnte.

64. Der entscheidende Unterschied ist nun, dass es sich im Gegensatz zu den Untersuchungen "JC Decaux/Affichage" und "Credit Suisse/Bank Linth" bei den Minderheitsbeteiligungen der Publigroupe um Wechselwirkungen zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen handelt. Dementsprechend beste-

hen bei vorliegender Situation der Minderheitsbeteiligungen wesentliche Abweichungen zu den Situationen "JC Decaux/Affichage" und "Credit Suisse/Bank Linth". Aus diesem Grund liegt die Beurteilung der Minderheitsbeteiligungen der Publigroupe in der Kontinuität der bisherigen Praxis der Wettbewerbskommission.

65. Zusammenfassend ergeben sich keine Anhaltspunkte, dass die Minderheitsbeteiligungen von Publigroupe eine unzulässige Verhaltensweise gemäss Artikel 7 KG darstellen.

#### **SCHLUSSFOLGERUNGEN**

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

1. stellt fest, dass keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt;
2. beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen.

B 1.1	<b>6. Youtility</b>
-------	---------------------

**Unzulässige Wettbewerbsabrede; Art. 5 und 7 KG***Accord illicite; art. 5 et 7 LCart**Accordo illecito; art. 5 e 7 LCart*

**Schlussbericht vom 16. Juni 2005 in Sachen Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG betreffend Youtility wegen allenfalls unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen gemäss Artikel 5 und Artikel 7 KG**

**INHALTSVERZEICHNIS**

<b>A</b>	<b>Sachverhalt</b>	457
A.1	Untersuchungsgegenstand und Parteien	457
A.2	Verfahren	458
<b>B</b>	<b>Erwägungen</b>	459
<b>B.1</b>	<b>Geltungsbereich des Kartellgesetzes</b>	459
<b>B.2</b>	<b>Vorbehaltene Vorschriften</b>	459
<b>B.3</b>	<b>Unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens</b>	459
B.3.1	Marktbeherrschende Stellung	459
B.3.1.1	Relevanter Markt	459
a)	Sachlich relevanter Markt	459
b)	Räumlich relevanter Markt	460
B.3.1.2	Aktueller und potenzieller Wettbewerb	460
a)	Produktion vor Ort	461
b)	Belieferung durch Dritte über deren Elektrizitätsnetz	461
c)	Belieferung durch Dritte über das Elektrizitätsnetz der BKW	462
B.3.1.3	Zwischenergebnis	463
B.3.2	Missbräuchliche Verhaltensweisen	463
B.3.2.1	Ausbeutungsmissbrauch gegenüber den Gemeinde- und Stadtwerken als Endverteiler	463
B.3.2.2	Behinderungsmissbrauch gegenüber potenziellen Konkurrenten	464
B.3.2.3	Zwischenergebnis	465
<b>B.4</b>	<b>Unzulässige Wettbewerbsabrede</b>	465
<b>C</b>	<b>Schlussfolgerungen</b>	466

**A SACHVERHALT****A.1 Untersuchungsgegenstand und Parteien**

1. Die Youtility AG (nachfolgend Youtility) ist ein im Strommarkt tätiges Dienstleistungsunternehmen im Bereich IT-Support, Produkteentwicklung, Kundenbetreuung und Marketing. Sie bezweckt, ein gemeinsames Marketing- und Vertriebskonzept für das Markenprodukt "1to1 energy" zu unterhalten, entwickelt Marketing- und Supportleistungen und koordiniert den Energieeinkauf ihrer Aktionäre. Youtility wurde im September 2000 auf Initiative des Bernischen Elektrizitätsverbandes (BEV), dem 83 Energieversorger Bernischer Gemeinden angehören, und der BKW FMB Energie AG (BKW) ins Leben gerufen.

2. Hauptaktionärin der Youtility mit einem garantierten Mindestanteil von [...] %<sup>1</sup> ist die BKW, welche als vertikal integriertes Elektrizitätsversorgungsunternehmen (EVU) über die wichtigsten Stromerzeugungsanlagen, Übertragungsnetze und Verteilnetze im Kanton Bern und Teilen des Kantons Jura verfügt und in rund 400 Gemeinden die Stromendverbraucher direkt mit Strom versorgt<sup>2</sup>. Daneben sind derzeit 75 regionale Energieversorger aus den Kantonen Bern, Solothurn, Jura, Freiburg und Baselland, deren hauptsächliche Tätigkeit in der Weiterleitung und dem Verkauf des von der BKW bezogenen (oder teilweise auch eigens produzierten) Stromes an die Stromendverbraucher des jeweiligen Gemeindegebietes besteht, als so genannte Beteiligungs- oder Absatzpart-

<sup>1</sup> Ziff. 6.1 Partnervertrag.

<sup>2</sup> Das Aktienkapital der BKW ist grösstenteils im Besitz des Kantons Bern (52,91%) und der E.ON Energie AG (20%).

ner Youtility beigetreten<sup>3</sup>. Die Beteiligungspartner sind jeweils auch Aktionäre der Youtility. Die BKW wie auch die der Youtility beigetretenen Gemeinde- und Stadtwerke vertreiben ihren Strom unter der gemeinsamen Marke "1to1 energy".

3. Die Rechte und Pflichten der Youtility gegenüber den Beteiligungspartnern sowie die Rechte und Pflichten der Beteiligungspartner untereinander werden in zwei Verträgen geregelt:

- Die Aktionäre schlossen untereinander den so genannten "Partnervertrag", welcher die Zusammenarbeit der Beteiligungspartner hinsichtlich der Youtility sowie die Grundsätze der Zusammenarbeit zwischen den Beteiligungspartnern und der Youtility regelt. Neben Bestimmungen zu den Zielen, den Aufgaben und der Finanzierung der Youtility finden sich auch Bestimmungen zur unternehmerischen Partnerschaft, welche den Vertrieb und den Kauf von Youtility-Produkten sowie Dienstleistungen durch die Beteiligungspartner umfasst<sup>4</sup>. Insbesondere vereinbaren die Beteiligungspartner einen Verzicht auf aktives Marketing im Gebiet der übrigen Beteiligungspartner und eine gegenseitige Unterstützung bei der Erfüllung ihrer Aufgaben im gemeinsamen Partnerbereich<sup>5</sup>. Zudem wird der BKW ein eingeschränktes Last-Call-Recht gewährt<sup>6</sup>.

- Zwischen der Youtility und den einzelnen regionalen Energieversorgern wird jeweils ein standardisierter "Zusammenarbeitsvertrag" geschlossen, welcher "die Zusammenarbeit zwischen Youtility und dem Vertriebspartner" regelt. Der Vertriebspartner ist in der Regel auch Beteiligungspartner der Youtility, einzelne Gemeindewerke sind nur als Absatzpartner ohne Aktionärsstellung angeschlossen. Der jeweilige Zusammenarbeitsvertrag definiert den Gegenstand der Zusammenarbeit und die Rechte und Pflichten der Youtility sowie dem Vertriebspartner<sup>7</sup>. Insbesondere wird vereinbart, dass Youtility die Produktmerkmale festlegt und den Vertriebspartner Vorgaben bezüglich des Einsatzes und der Verwendung der Marke "1to1 energy" machen kann. Zudem verpflichten sich die Vertriebspartner im vereinbarten Partnerbereich zu einer exklusiven Zusammenarbeit mit Youtility<sup>8</sup>.

4. Youtility ist weder auf der Beschaffungs- noch auf der Absatzseite unmittelbar in den Wertschöpfungsprozess für den Stromvertrieb eingebunden. Insbesondere tritt Youtility bei der Strombeschaffung nicht als Vertragspartnerin auf, sondern stellt den ihr angeschlossenen EVU lediglich professionelle Beschaffungskonzepte zur Verfügung und koordiniert deren Stromeinkauf. Ebenso werden die von Youtility entwickelten Produkte von den Youtility-Partnern in ihrem jeweiligen Versorgungsgebiet zu individuellen Konditionen angeboten. Das wirtschaftliche Risiko und die Verantwortung der Stromversorgung tragen ausschliesslich die Partnerunternehmen.

## A.2 Verfahren

5. Dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) wurden am 5. Oktober 2004 die revidierten Youtility-Verträge (Partner- und Zusammenarbeitsver-

trag) im Rahmen einer Beratungsdienstleistung nach Artikel 23 Absatz 2 Kartellgesetz<sup>9</sup> zur wettbewerbsrechtlichen Beurteilung unterbreitet. Mit Schreiben vom 15. Februar 2005 bezog das Sekretariat zu den Vertragsentwürfen Stellung und wies insbesondere auf zwei kartellrechtlich heikle Punkte hin (siehe dazu nachfolgend).

6. Mit Schreiben vom 30. März 2005 reichten BKW und Youtility gemeinsam eine Meldung gemäss Artikel 49 Absatz 3 Buchstabe a KG ein. Gemäss Aussage der meldenden Unternehmen wurden die vom Sekretariat in der Beratung formulierten kartellrechtlichen Einwände in den überarbeiteten Verträgen berücksichtigt.

7. Am 9. Mai 2005 entschied die Wettbewerbskommission (Weko) auf Antrag der zuständigen Kammer Infrastruktur, gegen das Youtility-Vertriebskonzept Widerspruch im Sinne von Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe a KG zu erheben und das Sekretariat mit der Durchführung einer Vorabklärung im Sinne von Artikel 26 KG zu beauftragen. Der Schwerpunkt der Vorabklärung sollte dabei weniger auf den einzelnen Vertragsklauseln, sondern auf den Auswirkungen des Youtility-Konzepts auf die künftige Marktstruktur

<sup>3</sup> Es sind dies namentlich (Stand per 25.4.05): Elektrizitäts- und Wasserversorgung Aarberg; Licht- und Wasserwerk Adelboden AG; Energieversorgung Aegerten; Einwohnergemeinde Arch; Elektra Arni; Energieversorgung Barmen; Elektrizitätsanlage Bellmund; Energie Belp; BKW FMB Energie AG; Einwohnergemeinde Biglen; Gemeindeverwaltung Blumenstein; Elektrizitätsversorgung Brügg; Energieversorgung Büren AG; Localnet AG, Burgdorf; Service industriels de Delémont; Elektrizitäts- und Wasserversorgung Deredingen; Commune de Develier; Elektrizitätsversorgung Stettler Fritz AG, Eggwil; Elektra Äusseres Wasseramt, Etziken; Städtische Werke Grenchen; Elektrizitätswerk Grindelwald AG; Elektrizitätskommission Grosshöchstetten; Elektrizitätsgenossenschaft Gsteig; Energie- und Wasserversorgung Ins; Elektra Fraubrunnen; Einwohnergemeinde Kallnach; EnerCom Kirchberg AG; Genossenschaft Elektra Koppigen-Willadingen; Administration communale La Neuveville; Elektrizitätsversorgung Lengnau; Genossenschaft Elektra Aeschlen-Linden-Heimenschwand; Einwohnergemeinde Ligerz; Einwohnergemeinde Lohn-Ammanseg; Energie Seeland AG; EWR Energie AG, Meiringen; Einwohnergemeinde Münchenbuchsee; InfraWerkeMünsingen; Service de l'électricité Moutier; Elektrizitätsversorgung Stadt Nidau; Energie- und Wasserversorgung Oberhofen; Einwohnergemeinde Oberdiessbach; Elektrizitätsanlage Oberhofen; Einwohnergemeinde Pieterlen; Elektrizitäts- und Wasserversorgung Port; Elektrizitätsversorgung Riggisberg; Gemeindebetriebe Safnern; Elektrizitätsgesellschaft Schüpbach; Einwohnergemeinde Seedorf; Einwohnergemeinde Siselen; AEK Energie AG, Solothurn; Elektra Schwanden; Service Techniques de la Municipalité, St. Imier; Société des Forces Electriques de La Goule; Elektrizitätsversorgung EV Ried; NetZulg AG, Steffisburg; Energie AG Sumiswald; Elektra Buchen-Teuffenthal; Service de l'électricité Tramelan; Gemeindebetriebe Twann; Genossenschaft Elektra Wengi; Gemeinde Wichtrach Elektrizitätsversorgung; Gemeindebetriebe Wilderswil; Einwohnergemeinde Zäziwil, Elektrizitäts- und Wasserversorgung.

<sup>4</sup> Ziff. 3 ff. Partnervertrag.

<sup>5</sup> Ziff. 3.3 und 3.4 Partnervertrag, dazu unten, Rz. 59 ff.

<sup>6</sup> Ziff. 3.7 Partnervertrag, dazu unten, Rz. 53 ff.

<sup>7</sup> Ziff. 3 ff. Zusammenarbeitsvertrag.

<sup>8</sup> Ziff. 4.5 und 4.7 Zusammenarbeitsvertrag, dazu unten, Rz. 49 und 53.

<sup>9</sup> Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, SR 251.

liegen. In diesem Rahmen war insbesondere zu untersuchen, ob die kleinen Gemeinde- und Stadtwerke durch Youtility in eine längerfristige Abhängigkeit gegenüber der BKW gezwungen würden. Die Eröffnung der Vorabklärung wurde der BKW und Youtility mit Schreiben vom 12. Mai. 2005 mitgeteilt.

8. Am 20. Mai 2005 fand eine Besprechung des Sekretariats mit Vertretern der BKW und der Youtility statt, anlässlich welcher über den Gegenstand der Vorabklärung und das weitere Vorgehen informiert wurde.

9. Zwecks Abklärung der offenen Fragen wurden am 13. Juni 2005 die BKW und mehrere Gemeindewerke, welche Youtility als Beteiligungspartner angehören, mittels Fragebogen um zusätzliche Auskünfte ersucht.

10. Am 13. Juni 2006 fand eine Besprechung zwischen den Vertretern der Youtility, dem Präsidenten der Wettbewerbskommission sowie Vertretern des Sekretariats statt.

## **B ERWÄGUNGEN**

### **B.1 Geltungsbereich des Kartellgesetzes**

11. 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). Als Unternehmen gelten dabei gemäss Artikel 2 Absatz 1<sup>bis</sup> KG sämtlich Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform.

12. Sowohl die BKW wie auch die Youtility sind privatrechtliche Aktiengesellschaften. Die an Youtility beteiligten Gemeindewerke sind teilweise ebenfalls in der Form privatrechtlicher Aktiengesellschaften, teilweise als gemeindeeigene Werke ohne eigene Rechtspersönlichkeit organisiert. Sämtliche an Youtility beteiligten Energieversorger treten im Wirtschaftsprozess als Anbieter von Energieprodukten und damit zusammenhängenden Dienstleistungen auf. Unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform fallen sie somit in den Geltungsbereich des Kartellgesetzes.

13. Für die Unterstellung unter den Geltungsbereich des Kartellgesetzes ist weiter die Beteiligung an einer Wettbewerbsabrede oder die Ausübung von Marktmacht notwendig. Auf die Frage, ob die betroffenen Unternehmen eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG getroffen haben, wird unten eingegangen (Rz. 60 ff.). Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form der Ausübung von Marktmacht dar (vgl. "Watt/Migros - EEF", RPW 2001/2, S. 268, Rz. 79; Botschaft zum KG, S. 547 ff.). Wird nachstehend unter Randziffer 18 ff. die marktbeherrschende Stellung bejaht, wird damit auch die Ausübung von Marktmacht festgestellt.

### **B.2 Vorbehaltene Vorschriften**

14. In den nachfolgend zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften gemäss Artikel 3 Absatz 1 KG, die Wettbewerb nicht zulassen. Solche Vorschriften wurden von der Youtility und der BKW auch nicht geltend gemacht.

15. Der vorliegend zu untersuchende Sachverhalt fällt somit in den Geltungs- und Anwendungsbereich des Kartellgesetzes. Es ist folglich zu prüfen, inwieweit bezüglich der Youtility-Verträge Anhaltspunkte für eine kartellrechtlich unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegen. Solche Anhaltspunkte wären dann gegeben, wenn entweder die untersuchten Verträge unzulässige Wettbewerbsabreden horizontaler oder vertikaler Natur im Sinne von Artikel 5 KG enthalten würde (unten, Rz. 561 ff.), oder wenn Youtility der BKW als allenfalls marktbeherrschendem Unternehmen als Instrument zu missbräuchlichem Verhalten im Sinne von Artikel 7 KG dienen würde (nachfolgend Rz. 16 ff.).

### **B.3 Unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens**

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

17. Die BKW verfügt in der Nordwestschweiz aus historischen Gründen über eine starke Marktstellung. In ihrem angestammten Versorgungsgebiet verfügt sie über die wichtigsten Stromerzeugungs-, Stromübertragungs- und Stromverteilanlagen und beliefert in rund 400 Gemeinden rund eine Million Personen mit Strom. Nachfolgend soll geprüft werden, ob BKW in den von Youtility betroffenen Märkten über eine beherrschende Stellung verfügt (Rz. 16 ff.) und sie diese gegenüber ihren Wettbewerbern oder gegenüber ihrer Marktgegenseite missbraucht (Rz. 42 ff.).

#### **B.3.1 Marktbeherrschende Stellung**

18. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG). Ein Unternehmen wird sich dabei von anderen Marktteilnehmern nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können, wenn es sich ausreichend starker aktueller und/oder potenzieller Konkurrenz gegenüber sieht. Um dies zu prüfen, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

##### **B.3.1.1 Relevanter Markt**

###### **a) Sachlich relevanter Markt**

19. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (analog Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17.6.1996 [VKU; SR 251.4]).

20. Die Wettbewerbskommission unterscheidet im Elektrizitätsbereich praxismässig folgende sachlich relevanten Märkte: Stromerzeugung, Stromübertra-



gung, Stromverteilung, Stromversorgung, Stromhandel (ausführlich "Atel - EOSH-Aktiven", Rz. 63 ff., m.w.Hw.)<sup>10</sup>. Der Markt für Stromerzeugung umfasst dabei die Produktion von Strom in Kraftwerken, der Markt für Stromübertragung die Fortleitung von Elektrizität im Höchstspannungsnetz, der Markt für Stromverteilung die regionale Fortleitung von Elektrizität über Leitungen hoher bis niedriger Spannung und der Markt für Stromversorgung die Belieferung von Elektrizität von Stromverbrauchern und/oder Endverteilern (Betreiber von lokalen Elektrizitätsnetzen).

21. Im Bereich der Stromversorgung ist bezüglich der Marktstufe zwischen der Wholesale- und der Retailebene zu unterscheiden (vgl. auch "NOK/Watt", RPW 2002/2, S. 351, Rz. 24):

- Auf Stufe Wholesale werden kleinere Gemeinde- und Stadtwerke von vertikal integrierten EVU mit Mittel- oder Hochspannungsstrom zum Zwecke des Weiterverkaufs beziehungsweise der Versorgung der Endkunden in einem zumeist historisch gewachsenen (Gemeinde-)Gebiet versorgt.
- Auf der Retailebene werden die Stromendverbraucher mit Niederspannungs- oder Mittelspannungsstrom versorgt, sei dies direkt durch ein vertikal integriertes EVU oder durch das jeweilige Gemeinde- oder Stadtwerk.

22. Youtility betrifft insbesondere den Markt für Stromversorgung, am Rande berührt wird überdies der Markt für Stromverteilung. Im Zusammenhang mit einem allenfalls missbräuchlichen Verhalten der BKW ist vorliegend deren Stellung und Verhalten bei der Belieferung von Gemeindewerken als Endverteiler von Interesse. Der sachliche Markt für die Beurteilung einer allenfalls unzulässigen Verhaltensweise der BKW umfasst somit den Markt für die Belieferung von Endverteilern mit Elektrizität mittlerer Spannung<sup>11</sup>.

### **b) Räumlich relevanter Markt**

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

24. Die räumliche Dimension des Marktes für Stromversorgung bestimmt sich gemäss der bisherigen Praxis der Wettbewerbskommission durch die geografische Ausdehnung der entsprechenden Verteilnetze (zuletzt "NOK/Watt", RPW 2002/2, S. 351, Rz. 28). Die Versorgungsmärkte sind geografisch gesehen nicht grösser als das Verteilnetz des jeweiligen Energieversorgers ("Rätia Energie AG", RPW 2000/2, S. 241, Rz. 40). In der bisherigen Praxis der Wettbewerbskommission wird allerdings darauf hingewiesen, dass sich mit einer effektiven Öffnung der Verteilnetze die lokal abzugrenzenden Stromversorgungsmärkte ausdehnen könnten ("Rätia Energie AG", RPW 2000/2, S. 241 f., Rz. 42).

25. Die Weko entschied in ihrer Untersuchung "Watt/Migros - EEF" (RPW 2001/2, S. 255 ff.), dass ein Elektrizitätswerk, welches bloss über eine faktische, nicht aber über eine rechtliche Monopolstellung ver-

fügt, kartellrechtlich zur Durchleitung von fremder Elektrizität über ihr Netz verpflichtet werden kann (bestätigt durch das Bundesgericht in BGE 129 II 497). Obschon derzeit allgemein anwendbare Regeln zum Netzzugang noch fehlen, hat dieser Entscheid im Wettbewerb um Stromgrosskunden zu einer gewissen Marktöffnung geführt. Hingegen vermochte er den Wettbewerb unter den Elektrizitätsversorgungsunternehmen um die mittelgrossen und kleinen Stromendabnehmern nicht effektiv zu beleben (vgl. auch Rz. 35 ff.).

26. Aufgrund der kartellrechtlichen Durchleitungspflicht und der daraus resultierenden zumindest partiellen Marktöffnung scheint fraglich, ob für den vorliegend sachlich relevanten Markt für Stromversorgung auf der Wholesale-Ebene an der bisherigen Praxis der Weko zur räumlichen Marktabgrenzung festgehalten werden kann. Wegen der heute noch vorhandenen faktischen Hürden ist davon auszugehen, dass die kleineren Gemeindewerke<sup>12</sup> in der Regel effektiv nicht die Möglichkeit haben, von der kartellrechtlichen Öffnung Nutzen zu ziehen. Anders ist hingegen die Ausgangslage bei den grösseren, professionell geführten Endverteilern<sup>13</sup>. Diese dürften sowohl über das benötigte Know-how wie auch über die entsprechenden finanziellen Mittel verfügen, die Durchleitung des Stromes eines gebietsfremden Lieferanten zu erzwingen.

27. Im Rahmen der vorliegenden Vorabklärung kann die Frage der räumlichen Marktabgrenzung offenbleiben. Auch bei einer engen räumlichen Marktabgrenzung ist den tatsächlichen Wettbewerbseinflüssen, welche auf die lokalen Stromversorgungsunternehmen disziplinierend einwirken, umfassend Rechnung zu tragen. Trotz hoher Marktanteilen des kantonalen EVU kann dieses ausreichender aktueller oder potenzieller Konkurrenz durch Unternehmen, welche ausserhalb des geografischen Marktes tätig sind, ausgesetzt sein. Für die Zwecke der Vorabklärung wird nachfolgend von räumlich regional begrenzten relevanten Märkten ausgegangen. Der kartellrechtlichen Öffnung der Verteilnetze wird indes bei der Analyse des aktuellen beziehungsweise potenziellen Wettbewerbs Rechnung zu tragen sein.

### **B.3.1.2 Aktueller und potenzieller Wettbewerb**

28. Die BKW verfügt im Markt für die Belieferung von Endverteilern mit Elektrizität hoher oder mittlerer

<sup>10</sup> RPW 2006/3, S. 476 ff.

<sup>11</sup> Zu den Auswirkungen von Youtility auf den Retailmarkt vgl. unten, Rz. 54 ff.

<sup>12</sup> Als Beispiele (aus den Youtility-Vertragspartnern) seien erwähnt: Energieversorgung Aegerten; Einwohnergemeinde Arch; Energieversorgung Barmen; Einwohnergemeinde Biglen; Gemeindeverwaltung Blumenstein; Elektrizitätsversorgung Brügg; Einwohnergemeinde Kallnach; Einwohnergemeinde Pieterlen; Elektrizitätsversorgung Riggisberg; Gemeindebetriebe Safnern; Elektrizitätsversorgung EV Ried; Genossenschaft Elektra Wengi; Einwohnergemeinde Zäziwil, Elektrizitäts- und Wasserversorgung.

<sup>13</sup> Als Beispiele (aus den Youtility-Vertragspartnern) seien erwähnt: Service industriels de Delémont; EnerCom Kirchberg AG; Localnet AG, Burgdorf; AEK Energie AG, Solothurn; Energie Seeland AG; InfraWerkeMünsingen; NetZulug AG, Steffisburg.

Spannung im Gebiet ihres Verteilnetzes aus den bekannten historischen Gründen über sehr hohe Marktanteile. Eine disziplinierende Wirkung bei Belieferung von Endverteilern im Netzgebiet der BKW kann grundsätzlich von folgenden Alternativen ausgehen:

- a. Produktion vor Ort;
- b. Belieferung der Endverteiler durch Dritte über deren Elektrizitätsnetz;
- c. Belieferung der Endverteiler durch Dritte über das Elektrizitätsnetz der BKW (Durchleitung).

#### **a) Produktion vor Ort**

29. Einer Elektrizitätserzeugung vor Ort durch die Gemeindewerke oder Drittunternehmen im dicht besiedelten schweizerischen Mittelland stehen erhebliche Schwierigkeiten gegenüber. Dem entspricht, dass die Elektrizitätserzeugung in der Schweiz in der überwiegenden Mehrheit in zentralen Anlagen stattfindet und der dezentralen Energieerzeugung vor Ort lediglich marginale Bedeutung zukommt (vgl. "Watt/Migros", RPW 2001/2, S. 103, Ziff. 103). Einige der befragten Gemeindewerke verfügen zwar über eigene Stromproduktionsanlagen wie beispielsweise kleinere Wasserkraft- oder Solarenergiewerke, doch bleiben sie auch in Zukunft zu weiten Teilen auf externen Stromeinkauf angewiesen. Die Elektrizitätserzeugung vor Ort, sei es durch den betreffenden Endverteiler selbst oder unter Zuhilfenahme von Drittunternehmen, scheint deshalb nicht geeignet, um das Verhalten der BKW auf dem Markt für Stromversorgung von Endverteilern disziplinieren zu können.

#### **b) Belieferung durch Dritte über deren Elektrizitätsnetz**

30. Die Endverteiler können ihren Strom von all denjenigen EVU direkt beziehen, deren Elektrizitätsnetz an ihr eigenes Verteilnetz angeschlossen ist, und welche über ausreichend eigene Kapazitäten für den Wholesalemarkt verfügen. Dabei ist zu unterscheiden zwischen der Belieferung über bestehende Netze und der Belieferung über neu zu errichtende Netze.

31. Sämtliche befragten Gemeinde- und Stadtwerke gaben an, nicht an ein weiteres Verteilnetz eines anderen EVU angeschlossen zu sein. Der Aufbau paralleler Infrastrukturen wäre aus volkswirtschaftlicher Sicht vermutlich auch nicht sinnvoll. In der Lehre wird die Stromverteilung häufig als natürliches Monopol mit abnehmenden Durchschnittskosten bei steigendem Absatz bezeichnet. Es sei deshalb auch aus theoretischer Sicht bei Vorliegen derartiger Skaleneffekte "ökonomisch am effizientesten, wenn ein einziges Unternehmen auf dem Markt tätig ist. Für die Stromverteilung bedeutet das, dass ein bestimmtes Gebiet durch ein einziges Unternehmen versorgt werden soll."<sup>14</sup>

32. Die Möglichkeit, Endverteiler direkt über Elektrizitätsnetze Dritter zu beliefern, besteht höchstens unter spezifischen räumlichen Gegebenheiten, etwa in Grenzgebieten zu anderen Netzen. Die allfälligen Ausweichmöglichkeiten in solchen Situationen sind vorliegend jedoch unbeachtlich, da Youtility auch

gegenüber Endverteilern zur Anwendungen kommt, welche sich nicht in dieser Lage befinden.

33. Auch der Bau neuer Leitungen und Netze erscheint weder ökonomisch sinnvoll noch innert vernünftiger Zeit realisierbar. Eine Genehmigung für den Bau von konkurrierenden Netzen oder Leitungen, ohne dass diese aus Kapazitätsgründen erforderlich wären, ist nicht realistisch<sup>15</sup> (s. "Swissgrid", RPW 2005/2, S. 354, Rz. 74 f.; "Watt/Migros - EEF", RPW 2001/2, S. 276, Rz. 122). Selbst bei Kapazitätsengpässen ist die Genehmigung für neue Leitungen sehr schwierig zu erlangen. Dabei ist es einfacher, eine bestehende Leitung zu verstärken als eine neue zu erstellen ("Swissgrid", RPW 2005/2, S. 354, Rz. 77). Die potenzielle Konkurrenz durch den Bau neuer Leitungen beziehungsweise Netze vermag deshalb kaum disziplinierende Wirkung auf das Verhalten der BKW auszuüben.

#### **c) Belieferung durch Dritte über das Elektrizitätsnetz der BKW**

34. Zurzeit besteht in der Schweiz keine spezialgesetzliche Regelung, welche Elektrizitätsnetzbetreiber dazu verpflichten würde, Strom von Dritten durch ihr Netz zu leiten.

35. Die Wettbewerbskommission hat mit Verfügung vom 5. März 2001 jedoch festgestellt, dass die Freiburger Elektrizitätswerke (EEF) durch die Weigerung, Elektrizität der Watt AG für die Versorgung der Produktionsstätten der Estavayer Lait SA (ELSA) in Estavayer und der Micarna SA in Courtepin über ihr Netz zu leiten, ihre marktbeherrschende Stellung im Sinne von Artikel 7 KG missbrauchen ("Watt/Migros - EEF", RPW 2001/2, S. 255 ff.). Diese Verfügung wurde vom Bundesgericht mit Entscheid vom 17. Juni 2003 gestützt (BGE 129 II 497). Somit können unter gleichartigen Gegebenheiten Unternehmen die Durchleitung von Elektrizität über Netze Dritter kartellrechtlich erzwingen.

36. Aufgrund der tatsächlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen<sup>16</sup> im Verteilgebiet der BKW ist davon auszugehen, dass auch die BKW, das Fehlen von sachlichen Rechtfertigungsgründen vorausgesetzt, grundsätzlich eine positive Pflicht trägt, Strom von Konkurrenzunternehmen zur Belieferung von Endverteilern durchzuleiten. Allerdings ist zu beachten, dass sich in der Schweiz bis zum heutigen Tag keine umfassende Durchleitungspraxis entwickelt hat. Auch die Botschaft zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und

<sup>14</sup> MASSIMO FILIPPINI/SILVIA BANFI, Regulierungsbedarf des Stromverteilsektors, Die Volkswirtschaft, 2005, S. 19.

<sup>15</sup> Gemäss Art. 16 Abs. 1 des Bundesgesetzes betreffend die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen (Elektrizitätsgesetz, EleG, SR 734.0) wird zur Erstellung oder Änderung von Stark- oder Schwachstromanlagen eine Plangenehmigung benötigt. Die Genehmigungsbehörde ist in der Regel das Eidgenössische Starkstrominspektorat (Art. 16 Abs. 2 Bst. a EleG).

<sup>16</sup> Soweit ersichtlich, finden sich nur in wenigen Kantonen die Grundlagen für ein rechtliches Monopol. Vgl. dazu BERNHARD WALDMANN, Strommarkt und kantonales Recht, Die Volkswirtschaft, 2005, S. 23 ff.

zum Stromversorgungsgesetz (StromVG) vom 3. Dezember 2004 hält fest, dass der Anspruch auf Netzzugang gestützt auf das Kartellgesetz bei Streitigkeiten in jedem Einzelfall gerichtlich erkämpft werden muss, womit eine allgemein anwendbare Regelung zum Netzzugang fehlt<sup>17</sup>. Schwierigkeiten für die Stromdurchleitung für Drittanbieter ergeben sich bereits auf der Stufe der Hoch- und Höchstspannung, auf welcher zurzeit kein einheitlicher Netzbetreiber vorhanden ist, welcher Durchleitungsbedingungen und Durchleitungspreise veröffentlicht und dessen Preise sich dank einer separaten Kostenrechnung wirkungsvoll auf ihre Angemessenheit überprüfen liesse (s. "Swissgrid", RPW 2005/2, S. 354 ff., Rz. 84 ff.). Die Möglichkeit von Drittanbietern, Endverteiler über das Netz der bestehenden Kantonswerke mit Elektrizität zu versorgen, ist deshalb unter der geltenden Rechtslage mit erheblichen Transaktionskosten und hohem Zeitaufwand verbunden, welche sich einzig für Industrie- und Grosskunden auszahlen.

37. Bei den an Youtility beteiligten Gemeindewerken handelt es sich mehrheitlich um lokale EVU von geringer Grösse<sup>18</sup>. Diesen dürften in der Regel das personelle Know-how wie auch die finanziellen und zeitlichen Ressourcen fehlen, ihr Recht auf Stromdurchleitung effektiv geltend zu machen. Auch sind die kleinen Gemeindewerke angesichts der geringen Bezugsmengen für gebietsfremde Stromproduzenten wenig attraktive Vertragspartner. Aufgrund der hohen Transaktionskosten dürfte unter der geltenden Rechtslage deshalb von gebietsfremden Drittanbietern bezüglich der an Youtility beteiligten kleinen Gemeindewerke kein wesentlicher Wettbewerbsdruck auf die BKW ausgehen. Wettbewerbsdruck vermögen die gebietsfremden Anbieter hingegen bezüglich der an Youtility beteiligten grossen, professionell geführten und erhebliche Stromquantitäten beziehenden Gemeindewerke ausüben. Diese stellen auch für die gebietsfremden Anbieter interessante Wholesale-Kunden dar, für welche die Erzwingung einer Durchleitung gegebenenfalls profitabel sein kann.

38. Zu beachten ist überdies, dass eine künftige spezialgesetzliche Regelung der Durchleitungspflicht der Elektrizitätsnetzbetreiber zu einer zusätzlichen Intensivierung des Wettbewerbs im Wholesale-Markt für Stromversorgung führen dürfte. Dies ist vorliegend insbesondere deshalb von Interesse, weil Youtility [...].

39. Erfahrungen aus dem benachbarten Ausland zeigen, dass die Wechselbereitschaft der Stromendverbraucher auch in einem liberalisierten Umfeld relativ gering ist. So pendelte sich der Anteil der Wechselkunden in Deutschland und Österreich bei den Kleinkonsumenten inzwischen auf 3% bis 5% ein<sup>19</sup>. Allerdings zeigte die Situation der Industrie- und Grosskunden, welche zumindest bezüglich der Strombezugsmenge am ehesten mit Stadt- und Gemeindewerken vergleichbar sind, ein differenziertes Bild. Zwar konnten auch hier nur geringe Wechselzahlen festgestellt werden, doch gründete dies darin, dass der "local Player" oftmals im Rahmen von Ausschreibungsverfahren das letztlich günstigste Angebot stellte<sup>20</sup>. Da in diesem Kundensegment die lokalen Stromversor-

gungsunternehmen auf die Angebote der Wettbewerber reagieren mussten, ist davon auszugehen, dass die gebietsfremden Wettbewerber eine nicht unerhebliche disziplinierende Wirkung auf die "local Players" auszuüben in der Lage waren.

40. Dass die Youtility beigetretenen Gemeinde- und Stadtwerke bereit sind, von einer künftigen Strommarktliberalisierung zu profitieren, bestätigen auch eine Auswertung der Antworten der befragten Gemeinde- und Stadtwerke. Die überwiegende Mehrzahl der Gemeinde- und Stadtwerke gab an, einen Austritt aus Youtility in Erwägung zu ziehen, sollte ihnen künftig eine andere Kooperation zu besseren Konditionen offeriert werden. Als solche alternative Elektrizitätsversorgungsunternehmen mit ausreichenden Kapazitäten, um Gemeinde- und Stadtwerke mit der benötigten Strommenge zu beliefern, kämen in einem künftigen liberalisierten Versorgungsmarkt insbesondere die Axpo Gruppe (Axpo), die Aare Tessin AG für Elektrizität (Atel), Swisspower, welcher u.a. Energie Wasser Bern (ewb) angehört, sowie die Société anonyme l'énergie de l'ouest-Suisse (EOS) bzw. die mit der EOS finanziell verbundenen Unternehmen (EEF, ENSA u.a.) in Frage. Dabei ist zu beachten, dass die BKW gesamtschweizerisch heute sowohl in der Stromerzeugung wie auch der Stromversorgung über Marktanteile von lediglich rund 10%-13% verfügt ("NOK/Watt", RPW 2002/2, S. 352 ff., Rz. 31 ff.).

41. Der Wechsel des Stromversorgungsunternehmens kann für die Gemeinde- und Stadtwerke mit erheblichen Wechselkosten verbunden sein. Diese Wechselkosten, wie bspw. Transaktions- und Suchkosten, Kosten einer vorzeitigen Vertragsauflösung oder Unsicherheitskosten stellen ebenso wie langjährige persönliche und geschäftliche Kontakte mit dem lokalen Versorger Markteintrittsbarrieren für externe EVU dar. Nichtsdestotrotz ist damit zu rechnen, dass in einem liberalisierten Marktumfeld der Wettbewerbs- und insbesondere der Preisdruck auf die historischen "local Players" zunehmen wird.

### **B.3.1.3 Zwischenergebnis**

42. Aufgrund der obigen Ausführungen ist davon auszugehen, dass die BKW derzeit im räumlich relevanten Markt, welcher nicht weiter als ihr Netzgebiet ist, auf dem sachlichen Markt für Stromversorgung von Endverteilern (lokale Stromversorgungsunternehmen mit eigenem lokalem Verteilnetz mittlerer/niedriger Spannungsebene) eine marktbeherrschende Stellung einnehmen dürfte. Ausnahmen hiervon bestehen bezüglich der grossen Gemeindewerke, welche ihren Strom aufgrund der kartellrecht-

<sup>17</sup> Botschaft zum StromVG, S.6

<sup>18</sup> Vgl. oben, Fn. 3

<sup>19</sup> Siehe dazu RAINER BACHER/WALTER STEINMANN, Versorgungssicherheit trotz Strommarktöffnung - machbar oder illusionär?, Die Volkswirtschaft, 2005, S. 8.

<sup>20</sup> Vgl. dazu Bundeswettbewerbsbehörde der Republik Österreich, Allgemeine Untersuchung der österreichischen Elektrizitätswirtschaft, 2. Zwischenbericht, Wien, im April 2005, S. 10 und 37 ff.

lichen Stromdurchleitungspflicht von gebietsfremden Produzenten beziehen können, sowie bezüglich der Endverteiler in räumlicher Nähe zu anderen regionalen oder überregionalen Netzen. Angesichts der heutigen Fragmentierung des Stromversorgungsmarktes in zahlreiche kleine und kleinste Gemeindeversorgungsunternehmen, sind diese Ausnahmen für den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt allerdings von untergeordneter Bedeutung.

43. Im Falle einer sektorspezifischen Strommarktliberalisierung dürfte die BKW ihrer marktbeherrschenden Stellung verlustig gehen. Es ist zu erwarten, dass sich die BKW in einem solchen Fall aufgrund der disziplinierenden Wirkung des aktuellen oder potenziellen Wettbewerbs, der von anderen grossen Schweizer und gegebenenfalls ausländischen EVU ausgeht, nicht mehr in wesentlichem Umfang unabhängig im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG verhalten können.

44. Im Rahmen dieser Vorabklärung muss und kann jedoch die Marktstellung der BKW nicht abschliessend geklärt werden, da, wie nachfolgend gezeigt wird, das zu beurteilende Verhalten kartellrechtlich nicht zu beanstanden ist.

### **B.3.2 Missbräuchliche Verhaltensweisen**

45. Ein marktbeherrschendes Unternehmen kann sich einerseits gegenüber seiner Marktgegenseite missbräuchlich verhalten (Ausbeutungsmissbrauch) und andererseits gegenüber aktuellen oder potenziellen Wettbewerbern (Behinderungsmissbrauch).

#### **B.3.2.1 Ausbeutungsmissbrauch gegenüber den Gemeinde- und Stadtwerken als Endverteiler**

46. Eine missbräuchliche Verhaltensweise der BKW gegenüber den lokalen Stromversorgungsunternehmen könnte u.U. vorliegen, wenn diese zu einem für sie nachteiligen Beitritt zu Youtility gezwungen (nachfolgend, Rz. 48 ff.) oder mit langfristigen exklusiven oder sonstwie unangemessenen Verträgen an Youtility und dadurch an die BKW als Stromversorgungsunternehmen gebunden würden (nachfolgend, Rz. 51 ff.).

47. Vorweg ist festzuhalten, dass die Einflussmöglichkeit der BKW auf die Geschäftstätigkeit der Youtility beschränkt ist und sich letztere schon aus diesem Grund kaum einseitig für die Interessen der BKW instrumentalisieren lässt. Die betriebswirtschaftliche Zielsetzungen und die unternehmerische Führung der Youtility sind Sache des Verwaltungsrates<sup>21</sup>. Der Verwaltungsrat der Youtility besteht aus [...] Mitgliedern, mit mindestens [...] Vertretern der BKW, [...] Vertretern der übrigen Beteiligungspartner und [...] unabhängigen Verwaltungsratsmitglied<sup>22</sup>. [...] <sup>23</sup>. Aufgrund dieser vertraglichen Vereinbarung einer ausgewogenen Zusammensetzung des Verwaltungsrates ist gewährleistet, dass die BKW nie alleine über die absolute Mehrheit im Verwaltungsrat der Youtility verfügen kann. Überdies bedürfen Beschlüsse der Generalversammlung, welche den Kerngehalt der Statuten der Youtility oder des Partnervertrages betreffen, so insbesondere Beschlüsse über Ziele und Aufgaben der

Youtility sowie über die Grundsätze der Partnerschaft und der Zusammenarbeit, [...]. Weitere Quorumserfordernisse stellen überdies sicher, dass die BKW mit ihrem Stimmenanteil von mindestens [...] der Youtility nicht eine den Interessen der übrigen Beteiligungspartnern zuwiderlaufende Geschäftspolitik aufzwingen kann<sup>24</sup>. Eine Instrumentalisierung der Youtility ist im Interesse der BKW bereits vor diesem Hintergrund ausgeschlossen.

48. Die Auswertung der Fragebogen hat ergeben, dass die an Youtility beteiligten Endverteiler von der BKW nicht unter Druck gesetzt wurden, Youtility beizutreten. Vielmehr waren für die Gemeinde- und Stadtwerke eigene wirtschaftliche Interessen für den Beitritt ausschlaggebend. Nicht zuletzt mit Blick auf die Strommarktliberalisierung und dem daraus zu erwartenden Wettbewerbsdruck versuchen die lokalen Stromversorgungsunternehmen derzeit, sich neu zu positionieren und effiziente Strukturen anzueignen<sup>25</sup>. Im Wesentlichen stehen den lokalen Stromversorgungsunternehmen dabei drei Alternativen offen: Alleingang, Verbund mit anderen Stromversorgungsunternehmen oder Integration in ein beziehungsweise Fusion mit einem vertikal integrierten EVU oder anderen Endverteilern. Die angefragten lokalen EVU entschlossen sich gegen den Alleingang, da sie aufgrund hoher Fixkosten befürchten, in einem künftigen liberalisierten Strommarkt nicht wettbewerbsfähig zu sein<sup>26</sup>. Dabei ist allerdings zu beachten, dass die BKW auch diejenigen Gemeindewerke weiterhin mit Strom versorgt, welche der Youtility nicht beizutreten bereit sind. Zumindest derzeit nicht zur Diskussion stand die Aufgabe der rechtlichen oder wirtschaftlichen Selbstständigkeit mittels Integration in ein schweizweit tätiges EVU oder Fusion mit anderen lokalen EVU, ein Schritt, der vielerorts auch mit politischen Hürden verbunden sein dürfte. Der Beitritt zu Youtility wurde von einigen der befragten Gemeindewerke denn auch mit der Sicherung der Unabhängigkeit begründet.

49. Mit Blick auf die künftige Strommarktliberalisierung bevorzugt die Mehrzahl lokaler EVU stattdessen die Zusammenarbeit im Verbund mit einem stärkeren Partner. Gemäss Angaben der befragten Unternehmen ermögliche diese eine Kombination der "unternehmerischen Eigenständigkeit mit den Vorteilen und Stärken des Verbundes". Zudem resultierten erhebli-

<sup>21</sup> Ziff. 2.5 Partnervertrag.

<sup>22</sup> Ziff. 9.1 Partnervertrag.

<sup>23</sup> Ziff. 9.2 Partnervertrag.

<sup>24</sup> Vgl. Ziff. 9.15 f. Partnervertrag, wo im Falle der Unzumutbarkeit der weiteren Zusammenarbeit als ultima ratio auch ein sofortiges Austrittsrecht statuiert wird.

<sup>25</sup> Vgl. dazu auch BERNHARD WALDMANN, Strommarkt und kantonales Recht, Die Volkswirtschaft, 2005, S. 23.

<sup>26</sup> Vgl. dazu auch MASSIMO FILIPPINI/SILVIA BANFI, Regulierungsbedarf des Stromverteilsektors, Die Volkswirtschaft, 2005, S. 20: "Um die Effizienz der historisch gewachsenen Versorgungsstruktur zu erhöhen, wäre zu überprüfen, ob eine Strategie der Fusionierung der kleinen EVU realisierbar ist. Die grösseren und effizienteren Unternehmen, die aus einem solchen Konsolidierungsprozess resultieren, wären in der Lage, neue Produkte auf den Markt zu bringen."

che Synergievorteile, insbesondere im Bereich des Marketing und der Produkteentwicklung. Als wichtigster Grund des Youtility-Beitritts wurde jedoch die aus dem gebündelten Einkauf grosser Mengen resultierenden günstigeren Bedingungen bei der Strombeschaffung genannt, welche sich schlussendlich auch in der Form günstigerer Endkundenpreise niederschlagen. Youtility ist denn auch vertraglich verpflichtet, für Produkte und Dienstleistungen mit Lieferanten beste Konditionen zu Gunsten der Beteiligungspartner zu verhandeln<sup>27</sup>.

50. Es bestehen somit keine Anhaltspunkte, dass die an Youtility beteiligten Gemeinde- und Stadtwerke von der BKW in kartellrechtlich unzulässiger Weise unter Druck gesetzt wurden, Youtility beizutreten. Vielmehr suchten diese den Beitritt mit Blick auf die künftige Marktöffnung freiwillig aus betriebswirtschaftlichen Gründen.

51. Des Weiteren finden sich in den einzelnen Youtility-Vertragsbestimmungen auch keine Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Verhaltensweise der BKW gegenüber den Endverteilern. Insbesondere bleiben die Youtility-Partner bei der Wahl ihres Stromlieferanten grundsätzlich frei und werden nicht zur Deckung ihres Strombedarfes bei der BKW oder über einen koordinierten Einkauf durch Youtility verpflichtet. Youtility stellt ihren Vertriebspartnern einzig Know-how und neue Instrumente des Stromeinkaufs zur Verfügung, deren Gebrauch den beteiligten EVU frei steht. Die beteiligten EVU können zwecks Deckung ihres Strombedarfes auch direkt mit anderen Stromlieferanten Bezugsverträge abschliessen. Vertragspartner der Strombezugsverträge bleibt in jedem Fall - und unabhängig von seiner Grösse - der einzelne Endverteiler.

52. Zu beachten ist überdies, dass der Youtility-Partnervertrag durch jeden Beteiligungspartner mit einer Kündigungsfrist von 12 Monaten jeweils auf das Ende eines Kalenderjahres kündbar ist<sup>28</sup>. Gemäss Aussagen der befragten Gemeindewerke bestehen keine administrativen oder technischen Hürden, welche einen Austritt erheblich erschweren würden. Allenfalls müssten längerfristige Stromlieferverträge mit Endkunden angepasst werden, doch halte sich der diesbezügliche Aufwand in vertretbarem Rahmen. Im Falle eines Austritts hat der austretende Beteiligungspartner überdies Anspruch auf [...] <sup>29</sup>.

53. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass keine Anhaltspunkte für einen Ausbeutungsmissbrauch durch eine übermässige Bindung der Gemeindewerke gegenüber Youtility vorliegen. Insbesondere scheint ein Austritt aus Youtility zwecks Beitritt zu einem anderen Verbund, einem Alleingang oder einer Fusion mit anderen EVU mit vertretbarem Aufwand jederzeit möglich zu bleiben.

### **B.3.2.2 Behinderungsmissbrauch gegenüber potenziellen Konkurrenten**

54. Zu prüfen ist weiter, inwieweit die vertragliche Bindung der Gemeindewerke an Youtility in einem künftig liberalisierten Strommarkt den Eintritt anderer EVU in den Markt für Stromversorgung der End-

verteiler im Netzgebiet der BKW übermässig erschwert.

55. Übermässige Markteintrittschranken für potenzielle Wettbewerber der BKW könnten sich insbesondere aus langfristigen Exklusivitätsvereinbarungen ergeben. Solche finden sich jedoch in den Youtility-Verträgen nicht. Zwar verpflichten sich die Vertriebspartner der Youtility zur exklusiven Zusammenarbeit mit Youtility, und insbesondere dazu, die von Youtility angebotenen Produkte exklusiv über die Youtility zu beziehen<sup>30</sup>. Aufgrund der bereits dargelegten kurzen Kündigungsfristen haben die Endverteiler indes die Möglichkeit, innert vernünftiger Frist und mit vertretbarem Folgeaufwand aus dem Youtility-Verbund auszutreten und sich einer anderen Kooperationsplattform anzuschliessen. Einen solchen Austritt dürfte ein Gemeindewerk namentlich dann ins Auge fassen, wenn die Konditionen des Strombezuges und die Supportleistungen eines anderen Verbundes oder Stromlieferanten vorteilhafter sind. Mit entsprechend attraktiven Wholesale- und Produkteangeboten ist potenziellen Konkurrenten der BKW und der Youtility der Markteintritt jederzeit möglich und die Aufnahme des Wettbewerbs somit nicht in unzulässigem Ausmass eingeschränkt.

56. Kartellrechtlich heikel war das Last-Call-Recht der BKW bei der Beschaffung von Energie für die Youtility, welches sich in der ursprünglichen Fassung des Partnervertrages fand. Aufgrund der diesbezüglichen Vorbehalte des Sekretariats in der Beratung vom 15. Februar 2005 verzichtete Youtility darauf, der BKW ein umfassendes Last-Call-Recht zuzugestehen. Zwar bleibt Youtility verpflichtet, bei der BKW ein Angebot einzuholen und mit dieser aktiv zu verhandeln<sup>31</sup>, im Falle eines wirtschaftlich besseren Angebot eines externen EVU ist jedoch diesem der Vorzug zu geben<sup>32</sup>, ohne dass die BKW über ein letztes Nachbesserungsrecht verfügt. Erst nach Inkrafttreten einer gesetzlichen Strommarktöffnung und nach Wegfall der marktbeherrschenden Stellung der BKW soll dieser ein Last-Call-Recht zustehen. Ein solches Last-Call-Recht eines nicht marktbeherrschenden Unternehmens ist kartellrechtlich indes nicht zu beanstanden.

57. Auch ohne Last-Call-Recht ist die Doppelrolle der BKW als Beteiligungspartnerin der Youtility und gleichzeitiger Stromlieferantin indes wettbewerbsrechtlich nicht unproblematisch. Aufgrund der vertraglich vorgeschriebenen Vertretung der BKW im Verwaltungsrat der Youtility ist zu erwarten, dass die BKW im Rahmen der Energiebeschaffung durch die Youtility von vertraulichen Angaben ihrer Wettbewerber, insbesondere deren Preisen und sonstigen Geschäftsbedingungen, Kenntnis erhält. Weder im Partner- noch im Zusammenarbeitsvertrag finden sich

<sup>27</sup> Ziff. 3.5 Partnervertrag.

<sup>28</sup> Ziff. 11.4 Partnervertrag.

<sup>29</sup> Ziff. 7.2 Partnervertrag.

<sup>30</sup> Ziff. 4.5 und Ziff. 4.7 Zusammenarbeitsvertrag.

<sup>31</sup> Ziff. 3.7 Partnervertrag.

<sup>32</sup> Gemäss Ziff. 3.5 Partnervertrag ist Youtility verpflichtet, die besten Konditionen zu Gunsten der Beteiligungspartner zu verhandeln.

Mechanismen, welche eine Einsichtnahme in die Offerten der Wettbewerber durch die von der BKW gestellten Verwaltungsräte verhindern würden. Es ist nicht ausgeschlossen, dass das Wissen über die Preispolitik der Wettbewerber von der BKW anlässlich von Ausschreibungen in anderen regionalen Märkten ausgenutzt würde. Zu befürchten ist deshalb, dass die einseitige Transparenz der Offerten zu Gunsten der BKW einen Verzicht der übrigen grossen Stromversorgungsunternehmen auf eine Offerteinreichung bei Youtility zur Folge hat. Überdies dürfte sich das Gebot zur aktiven Verhandlung mit BKW nach Ziffer 3.7 Partnervertrag bei Kenntnis der übrigen Offerten im Ergebnis wie ein Last-Call-Recht auswirken: Weiss die BKW jeweils vor der letzten Verhandlung mit Youtility detailliert um die Offerten ihrer Wettbewerber, kann sie ihre letzte Offerte entsprechend anpassen und dadurch sicherstellen, dass sie das wirtschaftlich günstigste Angebot unterbreitet.

58. Um diesen kartellrechtlichen Bedenken Rechnung zu tragen, wird Youtility deshalb angewiesen, bei der Beschaffung von Energie einen Mechanismus einzuführen, welcher sicherstellt, dass die BKW, insbesondere deren Vertreter im Verwaltungsrat der Youtility, keine Kenntnis von den von ihren Wettbewerbern offerierten Preisen und Geschäftsbedingungen erlangt, soweit es sich dabei um vertrauliche Angaben handelt. Youtility hat die Umsetzung dieser Vorgabe dem Sekretariat bis spätestens 31. August 2006 zu quittieren und mit entsprechenden Unterlagen zu belegen.

### **B.3.2.3 Zwischenergebnis**

59. Soweit den in Ziffer 57 f. dargelegten wettbewerbsrechtlichen Bedenken durch Youtility Rechnung getragen wird, finden sich auch unter Annahme einer marktbeherrschenden Stellung der BKW keine Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Verhaltensweise im Sinne von Artikel 7 KG. Youtility dürfte weder zu einer Ausbeutung der Gemeindewerke als Marktgegenseite der BKW noch zu einer übermässigen Behinderung künftiger Wettbewerber der BKW führen. Stellt Youtility sicher, dass eine Kenntnisnahme vertraulicher Angaben der Wettbewerber durch die BKW im Rahmen der Energiebeschaffung ausgeschlossen ist, besteht daher kein Anlass, eine Untersuchung nach Artikel 27 KG wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Artikel 7 KG zu eröffnen.

### **B.4 Unzulässige Wettbewerbsabrede**

60. Weiter ist zu prüfen, ob sich in den Youtility-Verträgen Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 5 KG finden.

61. 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). Um festzustellen, ob das Youtility-Vertragskonzept eine unzulässige Wettbewerbsabrede beinhaltet, ist demnach in einem ersten Schritt zu prüfen, ob eine Abrede vorliegt. Ist dies zu bejahen, muss in einem nächsten

Schritt die Intensität der Wettbewerbsbeschränkung dieser Abrede geprüft werden, das heisst, ob durch die Abrede der wirksame Wettbewerb beseitigt oder der Wettbewerb erheblich beeinträchtigt wird. Allenfalls ist in einem letzten Schritt die Rechtfertigung durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz zu überprüfen.

62. 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).

63. Fraglich ist, ob es sich bei Youtility um vertikale oder um horizontale Vertragsbeziehungen handelt. Bei einer rein formellen Betrachtung ist der Partnervertrag, der unter den Aktionären der Youtility geschlossen wurde, horizontaler Natur, während die Zusammenarbeitsverträge zwischen Youtility und den jeweiligen Beteiligungs- oder Absatzpartnern vertikaler Art sind. Eine wirtschaftliche Betrachtungsweise macht indes deutlich, dass es sich bei Youtility um ein Vertragskonstrukt überwiegend vertikalen Charakters handelt. Vertikale Beziehungen bestehen zum einen zwischen der Youtility und den Beteiligungspartnern, welche die Produkte der Youtility vertreiben, zum anderen zwischen der Youtility beziehungsweise den Gemeindewerken und der BKW, bei welcher die Youtility beziehungsweise die Gemeindewerke zumindest teilweise ihre Elektrizität beschaffen. Wirtschaftlicher Zweck der Youtility ist insbesondere der Vertrieb von Strom unter der gemeinsamen Marke "1to1 energy". Zu diesem Zweck erbringt Youtility verschiedene Dienstleistungen für die kleineren Gemeindewerke wie insbesondere IT-Support, Produkteentwicklung, Kundenbetreuung und Marketing<sup>33</sup>. Nicht die Gründung eines horizontalen Einkaufspools, sondern der Vertrieb von Strom der BKW und anderer Produzenten nach einem vorgegebenem Konzept bildet den wirtschaftlichen Hintergrund der Youtility. Youtility ist deshalb als überwiegend vertikales Vertragswerk zu qualifizieren.

64. In Ziffer 3.3 des Partnervertrages wird festgehalten, dass die Beteiligungspartner im Abschluss von Verträgen frei bleiben, jedoch auf ein aktives Marketing im Gebiet der anderen an Youtility beteiligten EVU verzichten. Den beteiligten Vertriebspartnern wird dadurch im Rahmen des Vertriebskonzepts des "1to1 energy"-Stromes ein - allerdings auf die Aktivverkäufe beschränkter - Gebietsschutz zugesichert. Dieses Verbot der Aktivverkäufe in fremdem Vertragsgebiet stellt eine vertikale Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG dar. Bei einer vertikalen Abrede in Vertriebsverträgen zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über die Zuweisung von Gebieten wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gemäss Artikel 5 Absatz 4 KG vermutet, soweit Verkäufe in die zugewiesenen Gebiete durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen sind. Ziffer 3.3 des Partnervertrages untersagt einzig das aktive Marketing im Gebiet der

<sup>33</sup> Beschrieb der Youtility AG, Ziff. 1.

übrigen Beteiligungspartner. Möglich bleiben hingegen so genannte Passivverkäufe, denen kein aktives Marketing durch das vertreibende EVU vorangeht. Damit fällt die Vermutungsbasis von Artikel 5 Absatz 4 KG dahin. Eine Beseitigung wirksamen Wettbewerbs liegt aufgrund der Möglichkeit der Passivverkäufe nicht vor.

65. Die Frage, ob die beschränkte Gebietsabrede den Wettbewerb erheblich zu beeinträchtigen vermag und deshalb im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG als unzulässig zu qualifizieren ist, kann vorliegend offenbleiben. Im Rahmen der Gespräche zwischen der Youtility und dem Präsidenten der Wettbewerbskommission sowie Vertretern des Sekretariats sicherte Youtility zu, auf das kartellrechtlich heikle Verbot aktiven Marketings in Ziffer 3.3 des Partnervertrages zu verzichten. Mit der Streichung von Ziffer 3.3 des Partnervertrages, wonach die "Beteiligungspartner auf ein aktives Marketing im Gebiet der übrigen Beteiligungspartner [verzichten]" fallen die Anhaltspunkte für eine wettbewerbswidrige vertikale Gebietsabrede dahin. Weitere Anhaltspunkte kartellrechtswidriger Wettbewerbsabreden in Sachen Artikel 5 KG finden sich in den untersuchten Verträgen, dem Partnervertrag zwischen den Youtility-Aktionären und den Zusammenarbeitsverträgen zwischen der Youtility und den einzelnen Vertriebspartnern, nicht.

### **C SCHLUSSFOLGERUNGEN**

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

1. regt die Youtility und die BKW an sicherzustellen, dass die BKW im Rahmen der Beschaffung von Energie durch die Youtility-Partner keine Kenntnis von den von ihren Wettbewerbern offerierten Preisen und Geschäftsbedingungen erlangt, soweit es sich dabei um vertrauliche Angaben handelt;
2. regt die Youtility an, Ziffer 3.3, Satz 2 "Jeder Beteiligungspartner verzichtet aber auf ein aktives Marketing im Gebiet der übrigen Beteiligungspartner" aus dem Partnervertrag zu streichen und die entsprechende Vertragsmodifikation allen Beteiligungspartnern schriftlich mitzuteilen;
3. verlangt von Youtility, die Umsetzung der Anweisungen nach Ziffer 1 und nach Ziffer 2 dem Sekretariat bis spätestens 31. August 2006 zu bestätigen und mit entsprechenden Unterlagen zu belegen;
4. stellt fest, dass bei Umsetzung der Anweisungen nach Ziffer 1 bis 3 keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegen;
5. beschliesst, die Vorabklärung nach Eingang der Bestätigung gemäss Ziffer 3 ohne Folgen einzustellen.

## B 2

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

B 2	3. <b>Unternehmenszusammenschlüsse</b> Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	1. <b>NZZ/Ringier/Edipresse (Swiss Printers II)</b>

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

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

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

*Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 20. Juni 2006*

*Stellungnahme vom 7. Juni 2006*

### **I Zusammenschlussvorhaben**

1. Am 2. Juni 2006 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige erleichterte Meldung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens eingegangen. Die Presse publications SR S.A. (nachfolgend: **PPSA**) soll sich im Zug einer Kapitalerhöhung der Swiss Printers AG an dieser beteiligen, wozu PPSA ihre 100%ige Beteiligung am Druckereiunternehmen IRL Imprimeries Réunies Lausanne S.A. als Sacheinlage in die Swiss Printers AG einbringt. Die Swiss Printers AG wurde am 23. November 2004 als Gemeinschaftsunternehmen von der Ringier Print Holding AG und der AG für die Neue Zürcher Zeitung gegründet (RPW 2004/4, S. 1159 ff.).

2. Die **PPSA** ist eine 100%ige Tochtergesellschaft von Edipresse S.A. mit Sitz in Lausanne und gehört damit zur Edipresse-Gruppe (nachfolgend: Edipresse). Edipresse ist eine an der Schweizer Börse kotierte Medienunternehmung. Ihre Geschäftstätigkeit erstreckt sich auf die Herausgabe und den Verlag verschiedener Zeitungen und Zeitschriften im In- und Ausland mit Schwergewicht im Bereich der französischsprachigen Presseerzeugnisse für den Schweizer Markt.

3. Die **Ringier Print Holding AG** (nachfolgend: **RPH**) ist eine 100%ige Tochtergesellschaft der Ringier Holding AG, der obersten Konzerngesellschaft der Ringier-Gruppe, mit Sitz in Zofingen. In der RPH sind die Druckaktivitäten der Ringier-Gruppe in der Schweiz - und zwar der Zeitungsdruck einerseits (Ringier Print Adligenswil AG) und der Akzidenzdruck andererseits (Swiss Printers AG und deren Tochtergesellschaften) - zusammengefasst. Ferner hält die Ringier Holding AG 100% der Ringier AG, welche die Verlagsaktivitäten der Ringier-Gruppe im In- und Ausland und die Druckaktivitäten im Ausland zusammenfasst.

4. Die **AG für die Neue Zürcher Zeitung** (nachfolgend: **NZZ**) ist die oberste Konzerngesellschaft der NZZ-Gruppe mit Sitz in Zürich. Über Tochtergesellschaften und Beteiligungen ist die NZZ im Verlagswesen sowie im Zeitungs- und Akzidenzdruck tätig.

5. Die **Swiss Printers AG** (nachfolgend: **SPAG**) wurde am 23. November 2004 mit einem voll liberierten Aktienkapital von CHF 100'000.- als Gemeinschaftsunternehmen der RPH und der NZZ mit Sitz in Zofingen gegründet. Sie bezweckt das Halten und die Führung von Beteiligungen an anderen Unternehmen, insbesondere an Druckereiunternehmen in der Schweiz. Am 12. April 2005 wurde das Aktienkapital der SPAG auf CHF 20 Mio. erhöht und wird heute zu 70% von der RPH und zu 30% von der NZZ gehalten. Im Rahmen dieser Kapitalerhöhung brachten die zwei Aktionärinnen als Sacheinlagen je die beiden Tochtergesellschaften **Ringier Print Zofingen AG** (nachfolgend: **RPZ**) und **Zürcher Druck und Verlag AG** (nachfolgend: **ZDV**) beziehungsweise die **Zollikofer AG** (nachfolgend: **ZAG**) und **Grafische Betriebe NZZ Fretz AG** (nachfolgend: **NZZ Fretz**) ein. Sämtliche vier Gesellschaften sind praktisch ausschliesslich im Bereich Akzidenzdruck tätig, und zwar überwiegend in der Deutschschweiz. Die Gründung und die Durchführung der Kapitalerhöhung wurde mit Zusammenschlussmeldung vom 18. Oktober 2004 betreffend Gründung des Gemeinschaftsunternehmens SPAG bei der Weko eingereicht. Das Sekretariat beantragte, auf eine eingehende Prüfung zu verzichten (RPW 2004/4, S. 1159 ff.).

6. Die **IRL Imprimeries Réunies Lausanne S.A.** (nachfolgend: **IRL**) mit Sitz in Lausanne soll neu in das Gemeinschaftsunternehmen SPAG überführt werden. IRL ist praktisch ausschliesslich im Bereich des Akzidenzdrucks tätig und dies überwiegend in der französischsprachigen Schweiz.

### **II Meldepflichtiges Zusammenschlussvorhaben**

7. RPH, NZZ und PPSA werden nach der Durchführung des geplanten Vorhabens das Gemeinschaftsunternehmen SPAG gemeinsam kontrollieren, und zwar mit folgenden Beteiligungen: RPH mit 58,82%, NZZ mit 25,21% und PPSA mit 15,97%. Ein Vorgang, durch den zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen erlangen, das sie



bisher nicht gemeinsam kontrollierten, stellt einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG in Verbindung mit Artikel 2 Absatz 1 VKU dar.

8. Nach Artikel 9 Absatz 1 KG sind Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss

a. die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens CHF 2 Mia. oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Mio. erzielten; und

b. mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielten.

9. Gemäss Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b VKU gelten beim Kontrollerwerb als beteiligte Unternehmen die kontrollierenden Unternehmen und die kontrollierten Unternehmen. Am vorliegenden Zusammenschluss beteiligen sich RPH, NZZ und PPSA als kontrollierende Unternehmen und SPAG als kontrolliertes Unternehmen.

10. Die beteiligten Unternehmen erzielten in den Geschäftsjahren 2004 und 2005 in der Schweiz folgende Umsätze:

<i>Unternehmen</i>	<i>Umsatz in CHF</i>
Ringier Holding AG	742,4 Mio. (2004) 824,1 Mio. (2005)
AG für die Neue Zürcher Zeitung	547 Mio. (2004) 482,3 Mio. (2005)
Edipresse S.A.	470 Mio. (2004) 467 Mio. (2005)
<i>Total</i>	<i>1'759,4 Mio. (2004)</i> <i>1'773,4 Mio. (2005)</i>

11. Die Aufgreifschwelle von Artikel 9 Absatz 1 KG ist damit bereits gestützt auf die Umsätze der beteiligten Unternehmen in der Schweiz überschritten, wodurch auf eine Darstellung der weltweiten Umsätze verzichtet werden kann. Das Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

### III BEURTEILUNG

12. Der sachlich relevante Markt umfasst vorliegend den Akzidenzdruckmarkt. Folgende Druckaktivitäten werden umfasst: Zeitschriftendruck, Kataloge, Werbetrucksachen, Geschäftsdrucksachen, Bücher, sonstige Drucksachen.

13. In räumlicher Hinsicht liess die Weko in jüngster Praxis für den Akzidenzdruckmarkt offen, ob weiterhin von einem überregionalen Markt auszugehen, oder ob der Beurteilung ein national gefasster Markt zugrunde zu legen ist (vgl. RPW 2004/4, S. 1160; RPW 2000/3, S. 425). Es wurde weiter darauf hingewiesen,

dass insbesondere Grossaufträge auch ins Ausland vergeben werden können, was sich (zusätzlich) disziplinierend auf das Wettbewerbsverhalten auswirkt (RPW 2004/4, S. 1160). Nach Auffassung der Parteien ist heute in Anbetracht der weiteren technologischen Entwicklungen der letzten Jahre und des steigenden Wettbewerbsdrucks aus den benachbarten Staaten und den neuen Mitgliedstaaten der EU im Osten eine erheblich weitere räumliche Marktabgrenzung angebracht. So sei von einem grenzüberschreitenden Markt auszugehen, der die angrenzenden Staaten einschliesst; mindestens aber von einem nationalen Markt. Weiter sei zu beachten, dass die neue Tochtergesellschaft (IRL) des Gemeinschaftsunternehmens SPAG überwiegend in der Westschweiz tätig ist und sich die Tätigkeit der bereits bestehenden vier Tochtergesellschaften auf das Gebiet der Deutschschweiz konzentriert. Es rechtfertigt sich unter diesen Umständen von einem Markt auszugehen, der das gesamte Gebiet der Schweiz umfasst.

14. Die Marktanteile der beteiligten Unternehmen auf dem schweizerischen Akzidenzdruckmarkt (Umsatzvolumen: CHF 4'243.5 Mio.) stellen sich gemäss Angaben der Parteien, die sich auf Schätzungen des Viscom (Schweizerischer Verband für visuelle Kommunikation) des Jahres 2005 stützen, wie folgt dar:

	<i>Umsatz in CHF</i>	<i>Marktanteil in %</i>
SPAG (2005)	273,4 Mio.	6,4
RPZ	164 Mio.	
ZDV	15 Mio.	
NZZ Fretz	21,4 Mio.	
ZAG	72,6 Mio.	
IRL	57,5 Mio.	1,4
<i>Total</i>	<i>331 Mio.</i>	<i>7,8</i>

15. Es bleibt anzufügen, dass der Akzidenzdruckmarkt von erheblichen Überkapazitäten geprägt ist und zur Hauptsache (sehr) kleine Unternehmen auf dem Markt tätig sind. Im Folgenden werden Schätzungen zu den Marktanteilen des Jahres 2005 der drei wichtigsten Konkurrenten der heutigen und künftigen Tochtergesellschaften der SPAG zum Vergleich aufgeführt.

	<i>Umsatz in CHF</i>	<i>Marktanteil in %</i>
Konkurrenten von RPZ		
[...]	85 Mio.	2
[...]	50 Mio.	1,18
[...]	35 Mio.	0,82
Konkurrenten von ZDV		
[...]	25 Mio.	0,59
[...]	27 Mio.	0,64
[...]	20 Mio.	0,47
Konkurrenten von NZZ Fretz		
[...]	27 Mio.	0,64
[...]	20 Mio.	0,47
[...]	-	-
Konkurrenten von ZAG		
[...]	85 Mio.	2
[...]	40 Mio.	0,94
[...]	38 Mio.	0,9
Konkurrenten von IRL		
[...]	85 Mio.	2
[...]	35 Mio.	0,82
[...]	25 Mio.	0,59

16. Somit kann festgestellt werden, dass der Marktanteil des Gemeinschaftsunternehmens SPAG auf dem schweizerischen Akzidenzdruckmarkt auch nach der Beteiligung von PPSA weit unter 20% liegt (7,8%) und sich folglich eine definitive Marktabgrenzung erübrigt. Der in Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU aufgeführte Schwellenwert wird damit nicht überschritten. Nach Praxis der Wettbewerbskommission werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20% oder mehr beträgt oder der Marktanteil von einem der beteiligten Unternehmen 30% oder mehr beträgt (Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU). Da dies im vorliegenden Fall nicht gegeben ist, liegt kein betroffener Markt im Sinne der VKU vor.

#### **IV ERGEBNIS**

17. Zusammenfassend ergeben sich keine Anhaltspunkte, wonach das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen zur Einleitung einer Prüfung gemäss Artikel 10 KG sind daher nicht erfüllt.

B 2.3

2. *Swisscom Fixnet AG/Betty Holding AG*

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

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

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

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 29. Mai 2006*

### A Sachverhalt

1. Am 25. August 2005 stellte Swisscom Fixnet AG (Swisscom) dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) das Produkt "Betty-Fernbedienung" vor, welches interaktives Fernsehen auch in der Schweiz verankern soll. Zum damaligen Zeitpunkt war geplant, dass Swisscom eine Minderheitsbeteiligung von [...] des Aktienkapitals an der Betty Holding AG erwirbt [...]. Diesbezüglich fragte die Swisscom um eine wettbewerbsrechtliche Beurteilung in Bezug auf einen allfälligen Kontrollerwerb im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG und eine allfällige Meldung im Sinne von Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe a KG an. Mit Schreiben vom 26. August 2005 stufte das Sekretariat die Zusammenarbeit von Swisscom und Betty (Schweiz) AG aus wettbewerbsrechtlicher Sicht als grundsätzlich unbedenklich ein.

2. Am 11. Januar 2006 ging beim Sekretariat ein Schreiben ein, gemäss welchem sich in der Zwischenzeit die Struktur des vorgesehenen Beteiligungserwerbs von Swisscom an der Betty Holding AG geändert habe: Die bisherigen Anteilseigner der Betty Holding AG und Swisscom beabsichtigten, dass die Swisscom neu sämtliche [...]aktien (à je CHF 1.-) erwerben und so zur Alleinaktionärin der Betty Holding AG würde. Bezüglich der Frage der Meldepflicht dieses Vorhabens beanspruchte die Swisscom eine Beratungsleistung im Sinne von Artikel 23 Absatz 2 KG. Am 24. Januar 2006 teilte das Sekretariat der Swisscom mit, dass es sich beim erwähnten Vorhaben gestützt auf Artikel 9 Absatz 4 KG um einen meldepflichtigen Unternehmenszusammenschluss handelt.

3. Am 9. Mai 2006 hat die Wettbewerbskommission die vollständige Meldung des Zusammenschlussvorhabens zwischen Swisscom und Betty Holding AG erhalten. Mit Schreiben vom 11. Mai 2006 bestätigte das Sekretariat die Vollständigkeit der erleichterten Meldung. Swisscom macht in ihrem Hauptantrag geltend, dass die Frage der Meldepflicht durch die Wettbewerbskommission zu klären sei.

4. **Swisscom AG** ist eine im Bereich der Telekommunikation tätige spezialgesetzliche Aktiengesellschaft mit Sitz in Ittigen (Bern). Sie verfügt über fixe sowie mobile Datenübertragungsnetzwerke und bietet über ihre in der Regel zu 100% kontrollierten Gruppengesellschaften Dienstleistungen und Produkte für die mobile, die netzgebundene und die Internet Protokollbasierte Sprach- und Datenkommunikation an. Die

Swisscom-Gruppe erwirtschaftet einen Jahresumsatz von rund CHF 10 Mia.

5. Zum Swisscom Konzern gehört die **Swisscom Fixnet AG**, welche Dienstleistungen im Bereich der Sprach- und Datenübertragung auf dem Festnetz sowohl für Endkunden als auch für Weiterverkäufer von ähnlichen Dienstleistungen anbietet.

6. Die **Betty Holding AG** mit Sitz in Zürich ist eine reine Holdinggesellschaft, welche je 100% der Aktien an der Betty Technology AG in Zug, der Betty TV AG in München sowie der Betty TV Entwicklungs- und Dienstleistungs GmbH in München hält.

7. Die Betty Holding AG bezweckt zusammen mit ihren Tochtergesellschaften die Forschung und Beratung vornehmlich im Bereich der Fernseh- und Videotechnologie sowie den Erwerb, die Verwertung und die Veräusserung von damit zusammenhängenden Patenten und Lizenzen für die Betty-Fernbedienung verarbeiteten Hard- und Software. Die Haupttätigkeit der Betty-Gesellschaften liegt zurzeit im Aufbau und in der Vermarktung der Betty-Technologie in Deutschland. Für den Marktaufbau in der Schweiz ist aufgrund eines Lizenzvertrags zwischen der Betty Technology AG und der Swisscom letztere zuständig.

### B Erwägungen

#### B.1 Geltungsbereich

8. Das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (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).

9. Das Gesetz ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden (Art. 2 Abs. 1 KG).

#### B.1.1 Unternehmen

10. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Betty Holding AG ist als Unternehmen in diesem Sinne zu qualifizieren.

11. Swisscom Fixnet AG betreffend ist festzuhalten, dass diese als hundertprozentige Tochtergesellschaft der Swisscom AG mit jener personell verflochten ist und strategische Geschäftsentscheide im Einklang mit der Swisscom AG getroffen werden. Aufgrund der fehlenden wirtschaftlichen Selbstständigkeit ist grundsätzlich die Swisscom-Gruppe als Unternehmen im Sinne von Artikel 2 Absatz 1<sup>bis</sup> KG anzusehen (Beschwerdeentscheid Rekurskommission für Wettbewerbsfragen [REKO/WEF] vom 30.6.2005 [Swisscom ADSL], RPW 2005/3, S. 505 ff, E.3.2). Nachfolgend

werden die beiden Gesellschaften undifferenziert als Swisscom bezeichnet.

## **B.2 Vorbehaltene Vorschriften**

12. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Solche Vorschriften wurden von den Parteien auch nicht vorgebracht.

## **B.3 Unternehmenszusammenschluss**

13. Nach Artikel 4 Absatz 3 KG gilt als Unternehmenszusammenschluss:

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.

14. Ein Unternehmen erlangt im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe 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 anderen Unternehmens auszuüben. Mittel zur Kontrolle können insbesondere sein (vgl. Art. 1 VKU):

a. Eigentums- oder Nutzungsrechte an der Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens des Unternehmens;

b. Rechte oder Verträge, die einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratungen oder Beschlüsse der Organe des Unternehmens gewähren.

15. Durch den [...]vertrag der Anteilseigner der Betty Holding AG mit der Swisscom wird Swisscom zur Alleinaktionärin der Betty Holding AG.

16. Das geplante Zusammenschlussvorhaben ist somit als Kontrollübernahme im Sinne von Artikel 1 VKU und damit als Unternehmenszusammenschluss gemäss Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG zu qualifizieren.

## **B.4 Meldepflicht**

### **B.4.1 Meldepflicht nach Artikel 9 Absatz 1 KG**

17. Nach Artikel 9 Absatz 1 KG sind Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss:

a. die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens CHF 2 Mia. oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Mio. erzielten; und

b. mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielten.

18. Gemäss Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b VKU gelten bei der Erlangung der Kontrolle als beteiligte Unternehmen die kontrollierenden Unternehmen und die

kontrollierten Unternehmen. Der Umsatz eines beteiligten Unternehmens setzt sich gemäss Artikel 5 Absatz 1 VKU aus den Umsätzen seiner Tochter-, Mutter-, Schwester- und Gemeinschaftsunternehmen zusammen.

19. Betreffend die Meldepflicht nach Artikel 9 Absatz 1 KG meldete Swisscom, dass die Umsatzzschwellenwerte von Artikel 9 Absatz 1 KG nicht erfüllt seien: Die Betty Holding AG und ihre Tochterunternehmen [...] haben bis heute keinen relevanten Umsatz erzielt.

20. Die Meldepflicht besteht allerdings ungeachtet der Artikel 9 Absätze 1-3 KG, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach diesem Gesetz rechtskräftig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat, und der Zusammenschluss diesen Markt oder einen solchen betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist (Art. 9 Abs. 4 KG).

### **B.4.2 Meldepflicht nach Artikel 9 Absatz 4 KG**

21. Artikel 9 Absatz 4 KG verlangt für das Vorliegen einer gestützt auf diese Bestimmung bestehende Meldepflicht, dass ein Unternehmen am Zusammenschlussvorhaben beteiligt ist, für welches auf einem in der Schweiz bestimmten Markt eine marktbeherrschende Stellung rechtskräftig festgestellt worden ist, und dass das Zusammenschlussvorhaben diesen oder einen solchen Markt betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist. Die Wettbewerbskommission hat eine beherrschende Stellung von Telecom PTT (heute: Swisscom) auf dem schweizerischen Telefoniemarkt im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG festgestellt.<sup>1</sup> Dazu ist festzuhalten, dass sich die marktbeherrschende Stellung gemäss den entsprechenden Erwägungen auf das Netz und die Dienste bezogen hat.<sup>2</sup>

22. Unter vor- oder nachgelagerten Märkten sind Märkte zu subsumieren, die bezüglich der Produktion oder der Distribution auf dem Weg des Produktes vorher oder nachher liegen. Unter benachbarten Märkten dürfen Märkte von Gütern verstanden werden, die bis zu einem gewissen Grad substituierbar sind und deren Nachfrage parallel verläuft.<sup>3</sup> Umstritten ist dabei, ob es sich um sachlich und/oder räumlich benachbarte Märkte handelt.<sup>4</sup> Eine restriktivere Ansicht besagt, dass beim benachbarten Markt nur der sachliche Markt gemeint sein kann, da es sich bei Artikel 9 Absatz 4 KG um eine Ausnahmebestimmung handelt.<sup>5</sup>

23. Im Telekommunikationsbereich hat die Wettbewerbskommission für Zusammenschlüsse, an denen Swisscom beteiligt war, unter anderem in folgendem

<sup>1</sup> Telecom PTT/Blue Window, RPW 1997/2, S. 174, Dispositiv Ziff. 1.

<sup>2</sup> RPW 1997/2, S. 167, Rz. 38.

<sup>3</sup> SCHERRER, Das europäische und das schweizerische Fusionskontrollverfahren, S. 340 f.

<sup>4</sup> DUCREY, Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, in SIWR, S. 258.

<sup>5</sup> VENTURI, Commentaire Romand, Art. 9 N 120.

Fall eine Meldepflicht gestützt auf Artikel 9 Absatz 4 KG bejaht: In Sachen Swisscom - UTA wurde für ein in einem Nachbarstaat im Telekommunikationsbereich tätiges Unternehmen die Meldepflicht gestützt auf Artikel 9 Absatz 4 KG ohne weiteres bejaht.<sup>6</sup> Die Wettbewerbskommission ist im Zusammenschlussvorhaben Swisscom Fixnet/WLAN AG für die drahtlose Technologie Wireless Local Area Networks (WLAN) von einem der Festnetztelefonie nachgelagerten Markt ausgegangen und hat eine Meldepflicht nach Artikel 9 Absatz 4 KG bejaht.<sup>7</sup> In Sachen Swisscom-Cinetrade<sup>8</sup> wurde von einer Meldepflicht ausgegangen, wobei Cinetrade durch die Bereiche Pay-TV, Kinos und Verwertung von Filmrechten über einen Zugang zu Inhalten verfügt. Swisscom ermöglicht als Anbieterin von Telekommunikationsdienstleistungen mit ihrem Datenübertragungsnetz (insbesondere Anschlussnetz) in der Schweiz flächendeckenden Zugang zu Endkunden. Mit dem Zusammenschluss entstand eine vertikale Verflechtung von Inhalten und Zugang. Dabei hat die Wettbewerbskommission entschieden, dass es sich mindestens betreffend die Inhalte (insbesondere Filmverwertungsrechte) um einen dem Telefoniemarkt im Sinne des Entscheid Telecom PTT/Blue Window vorgelagerten Markt handle.

24. Es stellt sich betreffend die Übernahme der Betty Holding AG durch Swisscom die Frage, ob diese einen Markt betrifft, welcher demjenigen der Telefonie respektive dem Netz und den Diensten vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

25. Vorab ist die Betty-Technologie kurz zu umschreiben: Betty ist ein neues interaktives Medium, das den TV-Sendern erstmals die Möglichkeit gibt, direkt und synchron zur Sendung mit ihren Zuschauern in Kontakt zu treten. Hauptbestandteil von Betty ist eine neuartige Fernbedienung, die über Funk mit dem laufenden TV-Programm verbunden ist. Über den drahtlosen Rückkanal zum Telefonanschluss, dies funktioniert unabhängig vom Telefonanbieter, eröffnet Betty den Sendern und Werbeauftraggebern die Möglichkeit, den Zuschauer ins Programm zu involvieren. Betty bietet auf einem eingebauten Bildschirm neben den redaktionellen Inhalten Mehrwertdienste wie Wettbewerbe, Quizspiele, Abstimmungen, Umfragen oder Teleshopping an. Ausserdem können so auch die TV-Zuschauer über Direktmarketing erreicht werden.<sup>9</sup> Die Markteinführung von Betty hat noch nicht stattgefunden.

26. Es ist insbesondere die Frage zu klären, ob die Aktivitäten der Betty Holding AG als einen vor- oder nachgelagerten Markt des Telefoniemarktes im Sinne des vorstehend erwähnten Entscheids in Sachen Bluewin zu klassifizieren sind.

27. Wie erläutert, sind Märkte als vor- oder nachgelagert zu definieren, die bezüglich der Produktion oder der Distribution auf dem Weg des Produktes vorher oder nachher liegen. In Sachen Swisscom-Cinetrade (RPW 2005/2, S. 365) wurde eine Meldepflicht gestützt auf Artikel 9 Absatz 4 KG aufgrund einer vertikalen Verflechtung von Inhalt und Zugang bejaht. Analog ist diesbezüglich für die Übernahme der Betty Holding AG durch Swisscom zu argumentieren: Betty TV AG

beziehungsweise Betty Holding AG verfügt aufgrund ihrer Aktivitäten im interaktiven Fernsehen über Zugang zu Inhalten (patentierete Technologie, welche eine TV Werbe- und Mehrwertdiensteplattform ermöglicht). Swisscom ermöglicht als etablierte Anbieterin von Telekommunikationsdienstleistungen mit ihrem Datenübertragungsnetz (insbesondere dem Anschlussnetz) in der Schweiz nahezu flächendeckenden Zugang zu Endkunden. Für das interaktive Fernsehen via Betty benötigt der Kunde einen Kanal zur Rückkommunikation, bei welchem es sich regelmässig um das Anschlussnetz von Swisscom handeln dürfte. Folglich entsteht durch den geplanten Zusammenschluss eine vertikale Verflechtung von Zugang und interaktivem Content. Daher handelt es sich um einen nachgelagerten Markt, da das Anschlussnetz auf dem Weg des Produktes bezüglich der Produktion und/oder Distribution (Betty-Technologie für das interaktive Fernsehen) dem Vertrieb und den Verkauf von Endgeräten für interaktives Fernsehen sowie dem Segment für TV Werbe- und Mehrwertdiensteplattformen vorgelagert ist.<sup>10</sup> Wesentlich ist somit, dass Betty als interaktive Fernbedienung beim Kanal zur Rückkommunikation das Telefonnetz verwendet.

28. Abschliessend kann demzufolge festgehalten werden, dass die Aufgreifkriterien von Artikel 9 Absatz 4 KG erfüllt sind und das vorliegende Zusammenschlussvorhaben somit meldepflichtig ist.

29. Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, handelt es sich vorliegend unter dem Blickwinkel von Artikel 10 KG um ein unbedenkliches Zusammenschlussvorhaben. Da Swisscom das Zusammenschlussvorhaben gemeldet hat, entfällt damit für den von Swisscom gestellten Hauptantrag, wonach sie die Meldepflicht nach Artikel 9 Absatz 4 KG im vorliegenden Fall bestreitet, ein entsprechendes Feststellungsinteresse.

### ***B.5 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens in vorläufiger Prüfung***

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

31. Gemäss Artikel 4 Absatz 2 KG gelten als marktbeherrschende Unternehmen einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

32. Unternehmen sehen sich in ihren Verhaltensspielräumen durch ihre aktuellen und potenziellen Konkurrenten beschränkt. Die voraussichtliche Marktstellung der Parteien ergibt sich folglich daraus, ob nach

<sup>6</sup> RPW 1998/3, S. 412 ff.

<sup>7</sup> RPW 2003/1, S. 204 ff.

<sup>8</sup> RPW 2005/2, S. 365.

<sup>9</sup> Vgl. <http://www.betty-tv.ch/?sub=3>.

<sup>10</sup> Vgl. B.5.1.

Realisierung ihres Vorhabens genügend aktuelle und potenzielle Konkurrenten verbleiben, die das Verhalten der Parteien nach dem Zusammenschluss disziplinieren werden.

33. Da es sich in Falle der Betty-Technologie um ein Innovationsprodukt handelt, ist auch zu beurteilen, ob auch nach dem Zusammenschluss auf diesem Markt noch mit Innovationen gerechnet werden kann, oder ob die Zusammenschlussparteien derartige F&E-Kapazitäten und/oder Patente auf sich vereinigen, dass die Konkurrenten mit der Zeit den Anschluss verlieren und deshalb aus dem Markt ausscheiden werden.<sup>11</sup> Ebenso ist noch ungewiss, ob Betty auf das nötige Interesse bei den Endkunden stösst und überhaupt vermarktet wird.

34. 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.5.1 Relevanter Markt**

#### **B.5.1.a Sachlich relevante Märkte**

35. 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).

36. Die *heutigen* interaktiven Angebote, welche einen Zusammenhang mit TV-Sendungen aufweisen (Bsp. Votings für Sendungen wie Music-Star, Gewinnspiele oder Wetterinformationen) werden vor allem über das Festnetztelefon (090\*-Mehrwertdienstnummern) und über das Mobiltelefon beispielsweise per SMS angeboten. Für die interaktive Werbung stehen insbesondere Direct Mailings, das Telefonmarketing sowie Werbe-SMS im Vordergrund.

37. Die neue Betty-Technologie vereint diese Dienstleistungen. Was die Funktionsweise des Betty-Systems betrifft, kann diese folgendermassen beschrieben werden: Die Betty-Technologie funktioniert auf sämtlichen TV-Übertragungswegen (Terrestrisch, Kabel, Satellit etc.), benötigt keine Set-Top-Box und ist bei analogem wie digitalem TV-Empfang einsetzbar. Zudem funktioniert Betty sowohl mit analogen wie auch mit ISDN-Telefonanschlüssen. Die Betty-Fernbedienung besitzt ein eigenes Display, auf dem die begleitenden Dienste und Anwendungen zum laufenden Programm dargestellt werden.<sup>12</sup> Konkret erfolgt die Übertragung der Informationen auf die Betty-Fernbedienung wie folgt: Der Betty-Scart-Adapter am TV-Gerät liest die via Video-Barcode-Insertion ins TV-Bild unsichtbar eingestanzten Informationen und sendet diese in Echtzeit an die Betty-Fernbedienung. Die Angebote werden von der Betty-Redaktion in Zusammenarbeit mit Programm-Machern und Werbetreibenden aufbereitet und ausgestrahlt. Eine Rückkommunikation von Betty findet statt. Indem der Zuschauer via Betty-Fernbedienung auf ein Angebot

antwortet, empfängt der Betty-Telefonadapter - unabhängig vom Telefonanbieter - das entsprechende Signal und sendet es via Telefonleitung zurück. Der Transfer der Signale erfolgt aufgrund des eingebauten Security Chip sicher verschlüsselt.<sup>13</sup>

38. Als sachlich relevante Märkte kommen demzufolge ein Markt für den Vertrieb und den Verkauf von Endgeräten für interaktives Fernsehen und/oder ein Markt für TV Werbe- und Mehrwertdienstplattform in Frage. Eine definitive Marktabgrenzung kann jedoch, da sich der Zusammenschluss in jedem Fall als unbedenklich erweist, offengelassen werden.

39. Nachfolgend wird kurz auf die Marktgegenseiten sowie auf mögliche Überlappungen mit anderen Märkten eingegangen.

#### **B.5.1.a.1 Markt für den Vertrieb und Verkauf von Endgeräten für interaktives Fernsehen**

40. Gemäss der Meldung von Swisscom erfolgt die Markteinführung vorerst ausschliesslich im deutschsprachigen Raum Europas. Die Marktgegenseite, welche Endgeräte für interaktives Fernsehen nachfragt, umfasst in erster Linie die TV-Konsumenten mit dem Wunsch interaktiv fernzusehen. Ob bestimmte Waren oder Leistungen tatsächlich substituierbar sind, kann durch die Frage der Nachfragesubstitution geklärt werden. Erfolgt Nachfragesubstitution, das heisst, weichen die Nachfrager in genügender Anzahl, um die Preiserhöhung unprofitabel zu machen, auf andere Produkte oder Produktgruppen aus, gehören diese Produkte ebenfalls zum relevanten Markt. Bereits heute kann via Mobiltelefon mit beispielsweise der Joca<sup>14</sup>-Software in Deutschland oder per SMS auch in der Schweiz interaktiv ferngesehen werden. Da die Hauptfunktion des Mobiltelefons jedoch nicht interaktives Fernsehen ist, würde eine Preiserhöhung keine relevante Nachfragesubstitution bewirken. Demzufolge gehört das Mobiltelefon als Endgerät für interaktives Fernsehen nicht zum sachlich relevanten Markt.

41. Es handelt sich demzufolge mit der Betty-Technologie beziehungsweise dem Endgerät für interaktives Fernsehen um ein neues Produkt.

<sup>11</sup> So meinte auch die FTC im Fall Roche - Genentech, dass der Zusammenschluss "posed a threat to potential competition in the supply of these new products" (Gilbert und Sunshine 1994, S. 15). Das kann man - wie Gilbert und Sunshine - auch umformulieren in: "the acquisition would have lessened actual competition in research and development directed at these classes of therapeutics. "

<sup>12</sup> <http://www.betty-tv.ch/?sub=3>.

<sup>13</sup> <http://www.betty-tv.ch/?cont=3&langid=d>.

<sup>14</sup> JOCA ist der erste Mediendienst auf dem Mobiltelefon, der medienübergreifend Interaktivität herstellt. So kann zeitgleich zum TV-Programm an Gewinnspielen oder Abstimmungen teilgenommen werden, zusätzliche Informationen wie Tipps zum Fernsehprogramm, Radio-Playlists und Verkehrsnachrichten abgerufen werden, Hits aus dem Radio direkt als Sound-Datei auf den PC ordern oder auch auf eine Print-Anzeige hin direkt eine Warenprobe bestellen (vgl. <http://www.joca.tv/sites/home.htm>).

### B.5.1.a.2 Markt für TV Werbe- und Mehrwertdienstplattform

42. Die Marktgegenseite in diesem möglichen relevanten Markt, die TV-Konsumenten, welche die Dienstleistung TV-Werbe- und Mehrwertdienstplattform nachfragen, hat im heutigen Zeitpunkt hinsichtlich des vorgesehenen Verwendungszwecks nur unvollständige Substitute zur Auswahl: Der sachlich relevante Markt für TV-Werbe- und Mehrwertdienstplattform weist Überlappungen mit Segmenten wie TV-Mehrwertdienste auf.

### B.5.1.b Räumlich relevante Märkte

43. 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).

44. Die in Frage stehenden Dienstleistungen werden von der Marktgegenseite in der Regel im jeweiligen Sprachgebiet des Landes nachgefragt. Der räumlich relevante Markt umfasst demzufolge die Deutschschweiz.

### B.5.2 Aktueller Wettbewerb und voraussichtliche Stellung in den Märkten

45. Als betroffene, einer eingehenden Analyse zu unterziehenden Märkte werden diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte bezeichnet, 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). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

46. Da kein von Swisscom gehaltenes Unternehmen im gleichen Markt tätig ist, entstehen im Markt für den Vertrieb und Verkauf von Endgeräten für *interaktives Fernsehen* keine Marktanteilsadditionen. In Randziffer 27 wurde bereits darauf hingewiesen, dass es bei Innovationsprodukten auch um die Frage geht, ob die potenziellen Konkurrenten mit der Zeit den Anschluss verlieren und deshalb aus dem Markt ausscheiden werden. Diese Thematik ist in Kapitel B.5.3 dargelegt.

47. Beim Markt für *TV-Mehrwertdienste* handelt es sich um so genannte "on Screen"-Mehrwertdienste, welche im Rahmen einer TV-Sendung über den Fernseh Bildschirm angeboten werden. Anbietern solcher Dienste stellt die Swisscom-Gruppe technische Plattformen und das Inkasso zur Verfügung. Die Swisscom Mobile AG führte am 1. April 2006 das Produkt "SMS-Voting" ein. Daneben bietet Swisscom keine spezifisch auf TV-Mehrwertdienste zugeschnittene Produkte und Leistungen an.

48. Ein Teil der Mehrwertdienste der Betty-Technologie funktioniert "on Screen". Dabei nimmt die TV-Sendung Bezug auf Betty (Moderator oder Einblendung). "on Screen-Mehrwertdienste" für Bet-

ty sind Gewinnspiele (Bsp. Benissimo), Voting (Bsp. "welche Kandidatin wird Miss Schweiz?"), Umfragen (Bsp. "Stimmen Sie den Argumenten von Herrn XX zu?") oder Produktsampling (Bsp. "Möchten Sie gratis eine Test-Packung Chips?").

49. Ähnliche Angebote wie TV-Mehrwertdienste erbringen neben Swisscom in erster Linie die in der Schweiz tätigen Fernmeldedienstanbieterinnen wie beispielsweise Orange SA, TDC Switzerland AG, Yellow Access AG oder Solaris Systems BV. Auf diesen Angeboten basieren wiederum Anbieter wie Twister<sup>15</sup> oder Voice Publishing<sup>16</sup>, welche den TV-Veranstaltern Plattformen und Dienstleistungen für die Durchführung von Votings, Gewinnspielen und Direktverkauf zur Verfügung stellen. Auch dort sind SMS-Plattformen bei den Mobilfunkanbietern wie Swisscom Mobile, Orange und sunrise angebunden.

50. Swisscom verfügt gemäss ihrer Meldung vom 5. Mai 2006 über keine näheren Angaben zum Gesamtmarkt für TV-Mehrwertdienste. Die Swisscom stellte jedoch den Anbietern von TV-Mehrwertdienstleistungen technische Plattformen und das Inkasso zur Verfügung und erzielte damit im Jahr 2005 einen Umsatz von insgesamt [...], wobei diese Einnahmen mehrheitlich aus der Durchführung von Mehrwertdienstleistungen für die SRG stammten. Dieser Umsatz dürfte aber für einen Marktanteil von 30 oder mehr Prozent kaum ausreichen. Zudem erzielte die Betty Holding AG bisher in diesem Bereich keine Umsätze und demzufolge findet keine Marktanteilsaddition statt. Es liegt kein betroffener Markt im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU vor.

51. Wie dargelegt, deckt die Betty-Technologie den Markt für TV-Mehrwertdienste nur partiell ab, da über sie auch Mehrwertdienste angeboten werden, auf welche - im Gegensatz zu den "on Screen"-Mehrwertdiensten - in den laufenden Fernsehprogrammen nicht explizit ("Betty-Only"-Mehrwertdienst), sowie gar keinen Bezug ("Resident-Mehrwertdienst") genommen wird.

52. Es kann folglich festgestellt werden, dass in diesen bereits bestehenden Märkten genügend Wettbewerb herrscht. Zudem liegt durch den Unternehmenszusammenschluss keine Marktanteilsaddition auf dem schweizerischen Markt vor. Der in Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU aufgeführte Marktanteil wird also nicht überschritten.

53. Da es sich bei den Dienstleistungen der soeben dargelegten bestehenden Märkte jedoch einerseits um unvollständige Substitute handelt und andererseits beim möglichen sachlich relevanten Markt für

<sup>15</sup> [www.twister.ch](http://www.twister.ch): Multi-Media Gruppe Twister Research International B.V. mit Unternehmungen in Deutschland, Österreich und der Schweiz. Die Tochtergesellschaft Twister interactive ist in der Schweiz einer der führenden Service Provider im Bereich von Response Services und spezialisiert auf Tele-Voting, Interactive Voice Response, SMS, Mobile Entertainment, Micropayment mit Telefon und SMS.

<sup>16</sup> <http://www2.voicepublishing.ch/>: Anbieter von Voice-, Fax-, SMS- und MMS-Applikationen.

den Vertrieb und Verkauf von Endgeräten für interaktives Fernsehen keine Überlappungen zu bereits bestehenden Märkten zu nennen sind, wird noch auf den potenziellen Markt eingegangen.

### **B.5.3 Potenzieller Wettbewerb**

54. In diesem Abschnitt soll geklärt werden, ob auch nach dem Zusammenschluss mit Innovationen zu rechnen ist oder ob die Zusammenschlussparteien derartige F&E-Kapazitäten und/oder Patente auf sich vereinigen, dass die Konkurrenten mit der Zeit den Anschluss verlieren und deshalb aus dem Markt ausscheiden werden. Es stellt sich somit die Frage, ob andere Marktteilnehmer solche Produkte in der nahen Zukunft auch entwickeln könnten.

55. Gemäss der Meldung von Swisscom wurden in die Betty-Technologie in den letzten drei Jahren insgesamt ca. [...] investiert. Ein solcher Betrag kann aber von vielen der in den TV-, Medien- und Telekommunikationsmärkten tätigen Unternehmen für die Produktforschung und die Entwicklung eines vergleichbaren Dienstes aufgebracht werden. Zudem ist auch davon auszugehen, dass weiterhin Innovationen von Konkurrenten in diesem Bereich zu erwarten sind. Die Möglichkeit zum Markteintritt belegt etwa die interaktive Lösung von JOCA und BLUCOM<sup>17</sup> in Deutschland. Beide Lösungen basieren auf der Mobiltechnologie und könnten in der Schweiz auch unabhängig von Swisscom eingeführt werden. Zudem werden mit der Einführung des digitalen Fernsehens alternative Möglichkeiten für interaktives Fernsehen zur Verfügung stehen wie beispielsweise eigenständige sendebegleitende interaktive Dienste von Programmveranstaltern oder interaktive Angebote über Set Top-Boxen durch die Verbreiter von TV-Programmen. Weitere potenzielle Konkurrenten von TV-Werbe- und TV-Mehrwertdienstplattformen sind die weltweit tätigen Hersteller von Telekommunikations- oder TV-

Endgeräten oder auch IT- und Softwarekonzerne. Zudem ist diesbezüglich zu sagen, dass neben Swisscom noch einige potenzielle Wettbewerber im Markt sind, die mindestens über das gleiche Know-how wie Swisscom oder die Betty Holding AG verfügen. Des Weiteren besteht die Möglichkeit, auch von anderen Fernmeldediensteanbietern, aufgrund der Interkonnectionsdienste der Swisscom Fixnet AG, das heisst unter Verwendung ihres Kommunikationsnetzes, eigene TV-Werbe- und TV-Mehrwertdienstplattformen zu betreiben und entsprechende Lösungen zu vermarkten. Im Übrigen gilt dies für alternative Netzbetreiberinnen wie die Cablecom GmbH oder die Betreiberinnen oder Mitbenutzerinnen von Mobilfunknetzen, welche für Festnetz- oder Mobilfunk-basierte Applikationen keiner Beschränkung unterliegen.

56. Demzufolge kann davon ausgegangen werden, dass andere potenzielle Konkurrenten im schnell wandelnden Markt auch nach dem Zusammenschluss durchaus in der Lage wären, identische oder mindestens vergleichbare Dienste anzubieten.

### **B.5.3 Ergebnis**

57. Auf keinem der relevanten Märkte findet eine Marktanteilsaddition statt. Zudem wird die Forschung und Entwicklung im relevanten Markt nicht eingeschränkt. Es kann demzufolge von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlussvorhabens ausgegangen werden.

58. Aus den genannten Gründen ergibt die vorläufige Prüfung keine Anhaltspunkte, wonach das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen zur Einleitung einer Prüfung des Zusammenschlusses nach Artikel 10 KG sind daher nicht erfüllt.

<sup>17</sup> Blucom überträgt während des Fernsehens zeitgleich Programm begleitende Informationen der angewählten Sender auf das Handy. Man kann direkt und interaktiv teilnehmen (Zusätzliche Programminfo, Votings, Quiz/Gewinnspiele, Bieten/Steigern, Applications Download, Teleshopping) (vgl. [http://www.blucm.de/APS\\_-\\_BLUCOM\\_-\\_B2C.132.0.html?&L=2](http://www.blucm.de/APS_-_BLUCOM_-_B2C.132.0.html?&L=2)).



**B 2.3      3.    Atel - EOSH-Aktiven**

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

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

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

*Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 24. Februar 2006*

*Stellungnahme vom 24. Februar 2006 betreffend das Zusammenschlussvorhaben Atel - EOSH-Aktiven*

**A Sachverhalt**

1. Am 24. Januar 2006 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die EOS Holding (nachfolgend EOSH) ihre betrieblichen Aktiven und Aktivitäten in eine noch zu gründende Gesellschaft (nachfolgend NewCo), welche im Wesentlichen aus der heutigen Aare-Tessin AG für Elektrizität (Atel) (nachfolgend Atel) besteht, einzubringen. Das gemeldete Zusammenschlussvorhaben ist somit nur ein Teil (*infra* A.1.3) einer mehrstufigen Transaktion, deren Schritte nachfolgend kurz beschrieben werden (*infra* A.1).

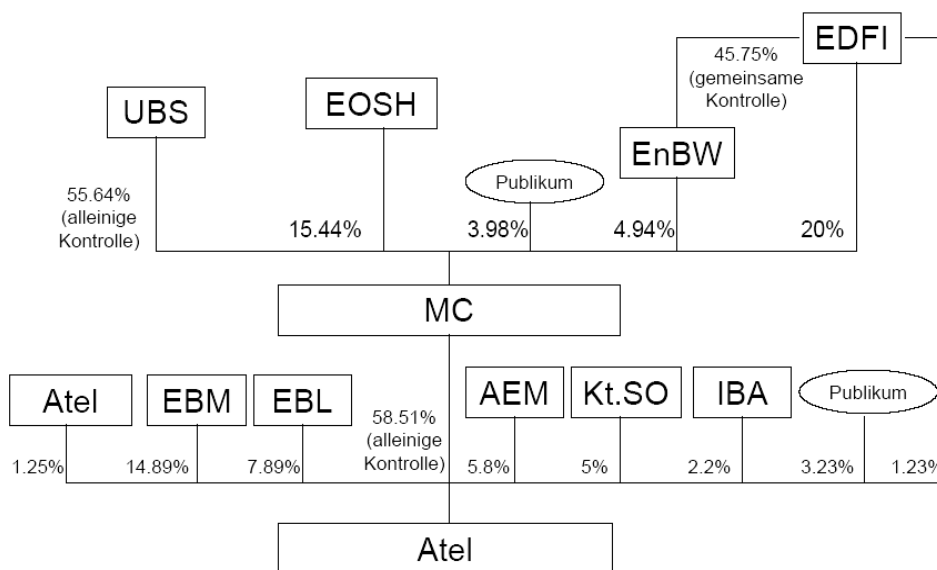
**A.1 Transaktionsschritte des Zusammenschlussvorhabens**

**A.1.1 Ausgangssituation**

2. Gegenwärtig hält die UBS AG (nachfolgend UBS) eine Mehrheitsbeteiligung (55,64%) an Motor-Columbus AG (nachfolgend MC). Die restlichen Aktien der MC sind im Besitz von Electricité de France International (nachfolgend EDFI) (mit einer direkten Beteiligung von 20% und einer indirekten Beteiligung von 4,94% über die von ihr gemeinsam kontrollierte Energie Baden-Württemberg (nachfolgend EnBW), EOSH (15,44%) und dem Publikum (3,98%).

3. MC wiederum ist Mehrheitsaktionärin (58,51%) von Atel, deren sonstiges Aktionariat aus Elektra Birsek (nachfolgend EBM) zu 14,89%, Elektra Baselland (nachfolgend EBL) zu 7,89%, Kanton Solothurn (nachfolgend KtSO) zu 5%, IBAarau AG (nachfolgend IBA) zu 2,2%, Stadtwerke Mailand (AEM SpA; nachfolgend AEM) zu 5,8%, EDFI zu 1,23%, Publikum zu 3,23% und Atel selbst (1,25%) besteht.

4. Die heutige Situation ist in folgender Grafik veranschaulicht:



**A.1.2 Erster Transaktionsschritt: Verkauf der UBS-Beteiligung an MC; Umstrukturierung von MC und Atel in NewCo**

5. Der erste Transaktionsschritt kann in verschiedene Phasen gegliedert werden. In einer ersten Phase veräussert die UBS ihre Mehrheitsbeteiligung an MC. Zu diesem Zweck wurden am 29. September 2005 zwei Aktienkaufverträge abgeschlossen.

6. Der erste Aktienkaufvertrag (nachfolgend Konsortium-Kaufvertrag) betrifft den Erwerb von 14,7% der Aktien durch ein Sub-Konsortium (nachfolgend Atel-

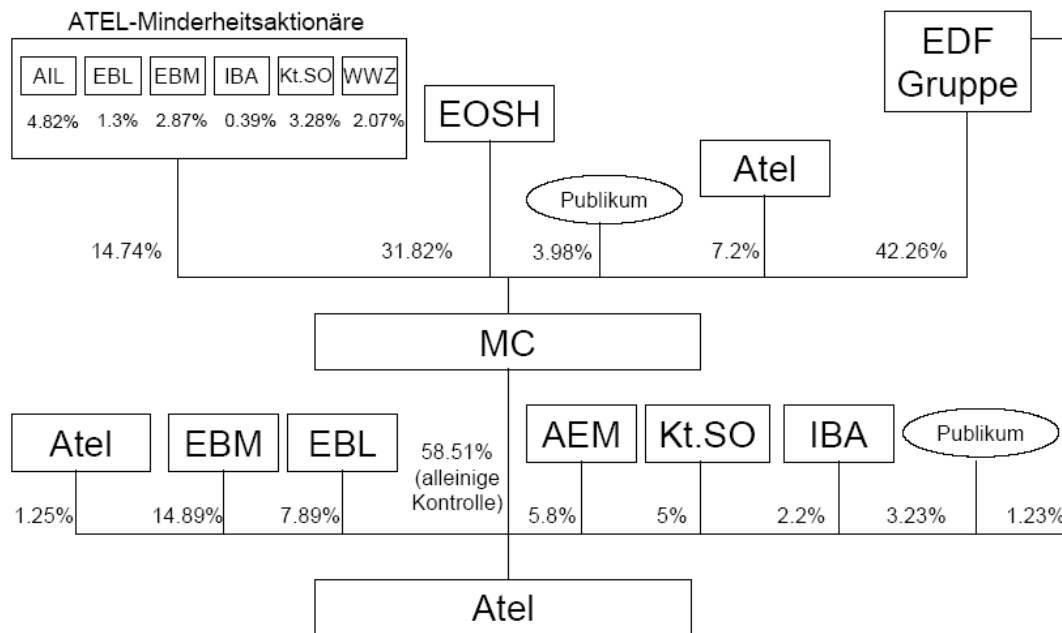
Minderheitsaktionäre), bestehend aus Aziende Industriali di Lugano SA (nachfolgend AIL), EBL, EBM, IBA, KtSO und Wasserwerke Zug (nachfolgend WWZ), 16,38% durch EOSH und 7,2% durch Atel. Der zweite Aktienkaufvertrag regelt den Verkauf von 17,4% der Aktien an EDFI.

7. Der Vollzug der Aktienkaufverträge steht unter anderem unter den Suspensivbedingungen (Art. 4 der Aktienkaufverträge), dass der jeweils andere Aktienkaufvertrag im Rahmen des Gesamt-Vollzugs vollzogen wird, und dass keine wettbewerbsrechtlichen

Gründe dem Vollzug der Aktienkaufverträge und den weiteren Transaktionsschritten gemäss Konsortialvereinbarung entgegenstehen (vgl. Rz. 13 ff.).

8. Nach dem Verkauf durch die UBS der 55,64% des Aktienkapitals von MC sind die folgenden Gesellschaf-

ten an MC beteiligt: Atel-Minderheitsaktionäre zu 14,74%, EOSH zu 31,82% (15,44%+16,38%), EDFI zu 42,26% (24,94%+17,32%), Atel zu 7,2% und das Publikum zu 3,98%. Die Beteiligungsverhältnisse an MC und Atel nach Vollzug der Aktienkaufverträge sind auch in folgender Grafik veranschaulicht:



9. Die weiteren Phasen des ersten Transaktionsschrittes sowie der zweite Transaktionsschritt sind in einer Konsortialvereinbarung (nachfolgend KonsV) geregelt, welche ebenfalls am 29. September 2005 von EDFI, EOSH, den Atel-Minderheitsaktionären und Atel unterzeichnet wurde.

10. Die KonsV regelt unter anderem die im vorliegenden Fall zur Anwendung kommende Unterbreitung des in Artikel 32 des Bundesgesetzes über Börsen und Effektenhandel (BEHG; SR 954.1) vorgesehenen öffentlichen Übernahmeangebots (Art. 3.1.3 KonsV, Anlage 3.1.3[b]).<sup>1</sup> Die KonsV sieht [...] mögliche Transaktionsvarianten für das öffentliche Pflichtangebot vor.<sup>2</sup> Die Schweizerische Übernahmekommission (UEK) wird im Rahmen ihrer Prüfung des Entwurfs der Voranmeldung beziehungsweise des Angebotsprospekts eine Transaktionsvariante genehmigen (Art. 3.1.3[b] Anlage KonsV).

11. Nach Unterbreitung eines öffentlichen Übernahmeangebots an die Aktionäre von Atel wird eine Umstrukturierung von MC und Atel vollzogen. Die Art der Umstrukturierung wird durch die von der UEK zugelassene Transaktionsvariante bestimmt (Art. 3.1.4[a] Anlage KonsV). Sie wird entweder in der Form eines Reverse Merger erfolgen oder alternativ so umstrukturiert werden, wie wenn ein *Reverse Merger*<sup>3</sup> erfolgt wäre.<sup>4</sup> Die daraus entstehende Struktur wird nachfolgend in beiden Fällen als NewCo bezeichnet.

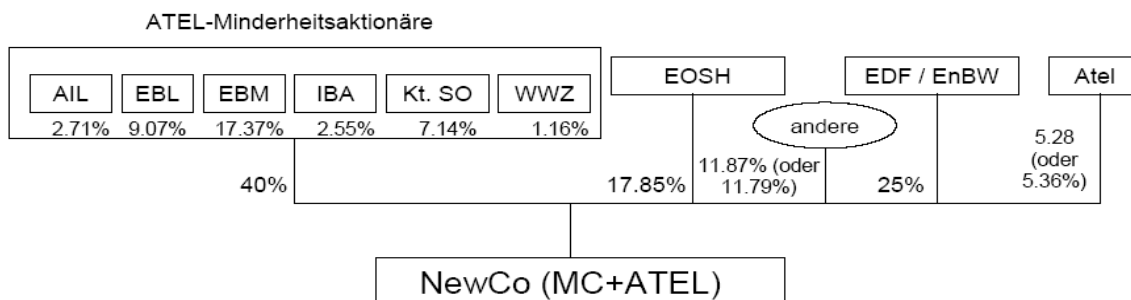
12. Die durch den ersten Transaktionsschritt erreichte Struktur ist in folgender Grafik dargestellt.

<sup>1</sup> Art. 3.1.3(a) KonsV präzisiert, dass Art. 32 BEHG eine Pflicht der Parteien und Atel auslöst, den übrigen Aktionären der Atel ein öffentliches Übernahmeangebot zu unterbreiten. Die Parteien und Atel verpflichten sich in der KonsV, ihre Aktien, die sie in Atel halten, im Rahmen des öffentlichen Pflichtangebots nicht an MC anzudienen (Art. 3.1.3(b) KonsV, Anlage 3.1.3(b) KonsV). Am 11. November 2005 hat die Schweizerische Übernahmekommission (UEK) ausserdem empfohlen, die Zielgesellschaft von der Pflicht, den Aktionären der Rätia Energie AG (Rätia), an welcher Atel mit 24,6% beteiligt ist, als auch den Aktionären der Società Elettrica Sopracenerina (SES), an welcher Atel mit 59,71% beteiligt ist, ein Übernahmeangebot zu unterbreiten, zu befreien.

<sup>2</sup> [...]

<sup>3</sup> Die Einzelheiten der Zusammenführung von Atel und MC mittels *Reverse Merger* sind in Anlage 1.2 KonsV präzisiert: Abschluss eines Fusionsvertrags und Vorbereitung weiterer Dokumente wie Fusionsbericht, Prüfungsbericht und Fusionsbilanz.

<sup>4</sup> [...] (Anlage 1.2 KonsV, Anlage 3.1.4(a) KonsV).



**A.1.3 Zweiter Transaktionsschritt: Erreichen der Zielgesellschaft durch das Einbringen der EOSH-Aktiven; geplante Sacheinlagen von EDFI in die Zielgesellschaft**

13. Durch den zweiten Transaktionsschritt wird NewCo zur anvisierten Zielgesellschaft. Dieser Transaktionsschritt beinhaltet zwei Vorgänge. Zum einen wird EOSH ihre betrieblichen Aktiven und Aktivitäten (nachfolgend EOSH-Aktiven) in die NewCo einbringen. **Dieser Vorgang ist eigentlicher Gegenstand des gemeldeten Zusammenschlussvorhabens.** Zum andern beabsichtigt EDFI zu veranlassen, dass gewisse Aktiven ebenfalls als Sacheinlage in NewCo eingebracht werden. Dieser Teil des zweiten Transaktionsschrittes bildet nicht Gegenstand des gemeldeten Zusammenschlussvorhabens (vgl. Rz. 51).

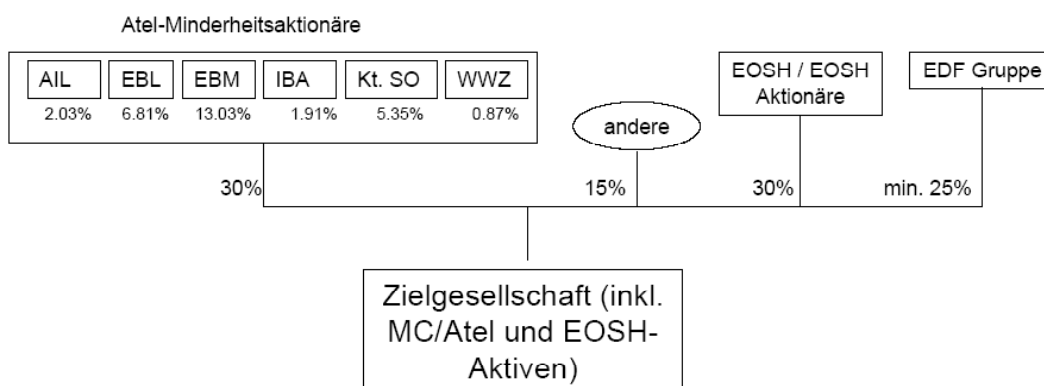
14. Betreffend die Zusammenführung der NewCo mit den EOSH-Aktiven stipuliert die KonsV, dass sich EOSH verpflichtet, ihre betrieblichen Aktivitäten und Aktiven möglichst rasch nach Vollzug der Umstrukturierung, spätestens aber bis 2007<sup>5</sup>, in NewCo einzubringen (Art. 3.2.2.2[a] KonsV). Die von EOSH einzubringenden Vermögenswerte umfassen somit alle betrieblichen Aktivitäten und Aktiven, welche dem Jahresbericht 2004 der EOSH zugrunde liegen, ausgenommen explizit aufgeführte Ausnahmen.<sup>6</sup> Die Stromübertragungsnetze können im Hinblick auf die Entwicklung

bei Swissgrid von der Zusammenführung ausgeschlossen werden, falls eine direkte Übertragung dieser Netze auf Swissgrid von den Verbundgesellschaften genehmigt ist und danach unmittelbar bevorsteht. In diesem Fall verpflichtet sich EOSH, die daraus resultierende Beteiligung an Swissgrid auf die Zielgesellschaft zu übertragen (Anlage 3.2.2.2[a] KonsV).

15. Als Gegenleistung erhält EOSH Aktien der Zielgesellschaft. Die Maximalbeteiligung der EOSH an der Zielgesellschaft ist jedoch auf 30% festgesetzt, ein allfälliger durch die Zusammenführung entstandener Überschuss würde durch eine Ausgleichszahlung in bar erfolgen (Art. 3.2.2.2[b][vi] KonsV).

16. Der zweite Teil des zweiten Transaktionsschrittes besteht darin, dass EDFI ihre feste Absicht erklärt hat, Electricité de France (nachfolgend EDF) und [...] zu veranlassen, zu einem in Absprache mit den anderen Parteien der KonsV festgelegten Zeitpunkt bestimmte Vermögenswerte<sup>7</sup> in die Zielgesellschaft einzubringen (Art. 3.2.2.1 KonsV).

17. Die durch die Zusammenführung von NewCo und den EOSH-Aktiven entstehende Zielgesellschaft (vor den geplanten, von EDFI veranlassten Sacheinlagen) soll die aus nachfolgender Grafik ersichtliche Struktur aufweisen (Anlage 2[a][iv] KonsV), wobei die genauen Beteiligungsverhältnisse von der Bewertung der beteiligten Unternehmen abhängig sind.



<sup>5</sup> Das Recht und die Pflicht von EOSH zur Zusammenführung bleibt unter bestimmten, in der KonsV aufgeführten Bedingungen aufrecht, auch wenn die Zusammenführung bis Ende 2007 nicht vollzogen sein sollte (Art. 3.2.2.2[a] KonsV).

<sup>6</sup> Beteiligung der EOS SA an der Centrale Thermique de Vouvry vor der Realisierung des Gas-Kombi-Kraftwerkprojektes Vouvry; Gewisse, nicht betriebsnotwendige Immobilien und Bürogebäude.

<sup>7</sup> [...].

## A.2 Tätigkeitsbereiche von Atel und EOSH

18. Atel ist eine nach schweizerischem Recht konstituierte und börsenkotierte Aktiengesellschaft mit Sitz in Olten. Sie ist ein europaweit aktives Energieunternehmen, welches in den Bereichen Produktion, Übertragung, Handel, Verteilung und Versorgung tätig ist. Sie konzentriert sich auf die beiden Kerngeschäfte produktionsgestützter Energiehandel und -service.

19. EOSH ist eine nach schweizerischem Recht konstituierte Holdinggesellschaft von Elektrizitätswerken und Stromverteilern in der Westschweiz mit Sitz in Lausanne. Sie wird von den folgenden sechs Aktionären gehalten: Romande Energie SA (28,72%), Services Industrielles de Genève (nachfolgend SIG) (23,02%), Commune de Lausanne (nachfolgend SIL) (20,06%), Freiburgische Elektrizitätswerke (15,97%), Electricité Neuchâteloise SA (6,36%) und Forces Motrices Valaisannes (5,87%). EOSH konzentriert sich auf die drei Kernbereiche Stromerzeugung aus Wasserkraft, Stromübertragung und Vermarktung von Elektrizität in der Schweiz und im Ausland auf eigene Rechnung und im Auftrag ihrer Aktionäre.

## A.3 Ziel des Zusammenschlussvorhabens

20. Die Parteien bezwecken durch das Zusammenschlussvorhaben die Voraussetzungen für eine nachhaltige industrielle Lösung im Energiebereich der westlichen Schweiz zu schaffen. Mit der Zielgesellschaft soll eine bedeutende, europaweit aktive Energiegruppe mit Sitz in der Schweiz entstehen, die den Schwerpunkt ihrer Tätigkeit in der Produktion, Transport, Vertrieb, Versorgung, Handel und Dienstleistungssektor hat.

## A.4 Verfahren vor der europäischen Wettbewerbsbehörde

21. Das Zusammenschlussvorhaben ist auch in der EU meldepflichtig. Die Meldung wurde am 20. Januar 2006 bei der Europäischen Kommission eingereicht. Die europäische Wettbewerbsbehörde traf am 24. Februar 2006 die Entscheidung, den Zusammenschluss für vereinbar mit dem Gemeinsamen Markt zu erklären beziehungsweise keine Einwände zu erheben, und folglich kein Verfahren einzuleiten (Art. 6 Abs. 1 der EG-Fusionskontrollverordnung<sup>8</sup>).

## B Erwägungen

### B.1 Geltungsbereich

22. Das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

#### B.1.1 Unternehmen

23. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Sowohl Atel als auch NewCo sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

24. Die EOSH-Aktiven sind keine selbstständigen Nachfrager oder Anbieter von Gütern im Wirtschaftsprozess. Ein zu übernehmender Vermögenswert kann jedoch als Unternehmensteil qualifiziert werden (vgl. DUCREY/DROLSHAMMER, in Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, HOMBURGER et al. (Hrsg.), Zürich 1997, ad Art. 9, Rz. 22). Ist Gegenstand eines Zusammenschlusses ein Teil eines Unternehmens, so gilt dieser Teil als beteiligtes Unternehmen (Art. 3 Abs. 2 Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [VKU]; SR 251.4). Die EOSH-Aktiven sind somit am Zusammenschluss beteiligte Unternehmen.

25. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, sind nur Atel, beziehungsweise NewCo<sup>9</sup>, und die EOSH-Aktiven am Unternehmenszusammenschluss beteiligte Unternehmen, da der erste Transaktionsschritt keinen Unternehmenszusammenschluss darstellt (vgl. Rz. 28 ff.) und die geplante, von EDFI veranlasste Sacheinlage noch nicht gemeldet werden kann (vgl. Rz. 51).

### B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

26. 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). Ein Unternehmen erlangt im Sinne dieser Bestimmung die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen, wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des anderen Unternehmens auszuüben (Art. 1 VKU). Die gesetzliche Definition der Erlangung der Kontrolle erfasst alle möglichen Formen des Kontrollerwerbs.

27. Vorab gilt zu bestimmen, welche der Transaktionsschritte einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 KG darstellen.

<sup>8</sup> Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. L 24/1 vom 29.1.2004.

<sup>9</sup> Wie nachfolgend aufgezeigt wird (Rz. 26 ff.), ist nur der zweite Transaktionsschritt als Unternehmenszusammenschluss zu qualifizieren. Beteiligtes Unternehmen an diesem Zusammenschluss ist - die durch den ersten Transaktionsschritt entstandene - NewCo. Die Beteiligungsverhältnisse an NewCo sind nicht deckungsgleich mit den Beteiligungsverhältnissen an der heutigen Atel (vgl. dazu Tabellen in Rz. 3 und Rz. 12). Trotzdem setzt sich das Aktionariat der heutigen Atel (inkl. der indirekten Beteiligungen über MC) und der künftigen NewCo aus denselben Unternehmen zusammen. Eine Ausnahme ist die heutige Beteiligung der UBS an MC, welche jedoch an bereits an Atel oder MC beteiligte Unternehmen veräussert wird (mit Ausnahme von AIL und WWZ, deren Beteiligung an NewCo jedoch vernachlässigbar ist). *Nachfolgend wird deshalb der Einfachheit halber z.T. von Atel als am Zusammenschluss beteiligtem Unternehmen gesprochen, wobei darunter selbstverständlich NewCo zu verstehen ist.*

### B.1.2.1 Erster Transaktionsschritt: Verkauf der UBS-Beteiligung an MC; Umstrukturierung von MC und Atel in NewCo

28. Der erste Transaktionsschritt beinhaltet die Veräusserung der UBS-Beteiligung an MC an die Atel-Minderheitsaktionäre, EOSH, Atel und EDFI sowie die Zusammenführung von MC und Atel in NewCo.

29. Wie in der Grafik in Randziffer 12 genauer dargestellt, sind folgende Beteiligungen an NewCo vorgesehen (Anlage 2[a] KonsV): Atel-Minderheitsaktionäre zu 40%, EDFI (inkl. EnBW) zu 25%, EOSH (inkl. Biberrach) zu 17,85% und Atel zu 5,28%.<sup>10</sup>

30. Betreffend die Beschlussfassung der Generalversammlung sieht die KonsV vor, dass bestimmte Beschlüsse der Generalversammlung nur bei Zustimmung aller Parteien zustande kommen.<sup>11</sup> [...].

31. Die Zusammensetzung des Verwaltungsrats von NewCo ist wie folgt festgesetzt (Anlage 9.3.1 KonsV):

VR-Präsident <sup>12</sup>	1
Atel-Minderheitsaktionäre	5
EDFI	3
EOSH	2
AEM <sup>13</sup>	[...]
Unabhängige Mitglieder <sup>14</sup>	[...]

32. Die Beschlüsse des Verwaltungsrats werden mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst mit Ausnahme von explizit aufgeführten Beschlüssen, die nicht zustande kommen, wenn [...] der anwesenden Mitglieder den Beschluss ablehnen.

33. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, erhält keines dieser Unternehmen durch den Erwerb der UBS-Beteiligung an MC die Möglichkeit, einzeln (*infra* a) oder gemeinsam (*infra* b) einen bestimmten Einfluss auf die Tätigkeit von NewCo auszuüben.

#### a) Keine alleinige Kontrolle über NewCo

34. Alleinige Kontrolle liegt in der Regel vor, wenn ein Unternehmen die Stimmrechtsmehrheit eines anderen Unternehmens erwirbt (DUCREY, in Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/2, VON BÜREN/ DAVID (Hrsg.), Basel 2000, S. 239). Alleinige Kontrolle ist ebenfalls gegeben, wenn ein Minderheitsaktionär mit bestimmten Rechten ausgestattet ist, die es ihm erlauben, die Wirtschaftsstrategie/Geschäftspolitik zu bestimmen oder wenn er das Unternehmen faktisch kontrollieren kann, da sich die restlichen Aktien in Streubesitz befinden (vgl. auch EU-Mitteilung über den Begriff des Zusammenschlusses<sup>15</sup>, Ziff. 13 f.).

35. Keines der an NewCo beteiligten Unternehmen verfügt über eine Aktienmehrheit. Auch ist keines der Unternehmen mit besonderen Rechten (wie z.B. der Möglichkeit, die Mitglieder des Verwaltungsrates zu

bestellen) ausgestattet, die es ihm erlauben würden, die Geschäftsstrategie zu bestimmen. Aufgrund der gegebenen Beteiligungsverhältnisse kann auch kein Aktionär NewCo faktisch kontrollieren. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass keiner der Aktionäre die alleinige Kontrolle über NewCo ausüben kann.

#### b) Keine gemeinsame Kontrolle über NewCo

36. Gemeinsame Kontrolle liegt in der Regel vor, wenn die kontrollierenden Unternehmen bei allen wichtigen Entscheidungen betreffend das kontrollierte Unternehmen Übereinstimmung erzielen müssen (DUCREY, *op. cit.*, S. 239). Im Unterschied zur alleinigen Kontrolle, die einem einzelnen Aktionär das Recht gibt, die strategischen Entscheidungen des Unternehmens zu bestimmen, können bei einer gemeinsamen Kontrolle zwei oder mehr kontrollierende Unternehmen zum Beispiel mittels Vetorechten strategische Entscheidungen blockieren, was zur Folge hat, dass die beteiligten Unternehmen die Geschäftspolitik gemeinsam festlegen müssen (vgl. EU-Mitteilung über den Begriff des Zusammenschlusses, Ziff. 19).

37. Die beteiligten Unternehmen können auch ohne Vetorechte die gemeinsame Kontrolle erlangen, wenn sie bei der Ausübung der Stimmrechte gemeinsam handeln. Dies kann das Ergebnis einer Stimmrechtsbindung sein oder sich in seltenen Fällen de facto aufgrund gemeinsamer Interessen ergeben. Betreffend die de facto gemeinsame Beschlussfassung kann davon ausgegangen werden, dass je grösser die Zahl der beteiligten Unternehmen ist, desto geringer ist die Wahrscheinlichkeit, dass sie ein gemeinsames Interesse verfolgen. In Ermangelung einer starken Interessengemeinschaft verhindert die Möglichkeit wechselnder Koalitionen unter den beteiligten Unternehmen die Entstehung einer gemeinsamen Kontrolle (vgl. EU-Mitteilung über den Begriff des Zusammenschlusses, Ziff. 30 ff.; RPW 1998/1, S. 89, Rz. 11; RPW 1998/1, S. 20, Rz. 11).

#### b)i) Keine eine gemeinsame Kontrolle begründende Vetorechte

38. Vetorechte, die eine gemeinsame Kontrolle begründen, müssen sich auf strategische geschäftspolitische Entscheidungen beziehen und betreffen folglich in der Regel Entscheidungen über Budget, Geschäftsplan, grössere Investitionen und die Besetzung der

<sup>10</sup> Resp. zu [...] % im Falle einer Zusammenführung ohne Reverse Merger.

<sup>11</sup> [...].

<sup>12</sup> Gewählt auf Vorschlag der Atel-Minderheitsaktionäre.

<sup>13</sup> [...].

<sup>14</sup> [...].

<sup>15</sup> Mitteilung der Kommission über den Begriff des Zusammenschlusses der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABI. C 66 vom 02.03.1998 (nachfolgend: EU-Mitteilung über den Begriff des Zusammenschlusses).

Unternehmensleitung.<sup>16</sup> Gemeinsame Kontrolle liegt somit vor, wenn die kontrollierenden Unternehmen aufgrund der vorhandenen Vetorechte die oben genannten Entscheidungen gemeinsam treffen (RPW 2005/2, S. 347 ff., Rz. 23; EU-Mitteilung über den Begriff des Zusammenschlusses, Ziff. 21 ff.).

39. Betreffend die Beschlüsse der Generalversammlung, für welche Einstimmigkeit vorgesehen ist, handelt es sich nicht um strategische Entscheide des Unternehmens im Sinne der oben erwähnten Kriterien. Es ist den beteiligten Gesellschaften somit auch nicht möglich, im negativen Sinne mittels Vetorechten in der Generalversammlung die Unternehmensstrategie zu kontrollieren.

40. Die KonsV sieht keine Beschlüsse vor, welche vom Verwaltungsrat einstimmig getroffen werden müssen. Die Beschlüsse, bei welchen [...] Mitgliedern ein Vetorecht eingeräumt wird, können ebenfalls nicht als strategische, die Geschäftspolitik betreffende Entscheidungen qualifiziert werden. Zwar bestehen beschränkte Vetorechte bezüglich Investitions- und Desinvestitionsprojekten<sup>17</sup>, dabei ist jedoch zu präzisieren, dass die Bedeutung von diesbezüglichen Vetorechten von der Höhe der Investitionen sowie von der Bedeutung von Investitionen auf dem betroffenen Markt abhängt. Sind nur ganz grosse Investitionen genehmigungspflichtig, entsprechen die Vetorechte dem üblichen Schutz der Interessen der Minderheitsgesellschafter und beinhalten kein Mitbestimmungsrecht an der Geschäftspolitik (vgl. EU-Mitteilung über den Begriff des Zusammenschlusses, Ziff. 27). Vorliegend betreffen die Vetorechte nur sehr bedeutende Investitionen und gewähren somit keinen generellen Einfluss auf die Geschäftspolitik.

#### **b)ii) Keine Stimmrechtsbindung sowie wechselnde Koalitionen**

41. Zwischen den Parteien existieren keine Stimmrechtsbindungen. Sie halten zudem in der KonsV explizit fest, dass sie nicht beabsichtigen, gemeinsam die Kontrolle über NewCo auszuüben (Art. 9.2[b] KonsV).

42. Eine faktische gemeinsame Kontrolle kann ebenfalls ausgeschlossen werden, da kein gemeinsames Interesse der verschiedenen beteiligten Unternehmen ersichtlich ist. Schon die Atel-Minderheitsaktionäre unter sich bilden keine homogene Gruppe, da sie hauptsächlich aus sich konkurrierenden Stromversorgern bestehen. Zwar bestehen zwischen EDFI und EOSH gewisse vertragliche Beziehungen, doch diese beinhalten keine Bestimmungen betreffend ein allfälliges gemeinsames Verhalten in Bezug auf NewCo. Zudem haben die beiden Unternehmen konkurrierende Aktivitäten in Italien und Deutschland. Die Mehrheit bildet sich somit aufgrund Fehlen gemeinsamer Interessen durch wechselnde Koalitionen.

#### **B.1.2.2 Zweiter Transaktionsschritt: Erreichen der Zielgesellschaft durch das Einbringen der EOSH-Aktiven; geplante Sacheinlagen von EDFI in die Zielgesellschaft**

43. Wie bereits erwähnt gilt als Unternehmenszusammenschluss jeder Vorgang, durch den ein oder mehrere Unternehmen die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen. Mittel zur Kontrolle beim Zusammenschluss durch Kontrollerwerb können, einzeln oder in Kombination, insbesondere Eigentums- oder Nutzungsrechte an der Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens des Unternehmens sein (Art. 1 Bst. a VKU).

44. Atel beziehungsweise NewCO (kontrollierendes Unternehmen) erlangt durch die Übernahme der Gesamtheit der Eigentumsrechte am Vermögen des anderen beteiligten Unternehmens (EOSH-Aktiven) die Kontrolle über dieses Unternehmen (kontrolliertes Unternehmen) im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG und Artikel 1 Buchstabe a VKU.

45. Bei der geplanten Übernahme durch die Zielgesellschaft, gewisser Aktiven von EDF und [...] würde es sich - analog zu den oben aufgeführten Erwägungen - ebenfalls um eine Kontrollübernahme im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG und Artikel 1 Buchstabe a VKU handeln. Diese geplante Übernahme ist allerdings zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht meldefähig (vgl. Rz. 51) und somit nicht Gegenstand des gemeldeten Zusammenschlussvorhabens.

#### **B.2 Vorbehaltene Vorschriften**

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

#### **B.3 Meldefähigkeit und Meldepflicht**

47. Vor der Beurteilung der Meldepflicht der als Zusammenschluss qualifizierten Kontrollübernahmen (*infra* B.3.2), ist zu beurteilen, ob die geplanten Vorgänge des zweiten Transaktionsschrittes zum heutigen Zeitpunkt bereits meldefähig sind (*infra* B.3.1).

##### **B.3.1 Meldefähigkeit des zweiten Transaktionsschrittes**

48. Die Meldung eines Zusammenschlussvorhabens hat gemäss Artikel 9 KG vor dem Vollzug des Zusammenschlusses zu erfolgen. Voraussetzung für die Meldung ist grundsätzlich der Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts. Ist der Zusammenschluss lediglich beabsichtigt oder ist die Realisierung des Verpflichtungsgeschäfts noch von gewissen Bedingungen abhängig, kann das Zusammenschlussvorhaben - ana-

<sup>16</sup> Die Vetorechte müssen somit über das hinausgehen, was in der Regel Minderheitsaktionären an Vetorechten eingeräumt wird, um deren finanzielle Interessen als Kapitalgeber zu schützen, namentlich Entscheidungen, die das Wesen des kontrollierten Unternehmens berühren wie z.B. Statutenänderungen, Kapitalerhöhungen, Kapitalherabsetzungen, Liquidation.

<sup>17</sup> [...].

log zu der Regelung in der EU - dennoch gemeldet werden, wenn die beteiligten Unternehmen glaubhaft machen, dass sie gewillt sind, das entsprechende Verpflichtungsgeschäft abzuschliessen beziehungsweise die Bedingungen zur Realisierung des Geschäfts zu erfüllen (vgl. Art. 4 Abs. 1 EG-Fusionskontrollverordnung). Der Meldung sind folglich eine schriftliche, von den Parteien unterzeichnete Grundsatzentscheidung/Absichtserklärung, aus welcher die Absicht zum Zusammenschluss konkret hervorgeht, sowie allfällige Vertragsentwürfe, beizulegen. Sollten die Unternehmen ihr beabsichtigtes Zusammenschlussvorhaben nach der Meldung abändern, behalten sich die Wettbewerbsbehörden vor, je nach Tragweite der Änderung, entweder die Einreichung einer neuen Meldung oder deren Ergänzung zu verlangen (vgl. Art. 21 VKU).

49. Betreffend das Einbringen der EOSH-Aktiven in NewCo, verpflichtet die KonsV EOSH, die EOSH-Aktiven möglichst rasch nach Vollzug der Umstrukturierung, spätestens bis Ende 2007<sup>18</sup> in NewCo einzubringen (Art. 3.2.2.2[a] KonsV). Wird bei Vollzug der Zusammenführung der EOSH-Aktiven mit NewCo eine Beteiligung von EOSH von 25%-30% an der Zielgesellschaft erreicht, ist EOSH zur Zusammenführung verpflichtet. Würde eine Beteiligung unter 25% erreicht, wäre EOSH zur Zusammenführung berechtigt, aber nicht verpflichtet (Art. 3.2.2.2[b][vi] KonsV).

50. Die KonsV enthält folglich nicht nur eine Absichtserklärung, sondern eine konkrete Verpflichtung von EOSH, die EOSH-Aktiven in NewCo einzubringen. Betreffend die Möglichkeit von EOSH, einseitig auf das Einbringen der EOSH-Aktiven zu verzichten, ist zu bemerken, dass der Wert der EOSH-Aktiven nach Auffassung der EOSH selbst und nach Schätzung unabhängiger Experten zu einer Beteiligung von mehr als 25% führen wird und somit die Verpflichtung zur Einbringung der EOSH-Aktiven in tatsächlicher Hinsicht nicht entkräftet. Selbst im unwahrscheinlichen Fall des Erreichens einer Beteiligung unter 25% an der Zielgesellschaft und folglich einer fehlenden Verpflichtung zur Zusammenführung ist das Recht zur Einbringung der EOSH-Aktiven in die Zielgesellschaft vorliegend als Absichtserklärung zu interpretieren und würde den oben genannten Voraussetzungen betreffend die Meldefähigkeit genügen.

51. Der zweite Vorgang des zweiten Transaktionsschrittes besteht darin, dass EDFI in der KonsV ihre feste Absicht erklärt hat, EDF und [...] zu veranlassen bestimmte Vermögenswerte<sup>19</sup> in die Zielgesellschaft einzubringen (Art. 3.2.2.1[a] KonsV). Auch dies würde grundsätzlich eine Absichtserklärung gemäss der oben genannten Kriterien für die Meldefähigkeit beabsichtigter Zusammenschlüsse darstellen, wenn EDFI effektiv in der Lage wäre, EDF und [...] zur genannten Einbringung zu veranlassen. Dies ist jedoch nicht der Fall, da [...] nicht alleine von EDFI kontrolliert wird und EDFI somit [...] nicht alleine veranlassen kann, [...] in die Zielgesellschaft einzubringen. Die Kontrollübernahme der von EDF und [...] einzubringenden Vermögenswerte ist demzufolge derzeit noch nicht meldefähig. Es kann deshalb offengelassen werden, ob

diesbezüglich überhaupt eine Meldepflicht gemäss Artikel 9 KG bestehen würde. Sollten EDF und [...] selbst zu einem späteren Zeitpunkt die Absicht erklären, die genannten Vermögenswerte in die Zielgesellschaft einzubringen, müsste dies als eigener Unternehmenszusammenschluss gemeldet werden, sofern die Umsatzschwellenwerte von Artikel 9 KG überschritten würden.

52. Abschliessend kann festgehalten werden, dass das Einbringen der EOSH-Aktiven in NewCo meldefähig ist. Demgegenüber ist das Einbringen gewisser Vermögenswerte von EDF und [...] in die Zielgesellschaft zurzeit noch nicht meldefähig.

### **B.3.2 Meldepflicht der Übernahme der EOSH-Aktiven**

53. 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 CHF 2 Mia. oder einen auf die Schweiz entfallenen 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).

54. Wenn ein Teil eines Unternehmens Gegenstand des Zusammenschlusses ist, gilt dieser Teil als beteiligtes Unternehmen (Art. 3 Abs. 2 VKU). Der Veräusserer des Unternehmensteils ist nicht am Zusammenschluss beteiligt und folglich nicht in die Umsatzberechnung mit einzubeziehen (DUCREY, *op. cit.*, S. 252).

55. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind NewCo und die EOSH-Aktiven. Dazu sind vorab zwei Bemerkungen anzubringen. Erstens entsteht NewCo erst durch den ersten Transaktionsschritt und hat somit im letzten Geschäftsjahr noch keinen Umsatz generieren können. Annäherungsweise kann aber der von der Atel-Gruppe generierte Umsatz in Betracht gezogen werden, da zum einen das Aktionariat (vgl. Rz. 23 ff.) und die Tätigkeitsbereiche von Atel und NewCo übereinstimmen, und andererseits der von Atel generierte Umsatz (vgl. Rz. 58 ff.), und *a fortiori* der von NewCo generierte Umsatz, ohnehin die Schwellenwerte von Artikel 9 Absatz 1 KG bei Weitem überschreitet.

56. Zweitens ist betreffend der EOSH-Aktiven festzuhalten, dass der die EOSH-Aktiven betreffende Teilumsatz von EOSH nicht separat ausgewiesen wird. Da die zu übernehmenden EOSH-Aktiven aber aus allen betrieblichen Aktiven und Aktivitäten, ausgenommen explizit aufgeführter Ausnahmen, bestehen, kann auch diesbezüglich annäherungsweise der von EOSH generierte Umsatz für die Berechnung des Umsatzes nach Artikel 9 Absatz 1 KG verwendet werden. Auch wenn der effektiv den EOSH-Aktiven beizumessende Umsatz geringfügig tiefer liegt als derjenige von

<sup>18</sup> [...].

<sup>19</sup> [...].

EOSH, sind die Umsatzschwellen von Artikel 9 Absatz 1 KG aufgrund der Höhe des EOSH-Umsatzes ebenfalls überschritten (vgl. Rz. 58 ff.).

57. Folglich sind für die Meldepflicht vorliegend die Umsätze der Atel-Gruppe<sup>20</sup> sowie von EOSH relevant. Betreffend die Umsätze der Atel-Gruppe ist zu präzisieren, dass die Frage, ob die Umsätze der Rätia Energie AG (nachfolgend: Rätia) zu den Umsätzen der Atel-Gruppe hinzuaddiert werden müssen - und wenn ja zu welchem Anteil -, offengelassen werden kann, da die Umsatzschwellen von Artikel 9 Absatz 1 KG, wie nachfolgend aufgezeigt wird, ohnehin überschritten werden.<sup>21</sup>

58. Weltweit erzielte die Atel-Gruppe im Geschäftsjahr 2004<sup>22</sup> einen Umsatz von CHF 6.955 Mia.<sup>23</sup> Der weltweite Umsatz von EOSH für das Geschäftsjahr 2004 betrug CHF 0.964 Mia. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen erzielten somit zusammen einen weltweiten Umsatz von CHF 7.919 Mia.

59. Der Umsatz der Atel-Gruppe in der Schweiz betrug im Geschäftsjahr 2004 CHF [...] Mio. EOSH erzielte in der Schweiz im Geschäftsjahr 2004 einen Umsatz von CHF [...] Mio. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen erzielten somit in der Schweiz einen Gesamtumsatz von CHF [...] Mio.

60. Die Umsatzschwellen von Artikel 9 Absatz 1 KG sind damit überschritten. Das Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

#### **B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens nach erfolgter vorläufiger Prüfung**

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

62. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen (*infra* B.4.1). In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt (*infra* B.4.2).

##### **B.4.1 Relevante Märkte**

###### **B.4.1.1 Sachlich relevante Märkte**

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

64. Die Wettbewerbskommission hat im Elektrizitätsbereich bis anhin folgende sachlich relevanten Märkte abgegrenzt: Stromerzeugung (-produktion), -übertragung, -verteilung, -versorgung, -handel (RPW 2000/2, S. 235, Rz. 33, RPW 2001/4, S. 707, Rz. 12, RPW 2002/2, S. 348, Rz. 23, RPW 2005/2, S. 347, Rz. 42).

65. Der Markt für **Stromproduktion** umfasst dabei die Erzeugung von Strom in Kraftwerken. Anbieter

auf dem Stromproduktionsmarkt sind die Inhaber von Produktionskapazitäten, in welchen Primärenergieträger (z.B. Wasser, Kohle, Erdgas, nukleare Brennstoffe) in den sekundären Energieträger Elektrizität umgewandelt werden (RPW 2000/2, S. 235, Rz. 34).

66. Der Markt für **Stromversorgung** umfasst die Belieferung von Stromverbrauchern (Haushalte und Grossunternehmen) und/oder Endverteilern (Betreiber von lokalen Elektrizitätsnetzen) durch Stromversorger.

67. Der Markt für **Stromhandel** umfasst den Kauf und Verkauf von Strom, wobei die betroffenen Geschäfte nicht notwendigerweise an Endverbraucher gerichtet sind. Die Wettbewerbskommission hat festgehalten, dass mit der Liberalisierung in Europa ein solcher Handelsmarkt entsteht, welcher auch Termingeschäfte auf Strom beinhaltet (2000/2, S. 235, Rz. 33; RPW 2001/4, S. 707, Rz. 19). Der Begriff Stromhandel beinhaltet physischen Stromhandel sowie Handel mit nicht physischen Stromderivaten. Beim physischen Stromhandel folgt gestützt auf das Rechtsgeschäft ein physischer Stromtransfer. Dieser physische Stromtransfer unterliegt immer dem Angebot der Stromproduktion und der Nachfrage nach Strombezug und kann alleine durch den Handel nicht beeinflusst werden. Im Gegensatz dazu handelt es sich beim nicht physischen Stromhandel um Geschäfte spekulativer Natur, die nicht zu einem physischen Stromtransfer führen. Betreffend den physischen Stromhandel ist zu präzisieren, dass Strom auf jeder Netzebene gehandelt werden kann. So sind, abgesehen von Überlandwerken, Handelsunternehmen etc., beispielsweise auch Stromversorgungsunternehmen typische Stromhändler.

<sup>20</sup> Unter Atel-Gruppe werden die Unternehmen verstanden, deren Umsätze gemäss Art. 5 VKU zum Umsatz von Atel hinzuaddieren sind, und welche im Finanzbericht 2004 (S. 46 ff.) der Atel aufgelistet sind.

<sup>21</sup> Atel hält 24,6% der Aktien und Stimmrechte an der Rätia. Diese wird von Atel als Minderheitsbeteiligung allerdings nicht voll konsolidiert, sondern nur nach der Equity-Methode. Die Wettbewerbskommission hat in der Prüfung des Zusammenschlussvorhabens Rätia Energie AG (RPW 2000/2, S. 235 ff.) festgestellt, dass mittels eines Vertrages vom 2. Dezember 1999 zwischen dem Kanton Graubünden, Atel und EGL die gemeinsame Kontrolle über Rätia begründet wurde. Gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. d VKU wäre deshalb vorliegend der Umsatz der Rätia dem Umsatz von Atel zuzurechnen. Demgegenüber kann nach der Auffassung von Atel nicht von gemeinsamer Kontrolle über Rätia ausgegangen werden, da es sich um eine reine Finanzbeteiligung handle und Atel keine Möglichkeit habe, auf die Geschäftsführung und operative Tätigkeit von Rätia Einfluss zu nehmen. Sollte dennoch von einer gemeinsamen Kontrolle ausgegangen werden, wären im Falle einer Berücksichtigung der Umsätze der Rätia in analoger Anwendung zu Art. 5 Abs. 3 VKU deren Umsätze den gemeinsam kontrollierenden Unternehmen Atel, EGL und dem Kanton Graubünden je zu gleichen Teilen anzurechnen (Meldung, Rz. 13 ff.).

<sup>22</sup> Die Umsatzzahlen des Geschäftsjahrs 2005 lagen zum Zeitpunkt der Meldung des Zusammenschlussvorhabens am 24.1.2006 noch nicht vor. Die beteiligten Unternehmen teilten jedoch mit, dass die Umsatzzahlen 2005 an der kartellrechtlichen Beurteilung nichts ändern würden.

<sup>23</sup> Die nachfolgend aufgeführten Umsätze der Atel-Gruppe beinhalten den Umsatz/Teilumsatz der Rätia nicht.



68. Betreffend die Stromfortleitung können verschiedene Netzebenen unterschieden werden. Das Höchstspannungsnetz (Übertragungsnetz) besteht aus den Anlagen der Spannungsebene 380 kV und 220 kV inklusiv Transformierung zwischen diesen beiden Spannungsebenen. Darunter liegen Hochspannungsnetze (überregionale Verteilnetze; 50 kV-150 kV), welche über Transformatoren an das Höchstspannungsnetz angeschlossen sind. Auf tieferen Spannungsebenen existieren Mittelspannungsnetze (regionale Verteilnetze; 1-30 kV) und Niederspannungsnetze (bis 1 kV). In ihrer bisherigen Praxis hat die Wettbewerbskommission - aufgrund der Sachlage in den von ihr zu beurteilenden Fällen - betreffend die Stromfortleitung einen Markt für **Stromübertragung** (Fortleitung von Elektrizität über das Höchstspannungsnetz; 220/380 kV) und einen Markt für **Stromverteilung** (bisher definiert als Fortleitung von Elektrizität über Leitungen mittlerer und/oder niedriger Spannung) abgegrenzt. Sie liess jedoch die Frage offen, ob bezüglich der Stromverteilung möglicherweise weitere Unterscheidungen nach Spannungsstärken vorzunehmen seien (RPW 2001/2, S. 255, Rz. 106). Korrekterweise müsste aber die Stromfortleitung über das überregionale Verteilnetz (Hochspannungsnetz) ebenfalls dem Markt für Stromverteilung zugeordnet werden, wobei vorliegend ebenfalls offengelassen werden kann, ob Fortleitung über die verschiedenen Verteilnetze (überregionale, regionale und lokale Verteilnetze) je nach Stromstärke (Hoch-, Mittel-, Niederspannung) eigene sachlich relevante Märkte darstellen.

69. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind auf allen oben genannten Märkten tätig.

#### **B.4.1.2 Räumlich relevante Märkte**

70. 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).

71. Betreffend die **Stromproduktion** ist die Wettbewerbskommission bisher von einer nationalen respektive regionalen Ausdehnung des räumlich relevanten Marktes ausgegangen (RPW 2000/2, S. 235, Rz. 35; RPW 2002/2, S. 348, Rz. 25). Es bleibt zu untersuchen, ob diese Marktabgrenzung im vorliegenden Fall und aufgrund der Möglichkeiten des Stromimports<sup>24</sup> gegebenenfalls zu relativieren beziehungsweise auszuweiten ist. Marktgegenseite der Stromproduzenten sind Stromversorger, -händler und indirekt-konsumenten. Ausschlaggebend ist, wo die Marktgegenseite vorliegend den produzierten Strom nachfragt. Die Wettbewerbskommission befragte diesbezüglich verschiedene Stromversorgungsunternehmen, welche gegenwärtig den Strom (oder zumindest einen Teil des bezogenen Stroms) aus den Produktionsanlagen der Atel oder der EOSH beziehen. Die meisten der befragten Marktteilnehmer gaben an, dass sie den Strom gegenwärtig teils von den Produktionsanlagen der am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen, teils von Konkurrenten dieser Unternehmen (Axpo, BKW) bezögen oder den Strom teils selbst produzierten. Die Möglichkeit, Strom zu impor-

tieren, wurde zwar von den befragten Marktteilnehmern als theoretische Strombezugsmöglichkeit angegeben, aber von keinem dieser Unternehmen wahrgenommen. Die Gründe dafür liegen laut ihrer Aussagen einerseits darin, dass die Preise für grenzüberschreitende Transite ("teure Grenzauktionen") nicht vorteilhaft wären oder dass einige Stromverteiler (mit gleichzeitiger Stromversorgerfunktion) keinen Zugang zum Übertragungsnetz hätten, und dass diesbezüglich die noch nicht regulierten Durchleitungsentgelte für eine allfällige fallweise Durchleitung nicht attraktiv seien. Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass auch im vorliegenden Fall der Markt für Stromproduktion national abzugrenzen ist.

72. Nach konstanter Praxis der Wettbewerbskommission ist der räumlich relevante Markt für **Stromübertragung** einzelfallspezifisch abzugrenzen, abhängig von den geografischen Punkten, zwischen welchen die Marktgegenseite (Stromproduzenten, -versorger, -händler, -konsumenten), Stromübertragungsdienstleistungen nachfragt. Dabei ist zu präzisieren, dass ein einzelfallspezifisch abgegrenzter Markt die Übertragungsleitungen mehrerer Anbieter von Übertragungsdienstleistungen einschliessen kann (RPW 2005/1, S. 347, Rz. 50 ff.). Diesbezüglich ist zu beachten, dass - im Gegensatz zu Verteilnetzen - alle Höchstspannungsanlagen/-leitungen in der Schweiz sowie Höchstspannungsanlagen im Ausland miteinander verbunden sind.

73. Der räumliche Markt für die **Stromverteilung** ist nach konstanter Praxis der Wettbewerbskommission durch die geografische Ausdehnung der entsprechenden Verteilnetze bestimmt (RPW 2000/2, S. 235, Rz. 39; RPW 2001/4, S. 707, Rz. 15; RPW 2002/2, S. 348, Rz. 28). Die Verteilnetze sind untereinander nicht notwendigerweise verbunden. Es besteht somit kein schweizweites Hoch-, Mittel- oder Niederspannungsnetz.

74. Betreffend die Märkte für **Stromversorgung** führte die Wettbewerbskommission in älteren Entscheiden aus, dass deren geografische Ausdehnung mit der Ausdehnung der Märkte für Stromverteilung übereinstimmen würde (RPW 2000/2, S. 235, Rz. 42; RPW 2002/2, S. 348, Rz. 28). Dies ist zwar - wegen des noch nicht vollständig liberalisierten Strommarktes - heute faktisch noch oft der Fall, entspricht aber nicht den Nachfragemöglichkeiten der Marktgegenseite (Stromabnehmer), welche die Stromversorgung unabhängig vom Stromverteiler, an dessen Netz sie angeschlossen sind, nachfragen können. Das Bundesgericht hat diesbezüglich entschieden, dass Stromverteiler Stromversorgern eine fallweise Durchleitung gewähren müssen (RPW 2003/4, S. 925). Der räumlich relevante Markt für Stromversorgung kann folglich weit über die räumliche Ausdehnung eines Verteilnetzes hinausgehen.

<sup>24</sup> Gemäss der Elektrizitätsbilanz der Schweiz betrug die Nettoelektrizitätserzeugung in der Schweiz im Jahr 2004 61'090 GWh. Der Elektrizitätsimport 2004 betrug demgegenüber 37'690 GWh (Schweizerische Elektrizitätsstatistik 2004, S. 11, Tabelle 6).

75. Die Wettbewerbskommission grenzte den räumlich relevanten Markt für *Stromhandel* bisher national ab oder liess die genaue Marktabgrenzung offen (RPW 2001/4, S. 707, Rz. 19; RPW 2003/4, S. 774, Rz. 20). Marktgegenseite von Stromhändlern sind sowohl andere Stromhändler (z.B. Stromversorger, Handelsunternehmen, Handelsabteilungen von Überlandwerken etc.) als auch Stromkonsumenten. Auch wenn betreffend den Markt für Stromproduktion vorliegend festgestellt wurde, dass Stromversorger, welche den Strom zum Teil von Atel und/oder EOSH beziehen, gegenwärtig keinen Strom aus dem Ausland beziehen, ist dennoch die Gesamtheit der schweizerischen Im- und Exporte für die Bestimmung des räumlich relevanten Marktes für Stromhandel in Betracht zu ziehen, da die befragten Marktteilnehmer nur einen geringen Anteil der Stromhändler ausmachen. Gemäss der Elektrizitätsstatistik 2004 betrug die Nettoinlandproduktion 61'090 GWh, der Import 37'690 GWh und der Export 38'393 GWh. Das grenzüberschreitende Handelsvolumen bezüglich des Imports respektive Exports entspricht somit 61,7% respektive 62,8% der Inlandproduktion, was auf einen Stromhandelsmarkt schliessen liesse, welcher über die Schweiz hinausgeht. Ein weiterer Anhaltspunkt für eine über die Schweiz hinausgehende Abgrenzung des Stromhandelsmarktes ist die Einführung am 14. Dezember 2005 des Fahrplanbilanzgruppensystems (FPBG) durch ETRANS<sup>25</sup>. Das FPBG-System erlaubt standardisierte Fahrplananmeldeprozesse nach europäischem Vorbild. Demnach können in- und ausländische Stromhändler in der Schweiz eine Fahrplanbilanzgruppe eröffnen und mit einer entsprechenden FPBG grenzüberschreitende Stromgeschäfte abwickeln. Das FPBG-System bildet die Grundlage für die marktbasierende Zuteilung von Übertragungskapazität an Schweizer Grenzen, welche ab 1. Januar 2006 diskriminierungsfrei<sup>26</sup> zugeteilt wird. Aufgrund der vorangegangenen Ausführungen ist der räumlich relevante Markt für Stromhandel grösser als die Schweiz. Die genaue räumliche Marktabgrenzung (ob der Markt sich z.B. nur auf die angrenzenden Länder oder allenfalls auf die EU ausdehnt) kann aber im vorliegenden Fall offengelassen werden, da, wie nachfolgend aufgezeigt wird, sogar bei einer engen (nationalen) Marktabgrenzung keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird (vgl. Rz. 88).

#### **B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten**

76. 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.

77. Die Marktanteile der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen auf den im Elektrizitätsbereich relevanten Produktemärkten sind in unten stehender Tabelle aufgeführt. Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass sowohl Atel als auch EOSH Energiedienstleistungen erbringen. Sie grenzen diesbezüglich einen eigenen Markt für Energiedienstleistungen ab, welcher ihrer Ansicht nach Beratung, Marketing, Management, technische Unterstützung im Bereich Energieversorgung, Kommunikation, Industrie oder Planung, sowie Bau und Wartung von Anlagen beinhaltet. Wie aus der nachfolgenden Tabelle ersichtlich ist, liegen die kumulierten Marktanteile für diese Dienstleistungen weit unter 20%. Die Wettbewerbskommission hat bis anhin keinen eigenen Markt für Energiedienstleistungen abgegrenzt. Würde sie einen solchen Markt abgrenzen, wäre er vorliegend jedoch nicht betroffen im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU, weshalb von einer genauen Marktabgrenzung in Bezug auf die oben aufgeführten Dienstleistungen vorliegend abgesehen werden kann.

<sup>25</sup> ETRANS ist die unabhängige Koordinationsstelle für das Schweizer Übertragungsnetz, welche die Stromflüsse auf Höchstspannungsebene innerhalb der Schweiz und im Austausch mit dem europäischen Ausland koordiniert und kontrolliert.

<sup>26</sup> Vor der Einführung des FPBG-Systems beruhte die Zuteilung von Kapazität auf einer bestimmten Leitung auf den entsprechenden Eigentumsrechten. Mit der Einführung von Auktionen, die ETRANS für die Schweiz durchführt und mit den Nachbarländern koordiniert, wird grenzüberschreitende Übertragungskapazität diskriminierungsfrei zugeteilt.

	Atel (Rätia <sup>27</sup> )		EOSH-Aktiven		Marktanteile kumuliert
	Volumen bzw. Umsatz	Marktanteil in %	Volumen bzw. Umsatz	Marktanteil in %	
Stromerzeugung	[...] GWh ([...] GWh)	10-20 (0-10)	[...] GWh	0-10	10%-20% <i>(10%-20%)</i>
Stromübertragung <sup>28</sup>	[...] MWkm ([...] MWkm)	<i>10-20</i> <i>(0-10)</i> 100	[...] MWkm	<i>10-20</i>  100	<i>20%-30%</i> <i>(30%-40%)</i> <i>100%</i>
Stromverteilung <sup>29</sup>	[...] GWh <sup>30</sup> ([...] GWh)	<i>0-10</i> <i>(0-10)</i> 100	[...] GWh	0-10  100	<i>0%-10%</i> <i>(0%-10%)</i> <i>100%</i>
Stromversorgung <sup>31</sup>	[...] GWh	<i>0-10</i> <i>(0-10)</i>	[...] GWh	~ 0	<i>0%-10%</i> <i>(0%-10%)</i> <i>&lt; 20%</i>
Stromhandel <sup>32</sup>	[...] GWh (ca. [...] GWh)	10-20 (0-10)	[...] GWh	10-20	30%-40% <i>(30%-40%)</i>
		10-20 (0-10)		0-10	10%-20% (20%-30%)
Energiedienstleistungen	[...] Mio ([...] Mio)	0-10 (0-10)	[...] Mio	0-10	10%-20% (10%-20%)

78. Wie aus der Tabelle ersichtlich, sind betroffene Märkte im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU die Märkte für Stromübertragung, -verteilung und -handel.

79. Obwohl der kumulierte Marktanteil im Markt für Stromproduktion der am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen bei 10%-20% liegt, sind die Auswirkung des Zusammenschlusses auf diesen Markt nachfolgend ebenfalls näher zu untersuchen. Bei der Prüfung des Zusammenschlussvorhabens NOK/Watt untersuchte die Wettbewerbskommission, ob durch dieses Zusammenschlussvorhaben eine kollektive Marktbeherrschung auf dem Markt für Stromproduktion begründet werden würde. Sie verneinte damals die Begründung einer kollektiven Marktbeherrschung, wies jedoch explizit darauf hin, dass bei einem weiteren Konzentrationsprozess die Frage einer

men an den in der Schweiz vorhandenen Übertragungskapazitäten. Wie aber unter Rz. 72 ausgeführt, entspricht die räumliche Marktabgrenzung nicht der Gesamtheit der schweizerischen Übertragungsnetze, sondern ist einzelfallspezifisch abzugrenzen. Die Übertragungsleitungen der verschiedenen Übertragungsnetzbetreiber sind - mit Ausnahme von Parallelleitungen (RPW 2005/2, S. 347, Rz. 62 ff.) - nicht substituierbar. Ein Übertragungsnetzbetreiber hat somit faktisch einen Marktanteil von 100% auf seinem eigenen Übertragungsnetz.

<sup>29</sup> Analog zu Fn. 28 wurden auch hier die kursiv gedruckten Marktanteile schweizweit, d.h. als Anteil eines räumlich relevanten Marktes, welcher der Schweiz entsprechen würde, berechnet. Wie aber in Rz. 73 ausgeführt, ist der räumlich relevante Markt für Stromverteilung nie grösser als ein Verteilnetz, welches ein faktisches Monopol des Verteilnetzbetreibers darstellt, auf welchem er einen Marktanteil von 100% hat (siehe auch Fn. 30).

<sup>30</sup> Die Länge des Verteilnetzes von Atel beträgt [...] km. Die Länge des gesamtschweizerischen Verteilnetzes ist nicht bekannt, somit kann auch Atels Marktanteil an einem hypothetischen Schweizer Verteilnetz nicht berechnet werden. Die von den beteiligten Unternehmen gemachte Marktvolumenangabe in GWh bezeichnet die Strommenge, welche Atel im Jahr 2004 über ihr Verteilnetz lieferte. Diese Angabe ist jedoch in zweifacher Weise wettbewerbsrechtlich nicht aussagekräftig. Einerseits hat, wie in Fn. 29 erwähnt, jeder Verteilnetzbetreiber 100% Marktanteil auf seinem eigenen Netz, und zweitens vermischt die Angabe über die über das Verteilnetz gelieferte Elektrizität Atels Funktion als Stromversorger und -verteiler.

<sup>31</sup> Analog zu Fn. 28 f. wurden auch hier die kursiv gedruckten Marktanteile als Anteile eines hypothetischen schweizweiten Marktes berechnet. Wie aber in Rz. 74 aufgezeigt, entspricht der räumlich relevante Markt für Stromversorgung zwar in der Praxis oft der Ausdehnung eines Verteilnetzes, kann aber über ein solches hinausgehen. Es handelt sich aber nicht um einen schweizerischen Markt für Stromversorgung, weshalb die kursiv gedruckten Marktanteile wettbewerbsrechtlich nicht relevant sind. Es ist vorliegend nicht möglich, aussagekräftige Marktanteile anzugeben, da die räumlich relevanten Märkte einzelfallspezifisch abgegrenzt werden müssen.

<sup>32</sup> Es sind jeweils zwei Marktanteileswerte aufgeführt. Der obere Marktanteil bezieht sich auf den Landesverbrauch, während sich der untere Marktanteil auf die Summe aus Nettoerzeugung und Import bezieht.

<sup>27</sup> Wie bereits in Rz. 57 ausgeführt, kann die Frage, ob die von Rätia generierten Umsätze für die Umsatzberechnung nach Art. 9 KG der Atel-Gruppe anzurechnen sind - und wenn ja zu welchem Anteil - für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben offengelassen werden. Auch bezüglich der Marktanteile auf den verschiedenen Märkten ergeben sich keine ausschlaggebenden Änderungen im Falle einer Addierung der Volumina/Marktanteile von Rätia. Um dies aufzuzeigen, sind die Marktvolumen/Marktanteile von Rätia jedoch aus Transparenzgründen jeweils in Klammern aufgeführt.

<sup>28</sup> Die aufgeführten Übertragungskapazitäten der beteiligten Unternehmen sind als Produkt von Leitungskapazität (in MW) und Leitungslänge (in km) dargestellt. Die Marktanteile, welche kursiv gedruckt sind, entsprechen dem Anteil der beteiligten Unterneh-

kollektiven Marktbeherrschung erneut genau zu prüfen sei (RPW/2002/2, S. 348, Rz. 59).

80. Betreffend den Markt für Stromversorgung ist die Angabe präziser Marktanteile aufgrund der fehlenden Abgrenzung der verschiedenen Versorgungsmärkte (vgl. Rz. 74 und Fn. 31) nicht möglich. Obwohl der Stromversorgungsmarkt - trotz der potenziellen Möglichkeit, Stromversorgungsdienstleistungen schweizweit und unabhängig eines bestimmten Verteilnetzes anzubieten - aufgrund der gegenwärtigen Sachlage nicht als nationaler Markt abgegrenzt werden kann, wären die Marktanteile der beteiligten Unternehmen auf die Schweiz bezogen vernachlässigbar. Diesbezüglich ist zu erwähnen, dass die EOSH als selbstständige Stromversorgerin nur gegenüber [...] auftritt, welches sie mit [...] GWH pro Jahr beliefert. Ansonsten sind nur die Aktionärinnen von EOSH auf den Stromversorgungsmärkten tätig, auf welchen sie über ihre eigenen Verteilnetze Stromabnehmer beliefern. Trotz fehlender konkreter Marktanteilsangaben ist davon auszugehen, dass der Markt für Stromversorgung kein betroffener Markt im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU ist. Würde hingegen die räumliche Marktabgrenzung betreffend die Verteilnetze übernommen, kann auf die diesbezüglichen nachfolgenden Ausführungen verwiesen werden (vgl. Rz. 82).

81. Nachfolgend werden folglich die Wettbewerbsverhältnisse auf den betroffenen Märkten Stromübertragung, -verteilung, -handel sowie auf dem Markt für -produktion näher untersucht.

#### **B.4.2.1 Aktueller Wettbewerb**

##### **a) Stromverteilung**

82. Atel ist im Markt für Stromverteilung nur über ihre 100%ige Tochtergesellschaft Atel Versorgungs AG (AVAG) und die kontrollierte Società Elettrica Sopracenerina (SES) in den Gebieten Jurasüdfuss, Kanton Baselland, Sopraceneri und Misox tätig. EOSH verfügt zwar über Verteilleitungen von [...] km in der Westschweiz, welche jedoch in die Verteilnetze ihrer Aktionärinnen eingefügt sind und ausschliesslich von ihren Aktionärinnen gestützt auf langfristige Verträge kommerziell genutzt werden. Zudem hat sie ein [...] km langes Verteilnetz im Wallis, welches von den Force Motrices Valaisannes (FMV) betrieben wird. Die Stromverteilnetze im Eigentum der EOSH sind somit vernachlässigbar. Es sind die Aktionäre der EOSH, welche auf dem Markt für Stromverteilung tätig sind.<sup>33</sup> Gegenwärtig ist noch offen, ob die Verteilnetze der Aktionäre irgendwann in NewCo eingeführt werden. Für die kartellrechtliche Beurteilung wäre dies ohnehin belanglos, wie nachfolgend präzisiert wird.

83. Wie bereits in Randziffer 73 und Fussnote 29 ausgeführt, stellt jedes Verteilnetz ein faktisches Monopol des Verteilnetzbetreibers dar. Die verschiedenen Verteilnetzbetreiber stehen somit weder vor noch nach dem Zusammenschluss miteinander im Wettbewerb. Durch das Zusammenschlussvorhaben wird folglich auf dem Markt für Stromverteilung keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

##### **b) Stromübertragung**

84. Atel verfügt über ein Höchstspannungsnetz von [...] km und hat Beteiligungen und langfristige Rechte an fremden Leitungen. EOSH verfügt über ein Höchstspannungsnetz von [...] km.

85. Die Wettbewerbskommission befasste sich bereits bei der Prüfung des Zusammenschlussvorhabens *Swissgrid* (RPW 2005/1, S. 347), an welchem sowohl Atel als auch EOSH beteiligt sind, mit dem Stromübertragungsmarkt. Aufgrund der einzelfallspezifischen Marktabgrenzung (d.h. jede Übertragung auf dem Höchstspannungsnetz von einem Punkt A zu einem Punkt B ist ein eigener Markt), besteht in der Regel auf den auf diese Weise abgegrenzten Märkten weder aktueller noch potenzieller Wettbewerb. Einzige Ausnahme dazu bilden die wenigen parallelen Übertragungsleitungen, welche von der Marktgegenseite als substituierbar angesehen werden (RPW 2005/1, S. 347, Rz. 62 ff.). In diesem Sinne könnten auch gewisse Übertragungsleitungen von Atel und EOSH im Wallis als Substitute zueinander betrachtet werden. So halten die beteiligten Unternehmen namentlich am Interkonnektor (Simplon) nach Italien gemeinsam mit (BKW) eine Beteiligung.

86. Die Wettbewerbskommission liess das Zusammenschlussvorhaben *Swissgrid* jedoch trotz vorhandener Parallelleitungen unter Auflagen zu, da es eine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf dem Markt für Stromversorgung bewirkt (Art. 10 Abs. 2 Bst. b KG). Gegenwärtig ist eine Beschwerde der Parteien betreffend die verhängten Auflagen vor der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF) hängig. Durch den Vollzug des Zusammenschlussvorhabens *Swissgrid*, dessen Zeitpunkt vom Entscheid der REKO/WEF abhängt, wird der Betrieb der Übertragungsnetze von Atel und EOSH von *Swissgrid* übernommen. Eine genauere Prüfung der Zusammenführung des Eigentums dieser beiden Übertragungsnetze in der Zielgesellschaft (vgl. Rz. 14) erübrigt sich aufgrund der bereits zugelassenen Zusammenführung des Betriebs der Übertragungsnetze durch *Swissgrid*.

87. Der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass die Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf die grenzüberschreitenden Kapazitäten von der Europäischen Kommission im Detail untersucht wurden. Diesbezüglich ist auf die Einführung des FPBG-Systems hinzuweisen, nach welchem die Zuteilung grenzüberschreitender Übertragungskapazität ab dem 1. Januar 2006 mittels Auktionen<sup>34</sup> und unab-

<sup>33</sup> Nach Schätzungen der EOSH dürften die Marktanteile ihrer Aktionäre auf dem (inkorrekt abgegrenzten) gesamtschweizerischen Markt für Stromverteilung den Marktanteilen im Bereich Stromversorgung ca. 10%-20% entsprechen.

<sup>34</sup> Eine Ausnahme dazu bilden Stromlieferungen basierend auf wichtigen Langfristverträgen (z.B. mit Frankreich), für welche vorerst keine Übertragungskapazitäten in den entsprechenden Auktionen ersteigert werden müssen.

hängig von den Eigentumsrechten auf den entsprechenden Übertragungsleitungen erfolgt (vgl. Rz. 75). Folglich führt das Zusammenschlussvorhaben auch bezüglich der grenzüberschreitenden Kapazitäten zu keiner Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.

### c) *Stromhandel*

88. Wie unter Randziffer 75 ausgeführt, ist der räumliche Markt für Stromhandel weiter abzugrenzen als die Schweiz. Obwohl die am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen von einem europäischen Stromhandelsmarkt ausgehen, stellen sie in der Meldung des Zusammenschlussvorhabens den Stromhandel aus nationaler Sicht dar, da auch bei dieser (zu) engen Marktabgrenzung keine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung erfolgt.

89. Das Marktvolumen auf dem nationalen Stromhandelsmarkt lässt sich nicht exakt berechnen. Nach Auffassung der beteiligten Unternehmen liegt das Marktvolumen zwischen dem Landesverbrauch<sup>35</sup> und der Summe von Nettoinlandproduktion plus Import<sup>36</sup>. Die Marktanteile der beteiligten Unternehmen sowie deren Wettbewerber sind deshalb nach beiden Berechnungsarten angegeben. Sie beinhalten ausserdem nur den Absatz in den traditionellen Marktbearbeitungsgebieten, da die beteiligten Unternehmen keine zuverlässigen Schätzungen betreffend zum Beispiel den Grosshandel ihrer Konkurrenten anstellen konnten. Es kann somit davon ausgegangen werden, dass die tatsächlichen Marktanteile der Wettbewerber geringfügig höher liegen als nachfolgend aufgeführt.

90. Auf einem nationalen Handelsmarkt sind Axpo, BKW und ewz die wichtigsten Wettbewerber der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen. Gestützt auf den Landesverbrauch im Jahr 2004 wäre der Stromhandelsmarkt wie folgt aufgeteilt: Axpo: 30%-40%, Atel/EOSH: 30%-40%, BKW: 10%-20%, ewz: 0%-10%. Gestützt auf die Summe von Nettoerzeugung und Import hätten die Unternehmen folgende Marktanteile: Axpo: 10%-20%, Atel/EOSH: 10%-20%, BKW: 0%-10%, ewz: 0%-10%. Durch den Zusammenschluss wird somit das an Marktanteilen zweitstärkste Unternehmen im Stromhandelsmarkt in der Schweiz gegründet. Allerdings kann kein im schweizerischen Stromhandelsmarkt tätiges Unternehmen aufgrund der oben genannten Marktanteile als marktbeherrschend qualifiziert werden. Würde vorliegend die Wettbewerbssituation auf einem europäischen Stromhandelsmarkt untersucht, stünden die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen zudem im Wettbewerb mit Stromhändlern wie EDF, E.ON und RWE, welche ein Vielfaches des von Atel/EOSH erbrachten Handelsvolumens aufweisen können.

91. Betreffend die Marktanteile der stärksten Wettbewerber in der Schweiz ist festzustellen, dass diese während der letzten Jahre relativ konstant waren. Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass aufgrund der Vereinfachung betreffend die Allokation von grenzüberschreitenden Kapazitäten durch das FPGB-System sowie durch die baldige Betriebsaufnahme eines

schweizerischen Übertragungsnetzbetreibers (Swissgrid) der Stromhandel zukünftig noch vereinfacht werden wird. Deshalb ist, im Sinne von potenzieller Konkurrenz, in absehbarer Zeit mit weiteren Stromhändlern zu rechnen, welche den Wettbewerb auf dem Stromhandelsmarkt weiter intensivieren werden.

92. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass durch das Zusammenschlussvorhaben keine marktbeherrschende Stellung auf dem Stromhandelsmarkt, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt wird (Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG).

### d) *Stromproduktion*

93. Bei der Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens NOK/Watt wurde eine kollektive Marktbeherrschung der Stromproduzenten Axpo-Gruppe, Rätia, Atel, BKW, Swisspower und EOS verneint (RPW 2002/2, S. 348, Rz. 49 ff.). Wie damals nahegelegt, ist nun zu prüfen, ob durch den weiteren Konzentrationsprozess im Elektrizitätsbereich, welchen das vorliegende Zusammenschlussvorhaben bewirkt, eine kollektiv marktbeherrschende Stellung der schweizerischen Stromproduzenten begründet oder verstärkt wird.

94. Für die Beurteilung des Vorliegens einer kollektiven Marktbeherrschung sind folgende Kriterien heranzuziehen<sup>37</sup>: (1) Marktkonzentration/Marktteilnehmer, (2) Markttransparenz, (3) Marktstabilität, (4) Interessen-, Produkt- und Kostensymmetrie, (5) Stellung der Marktgegenseite, (6) Verflechtungen, (7) Substitutionswettbewerb und (8) Sanktionen.

#### 1. Marktkonzentration/Marktanteile

95. Die Anzahl Marktteilnehmer (Marktkonzentration) ist ein wichtiges Bestimmungskriterium bei der Prüfung der kollektiven Marktbeherrschung. Je weniger Unternehmen auf dem relevanten Markt konkurrieren, umso eher besteht das Risiko von expliziter

<sup>35</sup> Die Abstellung auf den Landesverbrauch beinhaltet diejenigen Handelsvorgänge nicht, bei welchem der gehandelte Strom schlussendlich exportiert wird. Das diesbezüglich erhaltene Marktvolumen ist kleiner als das tatsächliche Handelsvolumen.

<sup>36</sup> Die Abstellung auf die Summe von Nettoerzeugung plus Import überschätzt das Stromhandelsvolumen, da dieses Marktvolumen den gesamten Strom, welcher exportiert wird, beinhaltet, ohne dass der exportierte Strom notwendigerweise Gegenstand von Handelsvorgängen in der Schweiz sein muss.

<sup>37</sup> Diesbezüglich wird generell auf die Ausführungen in der Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens Emmi/AZM (RPW 2006/2, S. 261 ff., Rz. 119 ff.) sowie die dort zitiert Lehre und Rechtsprechung verwiesen, namentlich Revisuisse Price Waterhouse/STG-Coopers & Lybrand, RPW 1998/2, Rz. 242 ff.; UBS/SBV, RPW 1998/2, Rz. 309 ff.; Bell/SEG, RPW 1998/3, S. 400 ff., Rz. 39; Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft, RPW 2003/1, S. 134 ff., Rz. 162 ff.; Markt für Schlachtschweine - Teil A, RPW 2004/3, S. 674 ff.; BRIONES, "Oligopolistic dominance, is there a common approach in different jurisdictions?" in: European Competition Law Review Vol. 16, 1995, Oligopolistic Dominance, S. 234ff.; IVALDI, JULLIEN, REY, SEABRIGHT, TIROLE, The Economics of Tacit Collusion, Final Report for DG Competition, European Commission, IDEI, Toulouse, März 2003; EU-Kommission i.S. Nestlé/Perrier vom 22. Juli 1992, Fall Nr. IV/M. 190; sowie die Auslegungsgrundsätze des Bundeskartellamtes, Oktober 2000, S. 41 ff.

oder stillschweigender Kollusion hinsichtlich bestimmter Wettbewerbsparameter. Ebenso dürfte erforderlich sein, dass die Summe der Marktanteile der beteiligten Unternehmen 50% bis 60% oder mehr beträgt (Emmi/AZM, RPW 2006/2, S. 261 ff., Rz. 121, Rz. 123).

96. Der Hauptgrund, weshalb die kollektive Marktherrschaft in NOK/Watt verneint wurde, war die hohe Zahl der Unternehmen (5), welche über bedeutende Marktanteile verfügten<sup>38</sup> (RPW 2002/2, S. 348, Rz. 56). Diese Situation präsentiert sich heute aufgrund des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens sowie der möglichen - von den Parteien bestrittenen - Zurechnung der Marktanteile der Rätia zu denjenigen der Atel etwas anders.

97. Elektrizität wird in der Schweiz von einer Vielzahl von kantonalen, regionalen oder kommunalen Werken erzeugt, welche jedoch in der Regel über marginale Marktanteile verfügen. Die wichtigen Wettbewerber mit nennenswerten Marktanteilen der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind nur die Axpo-Gruppe, die BKW-Gruppe, sowie die ewz, deren Marktanteile aus folgender Tabelle ersichtlich sind.

Atel/EOSH kumuliert	Axpo-Gruppe	BKW-Gruppe	ewz
10%-20% (10%-20%) <sup>39</sup>	ca. 30%-40%	ca. 10%-20%	ca. 10%-20%

98. Die Summe der Marktanteile dieser vier grösseren Stromproduzenten beträgt 75%-80%. Gemäss der Praxis der EU-Kommission können kleine Marktteilnehmer ("fringe competitors") eine kollektive Marktbeherrschung ab einem gemeinsamen Marktanteil von 20% destabilisieren (DETHMERS, Collective Dominance Under EC Merger Control - After Airtours and the Introduction of Unilateral Effects is There Still a Future for Collective Dominance?, E.C.L.R., Issue 11, 2005, S. 638 ff.). Zudem sind zahlreiche dieser kleinen Marktteilnehmer (v.a. Stadtwerke) in Swisspower AG vereinigt, welche im Bereich von Stromlieferungen an Grosskunden eine wichtige Stellung einnimmt.

99. Ohne abschliessend klären zu müssen, ob mehr als drei Unternehmen zusammen eine kollektive Marktbeherrschung begründen können, kann davon ausgegangen werden, dass die lokalen Stromproduzenten ("fringe competitors") eine solche, allfällige kollektive Marktbeherrschung voraussichtlich destabilisieren könnten. Nachfolgend werden aber die weiteren Bedingungen für eine kollektive Marktbeherrschung dennoch untersucht.

**2. Markttransparenz**

100. Der Grad der Markttransparenz ist entscheidend für die Geschwindigkeit, mit welcher sich die Marktteilnehmer über marktrelevante Aktivitäten ihrer Konkurrenten (oder der Marktgegenseite) informieren können. Je grösser die Markttransparenz ist, desto wahrscheinlicher sind das Zustandekommen und die

Stabilität von solchen Vereinbarungen (Emmi/AZM, RPW 2006/2, S. 261 ff., Rz. 126).

101. Die Markttransparenz im Energiebereich wurde schon in NOK/Watt als hoch eingestuft (RPW 2002/2, S. 348, Rz. 51). Diesbezüglich kann einerseits auf die vorhandenen Verflechtungen (vgl. Rz. 118 ff.) und andererseits auf die vom Bundesamt für Energie (BFE) veröffentlichten Statistiken<sup>40</sup> verwiesen werden.

**3. Marktstabilität (Marktphase, Markteintrittsschranken und potenzieller Wettbewerb)**

102. In dynamischen Märkten, in welchen Produkt- und Verfahrensinnovationen an der Tagesordnung sind, und in welchen mit Marktzutritten neuer Konkurrenten gerechnet werden muss, wird kaum ein Anreiz zu kollusivem Verhalten bestehen. Das Kriterium der Marktstabilität wird unter zwei Aspekten geprüft. Zunächst ist der Entwicklungsstand des definierten Marktes (Marktphase)<sup>41</sup> zu betrachten. Sodann werden die Möglichkeiten des Marktzuganges im Zeitpunkt der vorherrschenden Marktphase geprüft (potenzieller Wettbewerb) (Emmi/AZM, RPW 2006/2, S. 261 ff., Rz. 128).

103. Beim Markt für Stromproduktion handelt es sich aus heutiger Sicht um einen weit entwickelten Markt, wo Forschung und Entwicklung gegenwärtig höchstens im Bereich der Optimierung bestehender Technologien stattfinden. Der Stromproduktionsmarkt dürfte sich somit in einer Reife-/Stagnationsphase befinden, wo aufgrund fehlenden Wachstums kaum Markteintritte von Konkurrenten zu erwarten sind.

104. Auch ist ein Marktzutritt in den Markt für Stromproduktion mit hohen irreversiblen Kosten verbunden (RPW 2002/2, S. 348, Rz. 54) und daher auch in dieser Hinsicht (Marktzutrittsschranken) eher unwahrscheinlich.

105. Die gegenwärtige Abwesenheit von potenziellem Wettbewerb im Markt für Stromproduktion würde folglich die Stabilität von kollusivem Verhalten erhöhen. Diese Analyse berücksichtigt jedoch allfällige zukünftige Regulierungen betreffend erneuerbarer Energien nicht, welche zurzeit im Parlament diskutiert werden. So sieht die Vorlage zur Änderung des Energiegesetzes<sup>42</sup> beispielsweise die Erhöhung des Anteils der Elektrizitätserzeugung aus erneuerbaren Ener-

<sup>38</sup> Axpo: 34,5%-38%; Rätia: 3,5%; Atel: 10%-13%; BKW: 10%-13%; Swisspower: mind. 12%-13%; EOS: 6%-7%.

<sup>39</sup> Bei Addierung der Marktanteile der Rätia.

<sup>40</sup> Z.B. Schweizerische Elektrizitätsstatistik 2004, Schweizerische Gesamtenergiestatistik 2004.

<sup>41</sup> In der bisherigen Praxis wurden die folgenden Entwicklungsstadien eines Marktes unterschieden: Experimentier-, Wachstums-, Reife-, Stagnations- und Degenerationsphase. Während der ersten beiden Phasen sind die Wettbewerbsbedingungen einem ständigen Wandel unterworfen, folglich kann es kaum zu einem kollusiven Verhalten kommen. In der Reifephase können Marktanteile naturgemäss nur noch zulasten von Konkurrenten gewonnen werden, was die Entstehung und Erhaltung von kollusiven Verhaltensweisen begünstigt (Emmi/AZM, RPW 2006/2, S. 261 ff., Rz. 129).

<sup>42</sup> Energiegesetz (EnG) vom 26. Juni 1998; SR 730.0.

gien vor und verpflichtet einerseits Energieversorgungsunternehmen eine vom Bundesrat festzulegende Mindestmenge an aus erneuerbaren Energien erzeugte Elektrizität an ihre Kunden abzugeben und andererseits Netzbetreiber die gesamte in Neuanlagen durch erneuerbare Energien generierte Elektrizität abzunehmen und zu vergüten (vgl. Entwurf des Stromversorgungsgesetzes, Anhang Art. 29: Änderungen bisherigen Rechts, BBl 2005, S. 1689 ff. [1702 f.]). Würden solche Fördermassnahmen zu Gunsten der erneuerbaren Energien tatsächlich gesetzlich verankert, wäre die oben stehende Beurteilung betreffend die Marktstabilität allenfalls zu relativieren. Der Markt für Stromproduktion könnte sich bezüglich der Stromproduktion aus erneuerbaren Energien in einer Wachstumsphase befinden und somit als relativ dynamisch bezeichnet werden. Dementsprechend wäre mit neuen Markteintritten zu rechnen, welche einem möglichen kollusiven Verhalten entgegenwirken würden.

106. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass sich, aufgrund der Unsicherheit bezüglich allfälliger zukünftiger Regulierungen, zum heutigen Zeitpunkt keine eindeutigen Aussagen bezüglich der Marktstabilität und des daraus folgenden möglichen kollusiven Verhaltens machen lassen. Zudem wirkt sich die Unsicherheit bezüglich der künftigen regulatorischen Rahmenbedingungen schon zum heutigem Zeitpunkt destabilisierend auf allfällige kollusive Verhaltensweisen aus.

#### 4. Interessen-, Produkt- und Kostensymmetrie

##### 4.1 Interessensymmetrie

107. Ein weiterer entscheidender Faktor für die Stabilität einer kollektiven Marktbeherrschung ist die Interessensymmetrie aller an der kollektiven Marktbeherrschung beteiligten Unternehmen bezüglich verfolgter Ziele und Zeithorizont (Emmi/AZM, RPW 2006/2, S. 261 ff., Rz. 135).

108. Stromproduzenten verfolgen in der Regel - bedingt durch die hohen irreversiblen Kosten zur Erstellung von Produktionsanlagen - langfristige Geschäftsstrategien. Bezüglich des Zeithorizonts kann somit von vergleichbaren Interessen ausgegangen werden. Auch aufgrund einer ähnlichen Eigentümerstruktur (Staat) haben Axpo, BKW, ewz und Atel/EOSH ähnliche Interessen. Demgegenüber können die Interessen der Stromproduzenten bezüglich anderer Parameter allenfalls divergieren. Namentlich hängt der Unternehmenszweck der Stromproduzenten in der Regel mit der Stromversorgung eines bestimmten Gebietes zusammen, was auf nicht deckungsgleiche Interessen schliessen lässt. Divergierende Interessen können ebenfalls aufgrund des unterschiedlichen Grades der vertikalen Integration der genannten Unternehmen vorkommen. Es ist folglich nicht auszuschliessen, dass bezüglich gewisser Parameter eine Interessensymmetrie besteht.

##### 4.2 Produktsymmetrie

109. Weisen die Produkte und Dienstleistungen der Anbieter eine starke Homogenität auf, erleichtert dies

ein kollusives Verhalten, da sich die Verhaltensabstimmung auf wenige Parameter beschränken kann (Emmi/AZM, RPW 2006/2, S. 261 ff., Rz. 137).

110. Bei Elektrizität handelt es sich zweifellos um ein homogenes Gut. In NOK/Watt wurden Bestrebungen zur Produktdifferenzierungen (Ökostrom) erwähnt, welche allerdings die Qualifikation von Strom als homogenes Gut nicht entkräften können (RPW 2002/2, S. 348, Rz. 51). Dies umso mehr, als dass sich die allfällige Differenzierung nur auf den Produktionsprozess bezieht, und die physikalische Eigenschaft der produzierten Elektrizität homogen bleibt.

##### 4.3 Kostensymmetrie

111. Weisen die an der kollektiven Marktbeherrschung beteiligten Unternehmen eine ähnliche Kostenstruktur auf und sind die Kostenstrukturen untereinander bekannt, erhöht dies die Wahrscheinlichkeit und die Stabilität kollusiven Verhaltens. Indikatoren für Kostensymmetrien können etwa gleich grosse und gleich bleibende Marktanteile sowie eine ungefähr gleiche Kapazitätsauslastung sein. Kostensymmetrie dürfte ebenfalls eher bei relativ homogenen Produkten gegeben sein. Auch der Grad der vertikalen Integration kann Hinweise auf Kostensymmetrien geben (Emmi/AZM, RPW 2006/2, S. 261 ff., Rz. 139).

112. Die Kostenstrukturen der Stromproduktion hängen von der Stromerzeugungsart ab, das heisst unterschiedliche Arten von Produktionsanlagen (z.B. Wasserkraftwerke, Kernkraftwerke) weisen unterschiedliche Kostenstrukturen auf. Obwohl die Stromproduzenten betreffend eigener Produktionsanlagen zum Teil spezialisiert sind (z.B. Wasserkraftwerke), halten sie in der Regel Beteiligungen an Partnerkraftwerken einer anderen (z.B. thermischen) Produktionsanlage. Die Kostenstrukturen der Stromproduzenten sind deshalb nicht notwendigerweise gleich, sie sind jedoch unter Konkurrenten bekannt (oder mindestens schätzbar).

113. Betreffend die Kapazitätsauslastung ist hervorzuheben, dass Stromproduzenten in der Regel - neben der tatsächlich erzeugten Energie - über installierte Kapazität verfügen. Darunter wird die in den Kraftwerken installierte Leistung der Turbinen und Generatoren verstanden (im Gegensatz zu der mit diesen Anlagen tatsächlich produzierten Energie). So haben hydraulische Kraftwerke in der Regel eine grosse installierte Kapazität, welche jedoch nur bei Bedarfsspitzen abgerufen und nicht über längere Zeit aufrecht erhalten werden kann. Demzufolge ist zwar die Kapazitätsauslastung aufgrund installierter Kapazität nie 100%, doch die Möglichkeit einer regelmässigen Inbetriebnahme der installierten Kapazität ist sehr beschränkt. Die installierte Produktionskapazität der Stromproduzenten kann wie folgt geschätzt werden: Atel: 1'500-2'000 MW, EOSH: 1'500-2'000 MW, Axpo: 4'500-5'000 MW, BKW: 1'500-2'000 MW, ewz: 1'000 MW. Der Unterschied zwischen der installierten Kapazität der verschiedenen Stromproduzenten entkräftet allerdings - genauso wie der Unterschied zwischen der tatsächlich erzeugten Energiemenge der verschiede-

nen Stromproduzenten - eine Ähnlichkeit der jeweiligen Kostenstrukturen nicht.

114. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die grossen Stromproduzenten sowohl eine gewisse Interessen-, Produkt- und Kostensymmetrie aufweisen.

##### 5. Stellung der Marktgegenseite

115. Eine starke Stellung der Marktgegenseite reduziert die Wahrscheinlichkeit, dass es zur Kollusion kommt, da starke Unternehmen auf der Marktgegenseite die Konkurrenz unter den Anbietern oder Abnehmern spielen lassen können, was allfällige kollusive Verhaltensweisen destabilisiert (Emmi/AZM, RPW 2006/2, S. 261 ff., Rz. 141).

116. Strom ist ein homogenes Produkt, bei welchem der Preis der wichtigste Entscheidungsfaktor der Marktgegenseite (Stromversorger, -händler und indirekt-konsumenten) ist. Demzufolge müsste es mit einer kleinen Preisunterbietung eines Stromproduzenten grundsätzlich möglich sein, bei konstantem Marktvolumen zusätzliche Marktanteile zu gewinnen. Der Anreiz eines Stromproduzenten, gegen ein Parallelverhalten zu verstossen, wäre dementsprechend gross. Demgegenüber ist zu beachten, dass ein sofortiges Ausweichen eines Stromabnehmers (z.B. Stromversorger, Grosskunde) auf einen anderen Stromproduzenten nicht ohne weiteres unverzüglich möglich ist, da je nach geografischer Lage des Stromabnehmers die Benützung anderer Übertragungsnetze und allenfalls Verteilnetze, für welche allenfalls die Durchleitung noch einzelfallspezifisch gewährt werden muss, nötig ist. Die Nachfragemacht der geografisch gebundenen Stromabnehmer ist deshalb gering. Anders ist die Nachfragemacht eines ortsunabhängigen Stromhändlers zu beurteilen, dessen Nachfragemacht allenfalls die Stromproduzenten zu Unterbietungen der Strompreise anregen kann. Durch die Vereinfachung des (internationalen) Stromhandels, namentlich durch das FPBG-System und die baldige Inbetriebnahme eines schweizerischen Übertragungsnetzbetreibers (Swissgrid), wird die Stellung der Marktgegenseite gestärkt.

117. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Marktstellung der Marktgegenseite gegenwärtig zwar noch sehr heterogen ist, dass sie aber zukünftig durch den (internationalen) Handel derart gestärkt wird, dass ein Anreiz zum Abweichen von einem kollusiven Verhalten geschaffen wird.

##### 6. Verflechtungen

118. Personelle oder kapitalmässige Verflechtungen (z.B. gemeinsame Kontrolle von Gemeinschaftsunternehmen, gemeinsame Mitgliedschaft in Branchenorganisationen) auf dem relevanten Markt oder auf Drittmärkten (namentlich vor- oder nachgelagerten Märkten) unter den einem Oligopol zuzurechnenden Unternehmen erhöhen die Markttransparenz und damit die Wahrscheinlichkeit kollusiven Verhaltens (Emmi/AZM, RPW 2006/2, S. 261 ff., Rz. 146).

119. Kapitalmässige Verflechtungen zwischen den Stromproduzenten bestehen insbesondere aufgrund

von Beteiligungen an Partnerkraftwerken. Die diesbezüglichen Verflechtungen zwischen Atel/EOSH, Axpo, BKW und ewz sind in unten stehender Tabelle veranschaulicht.

<i>Partnerwerke</i>	<i>Atel</i>	<i>EOSH</i>	<i>Axpo</i>	<i>BKW</i>	<i>ewz</i>
Aarewerke AG	X		X	X	
Blenio Kraftwerke AG	X		X	X	X
Electra-Massa AG	X	X	X	X	
Engadiner Kraftwerke AG	X		X	X	
Gommerkraftwerke AG		X		X	
Grand Dixence AG		X	X	X	
Kernkraftwerk Gösgen-Däniken AG	X		X		X
Kernkraftwerk Leibstadt AG	X	X	X	X	
Kraftwerke Hinterrhein AG	X		X	X	X
Kraftwerke Zervreila AG	X		X		
Maggia Kraftwerke AG	X		X	X	X

120. Die Stromproduzenten sind zudem Mitglieder des Verbandes Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen (VSE). Der VSE bildet unter anderem ein Dialogforum zur brancheninternen Konsensbildung und erarbeitet gemeinsame Positionen, koordiniert die Interessen der Fachverbände mit dem Ziel einer starken Branchenposition, ermöglicht den Erfahrungsaustausch in zahlreichen Gremien, Kommissionen und Arbeitsgruppen im In- und Ausland. Die Mitgliedschaft im VSE verstärkt somit die bestehenden Verflechtungen aufgrund von Beteiligungen an Partnerwerken.

##### 7. Substitutionswettbewerb

121. Wie schon in NOK/Watt festgehalten, lässt sich Elektrizität ausser bezüglich Wärmeerzeugung funktional in der Praxis kaum ersetzen. Substitutionswettbewerb durch Waren oder Dienstleistungen, welche aus der Sicht der Nachfrager zwar nicht gleichwertig mit denen des betroffenen Marktes sind, sie aber doch in eingeschränktem Umfang oder unter bestimmten Bedingungen (funktional) ersetzen können, ist daher kaum zu erwarten (RPW 2002/2, S. 348, Rz. 53). Die Abwesenheit von Substitutionswettbewerb erhöht die Stabilität von kollusivem Verhalten.



## 8. Sanktionen

122. Damit kollusives Verhalten stabil ist, braucht es in der Regel glaubwürdige Sanktionsmechanismen, die gegen abweichende Beteiligte ergriffen werden können (RPW 2004/3, S. 710 f., Rz. 104).

123. Diesbezüglich ist zu beachten, dass Atel/EOSH, Axpo, BKW und ewz auf verschiedenen Märkten, insbesondere dem Stromhandelsmarkt und dem Stromversorgungsmarkt, miteinander im Wettbewerb stehen. Dieser Umstand könnte dazu führen, dass ein abweichendes Verhalten auf dem Stromproduktionsmarkt zu einer entsprechenden Reaktion auf einem anderen Markt führt. Eine Sanktionierung auf einem der nachgelagerten Märkte ist jedoch vorliegend nicht wahrscheinlich. Zum einen ist aufgrund der Gegebenheiten im Markt für Stromversorgung kein von der Stromproduktion unabhängiger Sanktionsmechanismus ersichtlich, mittels welchem ein Versorger einen anderen Versorger unmittelbar bestrafen könnte. Zum andern herrscht auf dem Stromhandelsmarkt starker Wettbewerb, welcher die gewünschte Wirkung einer allfälligen Sanktion abschwächen würde.

124. Betreffend eine allfällige Sanktionierung auf dem Stromproduktionsmarkt selbst ist die bei allen Stromproduzenten vorhandene installierte Kapazität zu erwähnen, auf welche bei Bedarf unmittelbar - wenn auch nicht über eine länger Zeitdauer - zurückgegriffen werden kann (vgl. Rz. 113). Ob ein solcher Rückgriff auf die installierte Kapazität als Sanktionsmechanismus in der Praxis wahrscheinlich ist, scheint jedoch in gewissen Fällen fragwürdig. Beispielsweise kann der durch das Leeren eines Stausees erlittene Kapazitätsverlust den aus einer allfälligen Sanktion gezogenen Nutzen nur schwerlich aufwiegen. Generell ist aber das Einsetzen von installierter Kapazität als Sanktionsmechanismus nicht auszuschliessen.

125. Es kann demzufolge nicht ausgeschlossen werden, dass ein glaubwürdiger Mechanismus besteht, abweichendes Verhalten auf dem Markt für Stromproduktion zu sanktionieren.

## 9. Zwischenergebnis

126. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die hohe Markttransparenz, die Interessen-, Produkt- und Kostensymmetrie, die zahlreichen Verflechtungen, das Fehlen von Substitutionswettbewerb sowie das Vorhandensein allfälliger Sanktionsmecha-

nismen Anhaltspunkte für eine Begründung von kollektiver Marktbeherrschung auf dem Markt für Stromproduktion darstellen.

127. Trotz dieser Umstände ist auch vorliegend die Begründung einer kollektiven Marktbeherrschung durch das Zusammenschlussvorhaben aus nachfolgenden Gründen zu verneinen. Gegen eine kollektive Marktbeherrschung spricht immer noch die hohe Anzahl nennenswerter Stromproduzenten (4) sowie der relative grosse Marktanteil der "fringe competitors" (>20%). Zudem ist die Stellung der Marktgegenseite, insbesondere der Stromhändler, als relativ stark zu qualifizieren. Auch in der Annahme, dass die Marktstellung der Stromhändler gegenwärtig noch nicht genügen würde, um den Wettbewerb zwischen den Stromproduzenten spielen zu lassen, wird sie in absehbarer Zukunft zweifellos das Potenzial dazu haben. Schliesslich ist nicht auszuschliessen, dass sich der Markt für Stromproduktion, je nach dem wie die künftigen regulatorischen Rahmenbedingungen ausfallen, als dynamisch herausstellen wird.

## *II. Potenzieller Wettbewerb*

128. Die Frage nach potenziellem Wettbewerb ist nur zu prüfen, falls der aktuelle Wettbewerb nicht genügt, um die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auszuschliessen. Wie aber vorab dargelegt wurde, wird durch den Zusammenschluss keine marktbeherrschende Stellung auf den Märkten Stromverteilung, übertragung, -handel und -produktion begründet oder verstärkt. Folglich erübrigt sich die Prüfung des potenziellen Wettbewerbs.

### *B.4.3 Ergebnis*

129. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung auf den Märkten Stromübertragung, -verteilung, -handel begründen oder verstärken wird, noch dass eine kollektive Marktbeherrschung auf dem Markt für Stromproduktion begründet wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Artikel 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3

4. *Bouygues/Alstom*

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

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

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

*Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 19. Juni 2006*

**Zusammenfassung**

1. Am 19. Mai 2006 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben ein. Demzufolge beabsichtigt die Bouygues S.A. (nachfolgend: Bouygues) den vom französischen Staat gehaltenen Anteil von 21,03% des Aktienkapitals von ALSTOM S.A. (nachfolgend: ALSTOM) gemäss Aktienkaufvertrag vom 26. April 2006 zu erwerben.

2. Bouygues ist eine börsennotierte Aktiengesellschaft französischen Rechts, welche einerseits im Bereich Bau, andererseits im Bereich Medien und Telekommunikation tätig ist: in der Schweiz wird Bouygues Construction u.a. durch ihre 100%ige Tochtergesellschaft **Losinger Construction AG** vertreten.

3. ALSTOM ist ebenfalls eine börsennotierte Aktiengesellschaft französischen Rechts. Die ALSTOM-Gruppe ist in den Bereichen Power Turbosystems/Power Environment (insb. Turbinen für Hydrokraftwerke), Power Service und Transport (Schienenfahrzeuge) aktiv.

4. Die Parteien sind in unterschiedlichen Branchen tätig. Daher bewirkt das Zusammenschlussvorhaben auf keinen Märkten Marktanteilsaddition. Ausserdem ist Bouygues auf keinem der Märkte präsent, die den Märkten von ALSTOM vor- oder nachgelagert sind.

5. Konglomerale Effekte sind aber dennoch dort denkbar, wo Generalunternehmerprojekte durchgeführt oder gemeinsame Angebote bei Ausschreibungen (Konsortien) eingereicht werden könnten (z.B. Kraftwerksbau plus Ausrüstung; Bahninfrastruktur plus Rollmaterial).

6. Aus den folgenden Gründen sind wettbewerbsbeschränkende konglomerale Effekte nicht zu erwarten:

7. In Bezug auf Generalunternehmerprojekte bestand in der Vergangenheit eine eher geringe Nachfrage nach derartigen umfassenden Lösungen aus einer Hand; ferner werden Beschaffungen in den einschlägigen Bereichen regelmässig in verschiedene Lose unterteilt, welche getrennt voneinander vergeben werden.<sup>1</sup> In der Schweiz wurde beispielsweise im Bereich Wasserkraft in den letzten fünf Jahren tatsächlich kein einziges wirklich "schlüsselfertiges Kraftwerk" (i.e. Kraftwerksbau plus Ausrüstung) aus einer Hand bestellt. Im Bereich schienengebundener Verkehr gilt dasselbe.<sup>2</sup> Zudem wird im Rahmen der Libe-

ralisierung des Eisenbahnverkehrs zwischen der Infrastruktur und den darauf operierenden Transportgesellschaften unterschieden, was wiederum die getrennte Entschlussfassung hinsichtlich der Lieferanten der Infrastruktur oder der Zugsysteme fördert.

8. In den wenigen Fällen, in denen Bouygues und ALSTOM in den vergangenen 15 Jahren gemeinsame Angebote bei Beschaffungen eingereicht hatten, erhielten sie bis heute kein einziges Mal den Zuschlag.

9. Im Übrigen ist die Kooperation gemäss Angaben der Parteien in Generalunternehmerprojekten oder Konsortien nicht exklusiv; ein gemeinsames Angebot würde die Parteien im Rahmen einer Ausschreibung nicht daran hindern, ein weiteres Angebot mit einem Dritten einzureichen.

10. Die Wettbewerbskommission hat das Zusammenschlussvorhaben mit Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 19. Juni 2006 für unbedenklich erklärt.

<sup>1</sup> Gemäss Angaben der Parteien gilt dies im Bereich der Herstellung von Gaskraftwerken nur beschränkt; allerdings existiert dieser Markt in der Schweiz praktisch nicht.

<sup>2</sup> Zu nennen ist beispielsweise das Lausanne Metro Projekt: zwar lieferte ALSTOM das Rollmaterial, die Signaleinrichtungen bzw. Kontrollsystem und das "Infrastruktursystem" (Schienen und Elektrifizierung); es zeichnete dennoch nicht als Generalunternehmer für die gesamte Ausführung und Übergabe des Projekts verantwortlich. Ausserdem erhielt ALSTOM die Aufträge in jeweils voneinander getrennten Losen.

B 2.3

## 5. AXA/Winterthur

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

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

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

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 4. September 2006*

### A Sachverhalt

1. Am 11. August 2006 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben ein. Demgemäss beabsichtigt die AXA S.A. (AXA) den Erwerb sämtlicher Anteile der Winterthur Schweizerische Versicherungs-Gesellschaft (Winterthur) von der Credit Suisse Group (CSG).

2. AXA ist eine Aktiengesellschaft nach französischem Recht mit Sitz in Paris. AXA ist die Holdinggesellschaft der AXA Gruppe. Sie ist weltweit im Sach- und Lebensversicherungsgeschäft sowie Asset Management tätig und aktuell Europas zweitgrösster Versicherer. In der Schweiz ist AXA mit ihrer 100%-Tochtergesellschaft "AXA Versicherung (Schweiz)" vertreten, die sämtliche Versicherungsleistungen im Bereich Leben und Nicht-Leben anbietet.

3. Winterthur ist eine schweizerische Gesellschaft mit Sitz in Winterthur. Winterthur ist ein international tätiger Konzern, der in den Bereichen Schadenversicherung sowie Einzel- und Kollektivlebensversicherung vorwiegend in Europa, USA und einzelnen asiatischen Märkten tätig ist. In ihrem Heimatmarkt Schweiz ist Winterthur als zweitgrösster Lebensversicherer und grösster Nichtlebensversicherer die führende Kompositversicherungsgesellschaft (Schaden- und Unfallversicherer).

4. Die Transaktion fügt sich in die Strategie AXAs eines organischen Wachstums verbunden mit gezielten Akquisitionen ein. Durch die Transaktion wird AXA einen wichtigen Versicherer in der Schweiz erwerben und ihre Position in einzelnen EU-Mitgliedstaaten und Asien verstärken.

5. Das Zusammenschlussvorhaben wurde der Europäischen Kommission gemeldet (Fall-Nr. Comp/M.4284) und von dieser am 28. August 2006 freigegeben. Ein Waiver hat die Zusammenarbeit zwischen der europäischen Kommission und der schweizerischen Wettbewerbsbehörde sichergestellt. Eine Meldung erfolgte ebenfalls bei der US-Wettbewerbsbehörde FTC, die den Zusammenschluss am 14. August 2006 freigegeben hat (Fall-Nr. 20061525).

### B Erwägungen

#### B.1. Art des Zusammenschlusses

6. Die Transaktion ist als Aktienkauf ausgestaltet. Gemäss den Bestimmungen des Share Purchase

Agreements wird AXA 100% der Aktien der Winterthur erwerben. Die Aktien der Winterthur werden gegenwärtig vollständig von der CSG gehalten. Nach Vollzug der Transaktion wird die Winterthur eine direkte, vollständige von der AXA gehaltene Tochtergesellschaft sein.

7. In Anbetracht des Obigen stellt das Zusammenschlussvorhaben einen Erwerb alleiniger Kontrolle über die Winterthur im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG dar.

#### B.2. Meldepflicht

8. Die beteiligten Gesellschaften erzielten 2005 weltweit Bruttoprämieneinnahmen von **CHF 132,2 Mia.** (AXA: CHF 110,95 Mia.; Winterthur: CHF 21,27 Mia.). Auf die Schweiz entfiel seitens der AXA ein Umsatz von **CHF 328 Mio.** und seitens der Winterthur **CHF 9'711 Mio.**

9. Die Umsatzschwellen gemäss Artikel 9 Absätze 1 und 3 KG sind damit erfüllt. Das Zusammenschlussvorhaben ist somit meldepflichtig.

#### B.3. Relevante Märkte

10. 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).

11. Gemäss der bisherigen Praxis der Wettbewerbskommission (vgl. RPW 2005/2, S. 387, Rz. 24) wird das Erstversicherungsgeschäft - gegliedert nach Lebens- und Nichtlebensversicherungsgeschäft - in folgende sachlich relevanten Märkte unterteilt:

a.) **Lebensversicherungsgeschäft:** Einzel-Lebensversicherung, Kollektiv-Lebensversicherung, Anteilsgebundene Lebensversicherung.

b.) **Nichtlebensversicherungsgeschäft:** Unfallversicherung (Einzel und Kollektiv), Krankenversicherung, Haftpflichtversicherung, Motorfahrzeugversicherung, Transportversicherung, sonstige Sachversicherungen (Feuer-, Elementarschaden und andere Sachversicherungen) und übrige Versicherung (Kredit- und Kautionsversicherung, Rechtsschutzversicherung und Verkehrsversicherung).

12. Vom Erstversicherungsgeschäft zu unterscheiden ist die Rückversicherung. Da AXA beabsichtigt, ihr Rückversicherungsgeschäft (AXA RE) zu veräussern - entsprechendes Vorhaben wurde dem Bundeskartellamt bereits gemeldet - und das verbleibende Tätigkeitsvolumen der beteiligten Parteien in diesem Bereich, insbesondere auch aufgrund der internationalen Dimension dieses Geschäftes, zu vernachlässigen ist, wird auf den Rückversicherungsmarkt nicht eingegangen.

13. Unter Berücksichtigung der erwähnten Unterteilung der Versicherungsmärkte anhand der bisherigen

Praxis der Weko präsentieren sich die Marktanteile der beteiligten Unternehmen wie in nachfolgender Tabelle. Da die Zahlen von 2005 noch nicht verfügbar sind, basiert die Berechnung der Marktanteile auf der

Statistik von 2004. Aufgrund mangelnder grösserer Marktverschiebungen weichen die Werte 2005 jedoch nicht grundlegend von der Verteilung von 2004 ab.

Tabelle 1: Marktanteile

<i>Erstversicherungsmärkte in der Schweiz 2004</i>						
<i>Relevante Versicherungsmärkte</i>	<i>Gesamtmarkt-volumen (CHF Mio.)<sup>*</sup></i>	<i>AXA</i>		<i>Winterthur</i>		<i>Addierte Markt-anteile</i>
		Brutto-prämien-einnahmen (CHF Mio.)	Marktanteile	Brutto-prämien-einnahmen (CHF Mio.)	Marktanteile	
Einzelleben	7'003	100	1,43%	1'113	15,90%	17,33%
Kollektivleben	21'419	39	0,18%	5'921	27,64%	27,83%
Anteilsgebundene Leben	1'813	2	0,12%	65	3,61%	3,73%
Unfall (Einzel)	408	2	0,56%	-	-	0,56%
Unfall (Kollektiv)	2'011	16	0,77%	442	21,99%	22,76%
Krankenversicherung (kollektiv nach VVG)	3'559	8	0,22%	372	10,44%	10,65%
Haftpflicht	1'873	20	1,07%	317	16,94%	18,01%
Motorfahrzeug	5'173	44	0,86%	1'145	22,14%	23,00%
Transport (See, Luftfahrt, sonst. Transport)	493	5	0,97%	138	27,90%	28,87%
Sachschaden	3'450	52	1,51%	472	13,68%	15,19%
- Feuer	1'151	12	1,05%	160	13,93%	14,98%
- Elementar	226	6	2,63%	-	-	2,63%
- übr. Sachschäden	2'073	34	1,65%	312	15,03%	16,68%
Übrige Versicherung	841	3	0,37%	144	17,12%	17,49%
- Kredit	72	-	-	19	26,31%	26,31%
- Kautions	105	-	-	16	15,20%	15,20%
- Rechtsschutz	280	3	3	55	19,51%	20,61%
- Verkehrsservice	148	-	-	38	25,61%	25,61%

\* Quelle: BPV, Die privaten Versicherungseinrichtungen in der Schweiz, Zahlen und Fakten 2004

14. Diese generelle Marktaufteilung kann im einzelnen noch präzisiert werden. Aus Nachfragesicht könnten im Versicherungsbereich so viele unterschiedliche Produktmärkte angenommen werden, wie es Versicherungen für unterschiedliche Risiken gibt, da sich Eigenschaften, Prämien und Verwendungsmöglichkeiten der einzelnen Versicherungen deutlich unterscheiden und sie somit für den Versicherungsnehmer als Marktgegenseite nur schwer austauschbar sind.

15. Im Bereich der Krankenversicherung beispielsweise hat die Weko in verschiedenen Fällen folgende Untermärkte unterschieden: (i) obligatorische Krankenpflegeversicherung nach KVG, (ii) Krankenpflegeversicherung nach VVG, unterteilt in Einzel- und Kollektiv-

versicherung, (iii) Krankentaggeldversicherung nach KVG und nach VVG, je unterteilt in Einzel- und Kollektivversicherung. Infolge der Wincare-Transaktion ist Winterthur im Bereich Krankenversicherung nur noch in der Zusatzversicherung nach VVG respektive in der kollektiven Krankentaggeldversicherung nach VVG tätig. Da der kombinierte Marktanteil in diesem Bereich schweizweit bei 10,65% liegt und die Betrachtung der von den Parteien gelieferten Zahlen, aufbereitet nach Regionaldirektionen, nicht zu einem betroffenen Markt in den allfällig kantonal beziehungsweise regional abzugrenzenden Märkten schliessen lassen, kann die Frage der Abgrenzung im

Bereich Krankenversicherung im vorliegenden Fall offengelassen werden.

16. In der bisherigen Praxis der schweizerischen und der europäischen Wettbewerbsbehörden wurde kein eigener Markt für die Industrieversicherung abgegrenzt. Auch das Bundesamt für Privatversicherungen (BPV) unterscheidet nicht zwischen Kleinverträgen (für Private und Kleinunternehmen) und Grossverträgen (für die Industrie). Würde ein eigener Markt für Industrieversicherungen abgegrenzt, wäre dieser tendenziell international. Im vorliegenden Fall kann auf eine allfällige Abgrenzung des Marktes für Industrieversicherungen verzichtet werden. Neben grossen Schweizer Versicherungsunternehmen sind in den einzelnen Segmenten der Industrieversicherungen internationale Versicherungsunternehmen im schweizerischen Markt tätig. Eine marktbeherrschende Stellung der entstehenden Einheit kann ausgeschlossen werden.

17. Auf eine mögliche weitere Unterteilung beziehungsweise Zusammenfassung einzelner Versicherungssegmente wird für vorliegende Entscheidung verzichtet, da dies zu keiner anderen Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens führen würde.

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. Nach der Praxis der Weko ist im Bereich der Erstversicherung überwiegend von einem schweizerischen Markt auszugehen. Im Bereich der Krankenversicherung jedoch werden die Märkte zumeist kantonale abgegrenzt (vgl. RPW 2005/2, S. 387, Rz. 29). Abweichungen ergeben sich möglicherweise auch in einzelnen anderen Versicherungssegmenten, wie beispielsweise im Bereich der Transportversicherung, deren Dimensionen international sind. Eine abschliessende Festlegung der räumlichen Märkte kann im vorliegenden Fall allerdings offengelassen werden.

#### **B.4. Betroffene Märkte**

20. Gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU 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. Werden diese Schwellen nicht erreicht, kann grundsätzlich von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

21. Im vorliegenden Fall werden die Schwellenwerte von den beteiligten Unternehmen in den Bereichen Kollektivlebens-, Kollektivunfall-, Motorfahrzeug-, Transport- sowie Rechtsschutzversicherung erreicht und im Folgenden näher betrachtet.

##### **B.4.1. Kollektivlebensversicherung**

22. Der kombinierte Marktanteil der beteiligten Parteien liegt bei 27,83%. Liegen die Marktanteile der

beteiligten Parteien unter 30%, so wird dies als Anhaltspunkt dafür gewertet, dass regelmässig noch nicht von einer marktbeherrschenden Stellung auszugehen ist. Marktführer im Bereich Kollektivlebensversicherung ist Swiss Life mit 34% der Marktanteile, darüber hinaus gibt es weitere grössere Wettbewerber wie Zürich (11,53%), Basler (8,41%), Patria (6,26%) und Allianz (4,67%). Die entstehende Einheit AXA/Winterthur wird somit weiterhin regem Wettbewerb seitens etablierter Versicherer ausgesetzt sein. Zudem ist die durch den Zusammenschluss herrührende Marktanteilsaddition mit 0,2% vernachlässigbar gering und wird daher die bestehende Marktstruktur in keiner Weise ändern. Aufgrund der genannten Erwägungen kann die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ausgeschlossen werden.

##### **B.4.2. Kollektivunfallversicherung**

23. Seit der Wincare-Transaktion ist Winterthur im Bereich der Unfallversicherung nur noch in der kollektiven Unfallversicherung tätig. In diesem Markt werden die beteiligten Parteien einen Anteil von 22,76% haben. Die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung in diesem Markt ist nicht ersichtlich. Zum einen ist die Marktanteilsaddition mit unter 1% äusserst klein, zum anderen sind auf dem Markt weitere etablierte Wettbewerber tätig. So hat die Zürich als nächstgrösser Wettbewerber einen Marktanteil von 19,67%, die Allianz 10% und die Basler 6,83%, daneben gibt es weitere zahlreiche Anbieter. Eine bedenkliche Konzentration des relevanten Marktes durch den Zusammenschluss kann ausgeschlossen werden.

##### **B.4.3. Motorfahrzeugversicherung**

24. Eine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung in diesem Markt kann ausgeschlossen werden. Der Zusammenschluss wird die gegenwärtige Marktstruktur nicht verändern, da die Marktanteilsaddition mit 0,9% auch hier vernachlässigbar klein ist. Die neue Einheit wird zwar - wie bisher Winterthur - mit Marktanteilen von 23% Marktführer im Bereich Motorfahrzeugversicherungen sein, aber weiterhin einem starken Wettbewerb von Zürich (21,43%), Allianz (13,94%), Mobiliar (11,96%), Basler (8,69%) und weiteren Versicherern ausgesetzt sein. Zudem wird die Änderung von Artikel 24 VVG, in Kraft seit 1. Januar 2006, den Wettbewerb weiter fördern, da durch diesen die Kosten für einen Versicherungswechsel reduziert werden. Artikel 24 VVG hat den Grundsatz der Unteilbarkeit der Prämie aufgehoben, das heisst bei vorzeitiger Auflösung oder Beendigung des Versicherungsvertrages ist die Prämie nur für die Zeit bis zur Vertragsauflösung geschuldet, der Versicherungsnehmer erhält die Prämie für die verbleibende Versicherungsdauer vom "alten" Versicherer zurück.

##### **B.4.4. Transportversicherung**

25. In der Schweiz erreichen die beteiligten Parteien Marktanteile von 28,87%. Nach Meinung der Parteien sei der Markt der Transportversicherung jedoch international abzugrenzen, da der Wettbewerb auf inter-

nationaler Ebene stattfindet und sich die Parteien mit der Konkurrenz international tätiger Versicherungsunternehmen auseinandersetzen müssen. In der Tat übernehmen Schweizer Unternehmen bereits erhebliche Auslandsrisiken und sind ausländische Versicherungsunternehmen in zunehmendem Umfang auf dem Schweizer Markt tätig. Auch unter Berücksichtigung der engeren Marktabgrenzung ist die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung durch die Parteien nicht ersichtlich: Die Marktanteilsaddition liegt bei lediglich 1%, neben den Parteien sind starke Wettbewerber am Markt tätig, davon haben vier schweizerische Wettbewerber Marktanteile um die 10% (Zürich, Basler, XL Versicherungen und Allianz). Ausserdem sind zudem in allen Segmenten der Transportversicherung internationale Versicherungsunternehmen (ACE, AIG, Fortis, ING) auf dem Schweizer Markt tätig.

#### **B.4.5. Rechtsschutzversicherungen**

26. Im Bereich der übrigen Sachversicherungen ist AXA in der Schweiz lediglich im Bereich der Rechtsschutzversicherung tätig. Der kombinierte Marktanteil der Parteien liegt bei 20,61%. Aufgrund der geringen Marktanteilsaddition von 1,1% und dem vorhandenen Wettbewerb auf dem Markt der Rechtsschutzversicherung kann die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung ausgeschlossen werden.

#### **C. Ergebnis**

27. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Artikel 10 KG sind daher nicht gegeben. Artikel 38 KG bleibt vorbehalten.

B 2.3	<b>6. Galenica/Unione</b>
-------	---------------------------

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

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

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

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 31. August 2006*

**A. Zusammenschlussvorhaben**

**A.1. Sachverhalt**

1. Am 4. August 2006 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Galenica AG (Galenica) die Übernahme der alleinigen Kontrolle der Unione Farmaceutica Distribuzione SA (Unione).

2. Die Galenica ist bisher mit 20% an der Unione beteiligt. Ein am 6. Juli 2006 abgeschlossener Aktien-

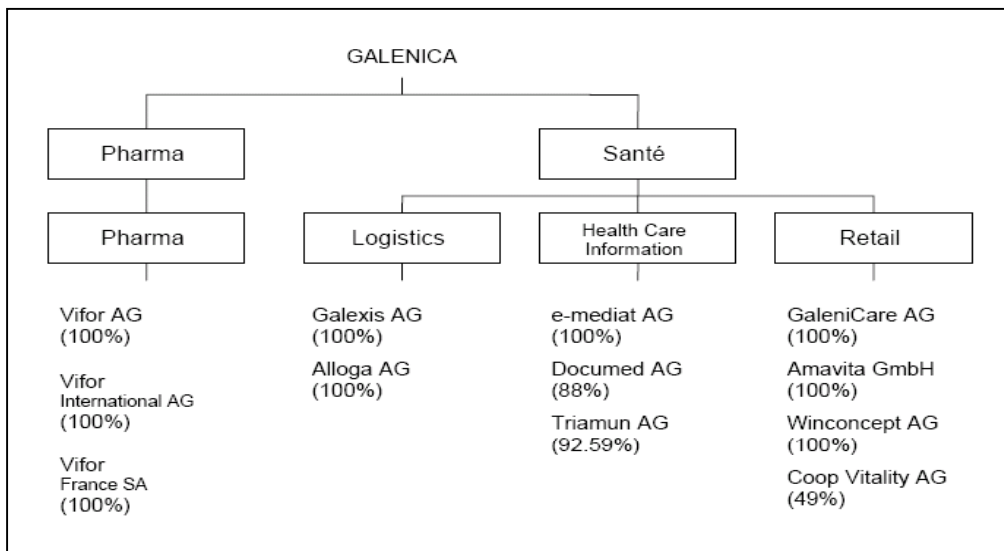
kaufvertrag sieht die Erhöhung der Beteiligung der Galenica an der Unione um 53% auf insgesamt 73,26% vor. Die restlichen 27% der Aktien bleiben im Besitz mehrerer Minderheitsaktionäre.

3. Der Vollzug des Vertrages steht unter der Bedingung, dass die Übernahme durch die schweizerischen Wettbewerbsbehörden genehmigt wird.

**A.2. Die beteiligten Unternehmen**

4. Die Galenica AG ist eine an der SWX Swiss Exchange kotierte Aktiengesellschaft nach Schweizer Recht und kontrollierende Gesellschaft der Galenica-Gruppe. Die Galenica-Gruppe ist eine diversifizierte Unternehmensgruppe im Gesundheitsmarkt. Sie teilt sich in die zwei Geschäftsbereiche **Pharma** und **Santé** auf; letzterer ist in die Bereiche **Logistics** (u.a. die Vollgrossistin Galexis), **HealthCare Information** und **Retail** (u.a. Apotheken) unterteilt.

**Grafik 1**

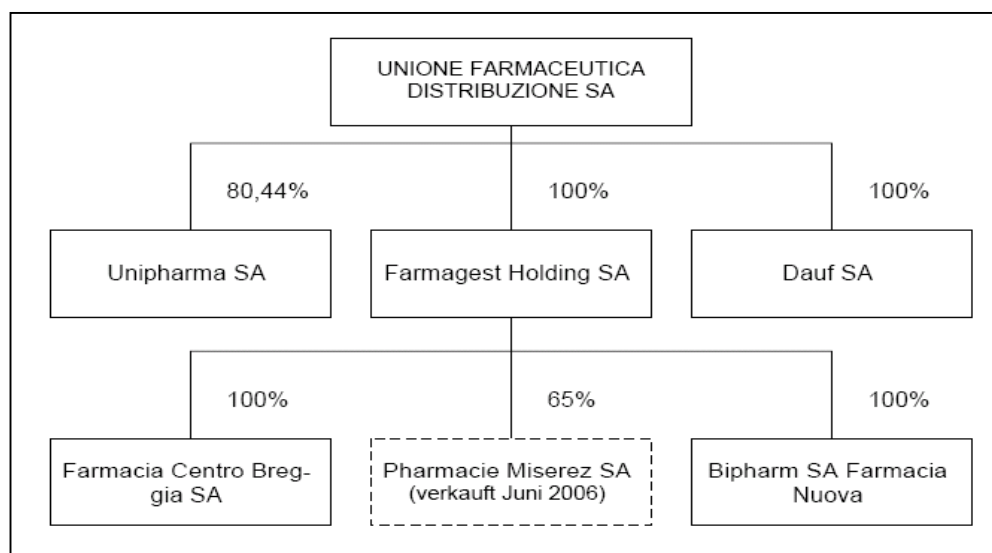


Quelle: Meldung

5. Unter der Firma Unione Farmaceutica Distribuzione SA besteht eine im Tessin domizilierte Aktiengesellschaft nach Schweizer Recht. Der Hauptzweck der Unione ist der Handel mit pharmazeutischen Produkten als Vollgrossistin. Daneben kontrolliert sie die

Gesellschaften Unipharma SA (internationaler Handel pharmazeutischer Produkte), die Farmagest Holding SA (Holding-Gesellschaft für Apotheken-Beteiligungen) und die Dauf SA (Software-Entwickler für Apotheken).

Grafik 2



Quelle: Meldung

## B. Meldepflicht

6. Die beteiligten Gesellschaften erzielten 2005 folgende Umsätze:

	Umsatz weltweit (CHF)	Umsatz Schweiz (CHF)
Galenica	2'089 Mio.	1'881 Mio.
Unione	217 Mio.	204 Mio.
Total	2'306 Mio.	2'085 Mio.

Tabelle 1

7. Damit sind die Voraussetzungen für die Meldepflicht gemäss Artikel 9 Absatz 1 KG gegeben.

## C. Beurteilung

### C.1. Überblick

8. Die Übernahme betrifft die Geschäftsbereiche, in denen die Unione tätig ist. Betroffen sind daher die Bereiche Pharmagrosshandel, internationaler Medikamentenhandel, Apotheken sowie Erbringung und Entwicklung von Informatikdienstleistungen für Apotheken.

9. Durch die Übernahme nicht betroffen ist hingegen der Bereich Pharma der Galenica. Die in diesem Bereich tätige Vifor AG entwickelt, produziert und vertreibt rezeptpflichtige sowie nicht rezeptpflichtige Medikamente (z.B. Triofan, Perskindol) und parapharmazeutische Produkte (z.B. Piz Buin, Antibrumm). Die Vifor International AG ist spezialisiert auf Eisenpräparate (namentlich Venofer und Maltofer), welche sie weltweit vertreibt. Durch die Übernahme ebenfalls nicht berührt sind die Tochtergesellschaften e-mediat und Documed. Die e-mediat bietet

umfassende wissenschaftliche und wirtschaftliche Datenbanken im Bereich Gesundheitswesen an. Die Documed hat sich auf die Herausgabe von gedruckten und elektronischen Werken im Bereich der Arzneimittelinformationen (z.B. das Arzneimittelkompendium der Schweiz) spezialisiert.

10. Vorab kann auch der Bereich des internationalen Medikamentenhandels von einer detaillierten Analyse ausgenommen werden. In diesem Bereich ist nur die Unione über die Unipharma SA, nicht jedoch die Galenica tätig. Es kommt somit auf diesem Markt zu keinen Marktanteilsadditionen oder sonstigen Strukturveränderungen. Zudem betrifft der internationale Medikamentenhandel der Unipharma den Schweizer Markt nur marginal. Lediglich CHF 0-10 Mio. werden in der Schweiz erwirtschaftet.

### C.2. Relevante Märkte

#### C.2.1. Sachlich relevante Märkte

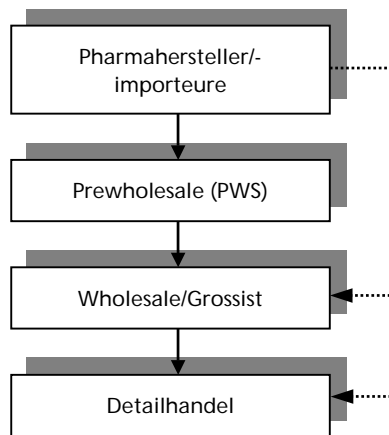
11. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

#### a) Pharmagrosshandel

12. Die Distribution von Pharmaprodukten erfolgt über verschiedene Stufen und kann vereinfacht wie folgt dargestellt werden (Grafik 3):



Grafik 3



### aa) Abgrenzung Prewholesale

13. Von den Grossisten abzugrenzen sind zunächst die so genannten "Prewholesale-Anbieter" (PWS-Anbieter). Viele Pharmahersteller liefern ihre Produkte nicht direkt an die Grossisten, sondern schalten einen PWS-Anbieter dazwischen. Das Hauptangebot eines PWS-Anbieters besteht in den Dienstleistungen der Lagerung und der Vertriebslogistik. Daneben bieten die meisten PWS-Anbieter weitere Dienstleistungen, wie zum Beispiel Bestellwesen, Administration, Rechnungsstellung und Inkasso, an. Es handelt sich folglich um eine klassische ausgelagerte Dienstleistung, welche von Pharmaunternehmen, die sich auf das Kerngeschäft der Forschung und Entwicklung konzentrieren möchten, in Anspruch genommen wird. Die Dienstleistungen der PWS-Anbieter und diejenigen der Grossisten (Wholesale) bilden keine Substitute, so dass jeweils eigene sachlich relevante Märkte für PWS-Dienstleistungen für pharmazeutische Produkte und für den Pharmagrosshandel (Wholesale) abzugrenzen sind (ausführlicher zu dieser Abgrenzung RPW 2005/4, S. 641 f.). Im vorliegenden Fall ist zwar die Galenica über ihre Tochtergesellschaft Alloga im Bereich PWS tätig, dieser Markt wird jedoch durch die Übernahme der Unione nicht betroffen, da letztere keine Dienstleistungen auf diesem Gebiet anbietet.

### bb) Übersicht über die Medikamentendistribution

14. Die Pharmagrossisten bilden das traditionelle Bindeglied zwischen den Pharmaherstellern und dem Detailhandel. Sie sorgen für die Verteilung der Medikamente an die einzelnen Abnehmer. Die Grossisten lagern die Medikamente in Distributionszentren und beliefern den Detailhandel, das heisst sie transportieren die durch den einzelnen Detailhandelsanbieter bestellten Medikamente termingerecht vor Ort. Als Abnehmer der Grossisten figurieren Apotheken, Drogerien, selbstdispensierende Ärzte (SD-Ärzte), Spitäler und Heime.

15. Die klassischen Pharmagrossisten verfügen über ein Vollsortiment (Vollgrossoist), so dass sie in der Lage sind, grundsätzlich jedes nachgefragte Medikament innerhalb kurzer Zeit zu liefern. In der Regel werden beispielsweise Apotheken zumindest täglich beliefert. Die Vollgrossoisten beliefern grundsätzlich auch sämtliche Abnahmekanäle. In der Schweiz werden zu den

Vollgrossoisten Galexis und Unione sowie die Voigt AG (Voigt) und die Amedis-UE AG (Amedis) gezählt. Dabei sind Galexis und Amedis in der ganzen Schweiz, Voigt und Unione hingegen nur regional tätig. Während dem sich die Voigt auf die deutschsprachige Schweiz konzentriert, ist die Unione beinahe ausschliesslich im Tessin aktiv.

16. Neben diesen klassischen Vollgrossoisten sind aber auch noch andere Anbieter in der Medikamentendistribution tätig. Im Pharmagrosshandel sind auch Unternehmen tätig, welche nur über ein beschränktes Sortiment verfügen (sog. "Shortliner"). Shortliner konzentrieren sich in der Regel auf ein kleines Sortiment an relativ teuren und deshalb lukrativen Medikamenten, welche sie zu günstigeren Preisen als der Vollgrossoist verkaufen. Shortliner bieten im Vergleich zum Vollgrossoisten tendenziell ein eingeschränktes Dienstleistungsangebot an, beispielsweise in Bezug auf die Lieferfrequenz (normalerweise keine täglichen Lieferungen). Als wichtigster Shortliner ist namentlich die PharmaFocus AG (PharmaFocus) auf dem schweizerischen Markt tätig.

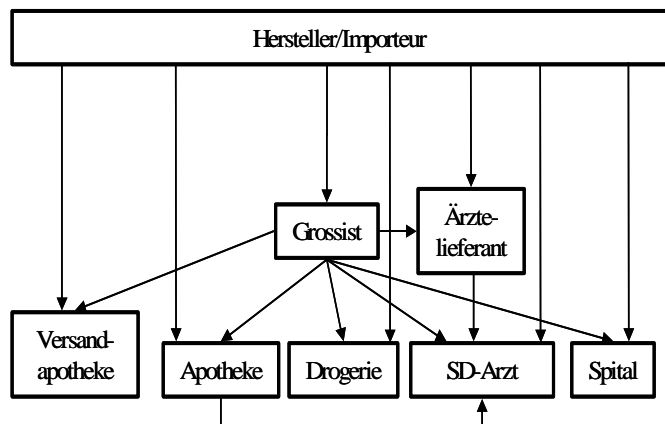
17. Gewisse Unternehmen haben sich darauf spezialisiert, Medikamente nur an SD-Ärzte zu liefern (Ärzte-lieferanten). Dabei sind einige dieser Unternehmen auf Grossistenstufe angesiedelt (Ärztegrossisten, z.B. die Apotheke zur Rose), andere, kleinere Ärztelieferanten beziehen ihre Medikamente teilweise von den Grossisten und sind deswegen in der Medikamentendistribution teilweise als Zwischenstufe zwischen den Grossisten und den SD-Ärzten einzuordnen.

18. In den letzten Jahren hat sich zudem der Versandhandel mit Medikamenten etabliert. Der Versandhandel mit rezeptpflichtigen Medikamenten ist seit dem Inkrafttreten des Heilmittelgesetzes (SR 812.21; HMG) im Jahr 2001 gemäss Artikel 27 Absatz 3 HMG und Artikel 29 der Arzneimittelverordnung (SR 812.212.21; VAM) zulässig. Voraussetzung dafür ist eine kantonale Detailhandelsbewilligung zur Führung einer öffentlichen Apotheke (Art. 27 Abs. 4 HMG und Art. 29 Abs. 1 VAM). Die beiden grössten Versandhandelsapotheken sind die Apotheke zur Rose und die MediService Apotheke. Die Versandhandelsapotheken beziehen ihre Medikamente zum grössten Teil direkt von den Herstellern und Importeuren, teilweise aber auch von den Grossisten.

19. Schliesslich vertreiben Hersteller und Importeure ihre Produkte teilweise auch direkt. Der Direktvertrieb ist insbesondere im Bereich der Spitäler üblich. Dies liegt daran, dass Spitäler über ein grosses Einkaufsvolumen und entsprechende eigene Lagerkapazitäten verfügen. Die Hersteller liefern aber auch in anderen Bereichen direkt an die Detailhandelsstufe, beispielsweise an Apothekenketten oder an Gruppierungen und Einkaufsgemeinschaften von unabhängigen Apotheken. Gewisse Hersteller liefern teilweise sogar an einzelne Apotheken oder SD-Ärzte.

20. Grafisch präsentiert sich eine Übersicht über die Medikamentendistribution wie folgt:

Grafik 4



21. Die Wichtigkeit der einzelnen Abnahmekanäle auf Detailhandelsstufe lässt sich anhand folgender Tabelle ableiten. Sie gibt an, welchen Anteil an den insgesamt vertriebenen Medikamenten im Jahr 2005 in welchen Kanal geflossen sind:<sup>1</sup>

Apotheke	SD-Ärzte	Spital	Drogerie	Versand-apotheke
50%-60%	20%-30%	10%-20%	0%-10%	0%-10%

Tabelle 2

cc) Marktgegenseiten der Pharmagrossisten

22. Aus der Funktion der Pharmagrossisten ergibt sich, dass diese einerseits ihren Lieferanten und andererseits ihren Abnehmern gegenüberstehen. Als Marktgegenseite sind daher einerseits die Hersteller und Importeure von Medikamenten, denen die Grossisten einen Vertriebskanal für ihre Produkte anbieten, zu betrachten. Auf diesem vorgelagerten Markt treten die Pharmagrossisten als Nachfrager auf.

23. Als Marktgegenseite gelten aber andererseits auf dem nachgelagerten Markt auch sämtliche Abnehmer der Medikamente, das heisst Apotheken, Drogerien, SD-Ärzte und Spitäler. In RPW 2001/3 (S. 555, Rz. 13) wurden Spitäler und Heime nicht als Marktgegenseite berücksichtigt, weil sie grossmehrheitlich von Herstellern und Importeuren direkt beliefert werden. Rein dogmatisch gilt es an dieser Stelle zu präzisieren, dass aufgrund der regelmässigen Belieferung von Spitalern und Heimen durch die Pharmagrossisten auch diese Abnehmer als Marktgegenseite zu gelten haben, unabhängig davon, welche Bedeutung die Lieferungen der Grossisten im Vergleich zu denjenigen der Hersteller haben. Damit ist jedoch noch nicht gesagt, dass die Vernachlässigung des Spitalkanals im genannten Entscheid materiell zu beanstanden wäre. Die Identifikation der Spitäler als Marktgegenseite beinhaltet auch noch keine Angabe über den sachlich relevanten Markt. Insbesondere bedeutet es nicht, dass sämtliche Abnehmer demselben sachlich relevanten Markt zuzuordnen sind. Es gilt gerade aus Sicht der Abnehmer zu bestimmen, welche Distributionswege für Medikamente aus ihrer Sicht als Substitute gelten können.

Dabei kann aus Sicht eines Spitals durchaus ein anderes Ergebnis angezeigt sein als aus Sicht einer Apotheke oder eines selbstdispensierenden Arztes. Es gilt daher, nachfolgend den sachlich relevanten Markt unter Berücksichtigung des tatsächlichen Marktverhaltens der unterschiedlichen Abnehmer zu definieren.

dd) Marktabgrenzung

24. Der Spitalkanal deckt seinen Medikamentenbedarf zu 90%-100% direkt über Hersteller und Importeure. 0%-10% werden von Grossisten bezogen. Damit unterscheidet sich der Spitalkanal deutlich von den anderen Abnahmekanälen. Die Spitäler verfügen aufgrund ihres hohen Medikamentenverbrauchs und der grossen Lagerkapazitäten über eine Marktstellung, wie sie keinem anderen Abnehmer auf Detailhandelsstufe zukommt. Hersteller und Importeure geben den Spitalern die Medikamente zu sehr günstigen Konditionen ab, etwa zu Preisen, welche deutlich unter den Ex Factory-Preisen liegen. Die billige Abgabe von Medikamenten kann sich für den Hersteller oder Importeur etwa dann lohnen, wenn die Spitäler bei längeren stationären Medikamententherapien oder bei der Verabreichung von Standardmedikamenten grosse Mengen benötigen. Von Interesse ist der Direktvertrieb für die Hersteller und Importeure aber insbesondere deshalb, weil in den Krankenhäuser junge Ärzte arbeiten, welche als "Opinion-Leader" im Sinne von zukünftigen Inhabern selbstständiger Praxen eine wichtige Rolle für die Positionierung eines Medikamentes spielen. Schliesslich steht der Spitalkanal aus Patientensicht in keinem Konkurrenzverhältnis zu den anderen Distributionskanälen (Apotheken, SD-Ärzte). Die Abgabe von Medikamenten im Rahmen einer stationären Behandlung erfolgt exklusiv über die Spitalapotheke. Der Spitalkanal wird denn auch von den Marktteilnehmern selbst als eigener Kanal betrachtet.<sup>2</sup>

25. Anders präsentiert sich die Situation bei den Apotheken. Die Apotheken beziehen rund 85%-95% ihrer Medikamente bei einem (Voll-)Grossisten, 0%-10% vom Hersteller und 0-10% über andere Kanäle (Shortliner, Einkaufsorganisationen, Ärztelieferanten). Verglichen mit dem Spitalkanal ist das Verhältnis zwischen Lieferungen von Grossisten und Direktlieferungen von Herstellern oder Importeuren gerade umge-

<sup>1</sup> Die Berechnung der Marktanteile für die folgende Tabelle sowie für alle weiteren Analysen im vorliegenden Antrag beruhen auf den Werten der gemäss den Angaben von IMS Health GmbH verkauften Medikamente für das Jahr 2005 (die Werte ergeben sich aus der Multiplikation der Medikamentenmengen mit den Ex-Factory-Preisen). Das Sekretariat verfügt auch über die Angaben zu den verkauften Mengen. Auf eine Darstellung der Marktanteile nach den verkauften Mengen wird jedoch verzichtet, da die Abweichungen nur geringfügig sind.

<sup>2</sup> Vgl. die Expertengespräche im Anhang zu: CHRISTIAN BAATZ, Branchenstudie Medikamentenhandel in der Schweiz, Online-Arbeitspapier Nr. 9 des Gottlieb Duttweiler Lehrstuls für Internationales Handelsmanagements des Instituts für Marketing und Handel der Universität St. Gallen, 2005, erhältlich unter [www.imh.unisg.ch](http://www.imh.unisg.ch), Rubrik GOTTLIEB DUTTWEILER Lehrstuhl/Services und Downloads/Downloadcenter, besucht am 29. August 2006).

kehrt. Aus den Zahlen ergibt sich, dass für die Apotheker das Angebot der Grossisten grundsätzlich nicht durch Direktlieferungen von Herstellern/Importeuren substituiert werden kann. Auch die Bedeutung der anderen genannten Bezugskanäle ist (noch) gering. Die Unterschiede zum Spitalkanal ergeben sich dadurch, dass Apotheken über kleinere Lagerkapazitäten verfügen und kleinere Mengen bestellen. Hingegen müssen sie den Patienten jedes nachgefragte Medikament innert kurzer Zeit verkaufen können. Sie benötigen daher einen Lieferanten, welcher über ein Vollsortiment verfügt und der in der Lage ist, kurzfristig zu liefern. Medikamentenlieferungen von Herstellern oder Importeuren sowie von Shortliner können aus Sicht der Apotheken zwar das Angebot der Vollgrosisten ergänzen, jedoch nicht ersetzen.<sup>3</sup>

26. Vergleichbar mit der Situation bei den Apotheken ist diejenige bei den Drogerien, sofern es um den Bezug von Medikamenten geht (Drogerien dürfen nur Medikamente der Swissmedic-Klassen D und E, nicht jedoch der Klassen A, B und C verkaufen, letztere sind den Apotheken vorbehalten<sup>4</sup>). Die Drogerien beziehen 90%-100% ihrer Medikamente über die Grossisten und 0%-10% von den Herstellern oder Importeuren. Die Abhängigkeit der Drogerien beim Medikamentenbezug ist daher noch stärker als bei den Apotheken. Die Drogerien sind darauf angewiesen, durch einen der Grossisten beliefert zu werden.

27. Am heterogensten ist der Bezug von Medikamenten bei den SD-Ärzten ausgestaltet. Gut 50%-60% der Medikamente beziehen die Ärzte über spezialisierte Ärztelieferanten. 20%-30% der Medikamente werden durch Grossisten geliefert, 10%-20% durch Hersteller und Importeure und 0%-10% durch Apotheken. Aus Sicht der SD-Ärzte scheinen die unterschiedlichen Bezugsmöglichkeiten für Medikamente weit gehend substituierbar zu sein.

28. Der Absatz von Medikamenten über Versandhandelsapotheken mag zwar aus Sicht der Hersteller und Importeure eine weitere Alternative zum Vertriebskanal der Grossisten darstellen, sie stellen aber für die Abnehmer der Grossisten keine Bezugsmöglichkeit dar und sind aus dessen Sicht nicht dem Markt zuzurechnen.

29. Die gemachten Ausführungen und die Marktdaten sprechen stark dafür, dass für die einzelnen Medikamentenabnehmer auf Detailhandelsstufe separate sachliche Märkte definiert werden, das heisst jeweils ein sachlich relevanter Markt für Apotheken, Drogerien, Spitäler und SD-Ärzte. Zu beachten ist dabei, dass innerhalb des Apothekenkanals, welcher umsatzmässig den wichtigsten Kanal darstellt, zwischen den Angeboten von Vollgrosisten und denjenigen von anderen Bezugskanälen (namentlich von Shortlinern) zu differenzieren ist.

## b) Apotheken

30. Bei der vorläufigen Prüfung des Zusammenschlusses Galenica SA/Alliance Uni-Chem (RPW 2005/4, S. 638 ff.) haben sich die Wettbewerbsbehörden ausführlich mit der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes im Bereich der Apotheken auseinandergesetzt. Dabei

wurde festgehalten, dass anders als in den Entscheidungen Migros/Globus, RPW 1997/3, S. 364, und Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 559, bei der Definition des sachlich relevanten Marktes keine Unterscheidung nach Produktgruppen vorzunehmen ist, sondern ein einziger Markt für den Zugang zum Vertriebskanal Apotheke für den Konsumenten definiert werden kann (RPW 2005/4, S. 644 f.). Es gibt keinen Grund, im vorliegenden Verfahren von dieser Definition abzuweichen.

31. Im Verfahren Galenica SA/Alliance Uni-Chem wurde festgehalten, dass Drogerien, Parfümerien oder Warenhäuser nicht als Substitute für den Apothekenkanal gelten können (RPW 2005/4, S. 645). Hingegen wurde an gleicher Stelle offengelassen, inwiefern selbstdispensierende Ärzte und Internetapotheken als Substitute zum Vertriebskanal Apotheke zu betrachten sind. Auch im vorliegenden Fall kann diese Frage offenbleiben, da - wie nachfolgend aufgezeigt wird - selbst bei enger Marktabgrenzung auf einen reinen Apothekenkanal von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses auszugehen ist.

## c) Erbringung und Entwicklung von Informationsdienstleistungen und Softwarelösungen für Apotheken

32. Die Dauf SA (Unione) und die Triamun AG (Galenica) sind im Bereich der Entwicklung von Software für Apotheken tätig.

33. Die Triamun AG bietet mit *TriamunPharmacy* eine integrierte Lösung für das gesamte Apothekenmanagement an. Dabei können die einzelnen Elemente nach Bedarf zusammengestellt werden. *TriamunBasic* für den Barverkauf inkl. Bestellfunktion, *TriamunBilling* für die Debitorenverwaltung inkl. Rechnungsstellung, *TriamunInsurance* für die Rezept- und Dossierverwaltung inkl. Verrechnung, *TriamunStock* für die effiziente Lagerbewirtschaftung und Logistik inkl. automatischer Bestellvorbereitung sowie TriamunFinance für integriertes Finanzmanagement. Zusätzlich zur Software bietet Triamun auch Hardware- und Netzwerklösungen inklusive Installation und Support an.

34. Das Produkt Pharma4.net der Dauf SA, welches aus dem IT-System der Unione entstanden ist, ist weniger weit gehend, dafür preisgünstig. Die Software besteht im Wesentlichen aus einem Bestellungsmodul (inkl. Fakturierung), welches von einem zentralen System (Host) bei der Dauf SA betrieben wird.

<sup>3</sup> So auch die Praxis der europäischen Kommission, vgl. Fall Nr. Comp/M.2432 - Angelini/Phoenix/JV, Rz. 11, und Fall Nr. Comp/M.2193 - Alliance Unichem/Interpharma, Rz. 8, welche Vollgrosisten und Shortliner nicht dem gleichen sachlich relevanten Markt zuordnet.

<sup>4</sup> Zulassungskategorien: A: verschärfte Rezeptpflicht (einmalige Abgabe); B: einfache Rezeptpflicht; C: nur in Apotheken erhältlich (ohne Rezeptpflicht); D: in Apotheken und Drogerien erhältlich; E: frei verkäuflich. In gewissen Kantonen können Drogerien unter bestimmten Voraussetzungen auch Medikamente der Klasse C verkaufen.

35. Die Einteilung der IT-Dienstleistungen in verschiedene Märkte kann sich aufgrund von Überschneidungen zwischen den einzelnen Dienstleistungen schwierig gestalten (vgl. RPW 2003/2, S. 300, und die unterschiedlichen Marktangaben in RPW 2001/4, S. 754 ff.; 2002/4, S. 630 ff.; 2003/2, S. 299 ff., und 2003/3, S. 514 ff.). Werden allerdings Software-Lösungen für einzelne Branchen erbracht, kann von einem speziellen sachlich relevanten Branchenmarkt ausgegangen werden. So wurde beispielsweise im Entscheid NZZ-Gruppe/Bertelsmann AG, RPW 2000/2, Seite 254 f., ein spezieller sachlich relevanter Markt für Druckerei-Branchensoftware abgegrenzt. Auch im vorliegenden Fall drängt sich die Abgrenzung anhand der Branche auf. Marktgegenseite der Dauf SA und der Triamun AG sind Apotheken, die spezifische Informatiklösungen für die Bestellung, Lagerbewirtschaftung und Abrechnung mit Krankenkassen sowie entsprechenden Support nachfragen. Deshalb ist von einem Markt für die Erbringung und Entwicklung von Informatikdienstleistungen und Softwarelösungen für Apotheken auszugehen. Bei einer derart engen Marktangabe ist jedoch darauf zu achten, dass branchenfremde IT-Dienstleister im Rahmen einer allfälligen Analyse der potenziellen Konkurrenz berücksichtigt werden können.

### C.2.2. Räumlich relevante Märkte

36. 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).

#### a) Pharmagrosshandel

37. In ihrer älteren Praxis hat die Weko den Pharmagrosshandel in die drei räumlich relevanten Märkte französisch-, deutsch- und italienischsprachige Schweiz aufgeteilt (RPW 2001/3, S. 555 f.). Als massgebendes Kriterium diente dabei die Distanz zwischen Verteilzentrum und Apotheke. Diese Distanz müsse in einer maximalen Reisezeit von zwei bis drei Stunden zurückgelegt werden können, da die Apotheken darauf angewiesen seien, dass sie durch die Grossisten innert dieser Frist mit den bestellten Medikamenten beliefert würden. Zudem wurde ausgeführt, die Verteilzentren der Grossisten würden sich dementsprechend in den jeweiligen Sprachregionen befinden.

38. In der Meldung wird ausgeführt, die regionale Unterteilung sei aufgrund der Marktentwicklungen in den vergangenen Jahren überholt. Die meisten Anbieter seien in der ganzen Schweiz tätig. Die Marktteilnehmer würden auch dazu übergehen, die gesamte Schweiz nur noch von einem oder von einigen wenigen Verteilzentren aus zu beliefern. So würden die beiden bisherigen Standorte der Galexis Schönbühl (BE) und Schlieren (ZH) bis 2008 durch ein neues Distributionszentrum in Niderbipp (BE) ersetzt. Damit verfüge die Galexis nur noch über zwei Distributionszentren, eines in Niderbipp und eines in Ecublens (VD). [...] Auch bei der Amedis finde eine Konzentration der Verteilzentren statt. Die Amedis reduziert im Laufe dieses Jahres die Anzahl Vertriebszentren von drei auf zwei. Das Vertriebszentrum Fehraltof (ZH)

wird geschlossen, so dass die Amedis nur noch von den Standorten Puidoux (VD) und Unterentfelden (AG) aus liefern wird.

39. Zunächst gilt es aufgrund der zuvor vorgenommenen Abgrenzung der sachlich relevanten Märkte auch bei der Abgrenzung der räumlich relevanten Märkte zu differenzieren. Die Gründe, welche in RPW 2001/3, Seite 555 f., zu einer regionalen Marktangabe geführt haben, sind grundsätzlich nur für den Apothekenkanal einschlägig. Die anderen Abnehmer von Medikamenten sind nicht auf gleich rasche Lieferung von Medikamenten angewiesen.

40. Offensichtlich ist dies beim Spitalkanal, welcher unabhängig von den Sprachregionen die Medikamente zu über 90% direkt bei den gesamtschweizerisch tätigen Herstellern und Importeuren bezieht. Im Spitalkanal ist von einem nationalen Markt auszugehen.

41. Bei den SD-Ärzten bestehen gewisse Unterschiede beim Bezug von Medikamenten. Im Tessin beziehen die Ärzte<sup>5</sup> 90%-100% direkt beim Hersteller/Importeur, 0%-10% bei den Grossisten und 0%-10% bei Ärztelieferanten. In der Deutschschweiz sehen die Zahlen hingegen wie folgt aus: 10%-20% Hersteller/Importeur, 20%-30% Grossist, 50%-60% Ärztelieferant und 0%-10% Apotheken. In der Romandie entfallen 65%-75% auf Hersteller/Importeur, 10%-20% auf die Grossisten, 10%-20% auf Ärztelieferanten und 0%-10% auf Apotheken. Das Nachfrageverhalten der SD-Ärzte zeigt auf, dass für sie die Angebote der Grossisten durch Direktbezüge und durch Einkäufe bei Ärztelieferanten substituiert werden können. Jedenfalls besteht kein Zusammenhang zur Verfügbarkeit der einzelnen Bezugskanäle oder gar zur geografischen Lokalisierung der Anbieter. Dies zeigt sich deutlich am Kanton Tessin. Die SD-Ärzte beziehen ihre Medikamente mehrheitlich von national tätigen Herstellern und Importeuren. Bei den Grossisten ist der Marktanteil der Unione trotz Verteilzentrum im Tessin geringer als derjenige von Galexis (Galexis: 0%-10%, Unione weniger als 1%). Die Daten deuten daher darauf hin, dass im SD-Kanal von einem schweizerischen Markt auszugehen ist.

42. Bei den Apotheken stellt sich nach wie vor die Frage, ob die Märkte regional abzugrenzen sind. Namentlich bestehen gewisse Indizien dafür, dass das Tessin als eigener Markt betrachtet werden muss. Die Unione verfügt auf diesem Markt über einen Marktanteil von 80%-90%. 0%-10% entfallen auf Direktlieferungen von Herstellern/Importeuren, 0%-10% auf die anderen Vollgrosisten und 0%-10% auf Shortliner. Wird davon ausgegangen, dass für den Apothekenkanal Einkäufe bei Herstellern/Importeuren und Shortliner das Angebot der Vollgrosisten jedenfalls nicht vollständig substituieren können, so erhöht sich der Marktanteil der Unione auf gut 80%-90%. Rein

<sup>5</sup> Im Tessin sind die Ärzte nicht zur Selbstdispensation berechtigt, sie sind dennoch eine Marktgegenseite der Hersteller und Grossisten und beziehen bei diesen beispielsweise Verbrauchsmaterial.

aufgrund dieses hohen Marktanteils auf einen eigenen Tessiner Markt zu schliessen, würde jedoch unberücksichtigt lassen, dass rund 0%-10% der Medikamente bei einem Grossisten bezogen werden, dessen Verteilzentren ausserhalb des Tessins liegen. Dies bedeutet für eine Apotheke aber noch nicht, dass die Angebote der auswärtigen Grossisten mit demjenigen der Unione substituierbar sind. Wie bei den Lieferungen von Herstellern und Shortliner könnten die Tessiner Apotheken Lieferungen von anderen Grossisten zwar als Ergänzung, nicht aber als vollwertiges Substitut des Angebotes der Unione betrachten. An dieser Stelle stellt sich deshalb die Frage, ob das Angebot

der Grossisten, welche über kein Verteilzentrum im Tessin verfügen, als vollwertiges Substitut für Medikamentenlieferungen durch die Unione gelten kann. Ausschlaggebend für die Beantwortung dieser Frage dürfte sein, welche Bedeutung den Lieferfrequenzen im heutigen Apothekenmarkt zukommen und ob die anderen Grossisten vergleichbare Konditionen wie die Unione anbieten können.

43. Die nachfolgende Tabelle gibt die durchschnittlichen Belieferungsfrequenzen der Unione und der Galenica an, wobei die Apotheken, welche von der Galenica im Tessin beliefert werden, gesondert aufgeführt sind:

Durchschnittliche Belieferungsfrequenzen Apotheken						
	5x/Tag	4x/Tag	3x/Tag	2x/Tag	täglich	wöchentlich
Unione		[...] (1%<)	[...] (0-10%)	[...] (50-60%)	[...] (30-40%)	[...] (0-10%)
Galenica <sup>6</sup>	[...] (1%<)	[...] (0-10%)	[...] (0-10%)	[...] (60-70%)	[...] (10-20%)	[...] (10-20%)
Galenica (Kunden Tessin)					[...] (60-70%)	[...] (30-40%)

Tabelle 3

44. Die Tabelle zeigt auf, dass derzeit der überwiegende Teil der Apotheken zweimal täglich beliefert wird. Die Anzahl Apotheken, welche häufiger beliefert werden, ist eher klein (unter 10%). Jedenfalls rechtfertigt es diese geringe Anzahl Apotheken nicht mehr, dass die Sicherstellung einer entsprechend hohen Lieferfrequenz (mehr als 2 mal täglich) als ausschlaggebendes Abgrenzungskriterium für den räumlich relevanten Markt herangezogen wird. Ist ein Grossist in der Lage, zweimal täglich zu liefern, so könnte er heute die Nachfrage von über 90% der Apotheken befriedigen. Eine zweimalige Belieferung pro Tag könnte theoretisch von jedem Ort in der Schweiz für die ganze Schweiz sichergestellt werden. Von den geografisch zentral gelegenen Vertriebszentren der Galexis, der Amedis oder der Voigt<sup>7</sup> aus, könnte eine derartige Lieferfrequenz jedenfalls in räumlicher Hinsicht ohne weiteres gewährleistet werden. So beträgt beispielsweise die Fahrzeit vom Verteilzentrum der Galexis in Niederbipp aber auch vom Verteilzentrum der Amedis in Unterentfelden nach Chiasso rund drei Stunden<sup>8</sup>.

45. Aufgrund der Belieferungsfrequenzen ergeben sich auch keine Anzeichen dafür, dass ein eigener Markt für den Kanton Tessin abgegrenzt werden müsste. Obwohl die Unione mit ihrem Verteilzentrum im Kanton Tessin in unmittelbarer Nähe zu ihren Abnehmern steht, werden im Tessin nur [...] Apotheken häufiger als zweimal täglich beliefert. Es wird sogar eine relativ hohe Anzahl Apotheken nur täglich belie-

fert (30%-40%). Das Angebot der Unione erscheint deshalb substituierbar durch Lieferungen von Grossisten, welche über kein Verteilzentrum im Tessin verfügen.

46. Zum heutigen Zeitpunkt ist aus den ausgeführten Gründen der räumlich relevante Markt nicht mehr regional zu unterteilen, namentlich ist das Tessin nicht als eigener regionaler Markt zu qualifizieren. Als räumlich relevanter Markt hat vielmehr der gesamtschweizerische Markt zu gelten.

#### b) Apotheken

47. Obwohl aus Sicht der Konsumenten eine lokale Abgrenzung des räumlichen Marktes, zum Beispiel auf Ebene der einzelnen Städte oder Gemeinden nachvollziehbar erscheint, hat die Weko im Verfahren Galenica SA/Alliance Uni-Chem (RPW 2005/4, S. 638 ff.) den räumlich relevanten Markt für Apotheken national abgegrenzt. Dies deshalb, weil die Apotheken einen überwiegenden Teil ihrer Umsätze mit rezeptpflichtigen Medikamenten erzielen und diesbezüglich auf einem regulierten Markt tätig sind (RPW 2005/4, S. 645 f.). Es gibt keinen Anlass, von dieser Marktabgrenzung abzuweichen.

<sup>6</sup> Die Kunden der Galenica im Kanton Tessin sind in der Gesamtanzahl Kunden der Galenica mitenthalten.

<sup>7</sup> Die Vertriebszentren der Voigt befinden sich in Romanshorn (TG) und Neuendorf (SO).

<sup>8</sup> Gemäss Berechnungen von TwixRoute.

**c) Erbringung und Entwicklung von Informatikdienstleistungen und Softwarelösungen für Apotheken**

48. Die Wettbewerbskommission ist bisher im Bereich der IT-Dienstleistungen grundsätzlich von nationalen Märkten ausgegangen (vgl. RPW 2003/2, S. 301, Rz. 25; 2002/4, S. 633, Rz. 22).

49. Im vorliegenden Fall ist der Markt zunächst auf den schweizerischen Markt zu begrenzen. Aufgrund nationaler branchenspezifischer Besonderheiten - wie beispielsweise die Abrechnung über Krankenkassen - fragen die Apotheken Produkte nach, welche für den Schweizer Markt entwickelt wurden.

50. Allerdings könnte sich unter Umständen eine engere Marktbegrenzung aufdrängen. So zum Beispiel, wenn kundenbasierte Lösungen und Geschäftspraktiken zur Anwendung gelangen, oder wenn die Sprachgrenzen eine entsprechende Unterteilung gebieten (vgl. RPW 2003/2, S. 301, Rz. 25; 2002/2, S. 305, Rz. 43). Das Produkt Pharma4 der Unione (Dauf SA) ist nur auf italienisch erhältlich und wird auch ausschliesslich von Apotheken im Tessin verwendet. Dies bedeutet aber nicht, dass der Markt regional abgegrenzt werden müsste, da andere Produkte in mehreren Landessprachen erhältlich sind. So sind beispiels-

weise die Softwarelösungen des Branchenleaders Pharmatic AG in allen drei Landessprachen erhältlich. Eine Abgrenzung nach Sprachregionen erscheint daher nicht angezeigt, so dass von einem nationalen Markt für die Erbringung und Entwicklung von Informatikdienstleistungen und Softwarelösungen für Apotheken auszugehen ist.

**C.3. Betroffene Märkte**

51. Gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU 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. Werden diese Schwellen nicht erreicht, kann grundsätzlich von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

**a) Pharmagrosshandel**

52. Im Jahr 2005 haben sich die Marktanteile der verschiedenen in der Medikamentendistribution tätigen Anbieter je nach Abnehmerkanal wie folgt präsentiert<sup>9</sup>:

Anbieter \ Abnehmer	Spitäler	SD-Ärzte	Apotheken	Drogerien	Über alle Kanäle
Galexis	0%-10%	20%-30%	40%-50%	50%-60%	30%-40%
Unione	1%<	1%<	0%-10%	-	0%-10%
Amedis UE	0%-10%	0%-10%	30%-40%	0%-10%	10%-20%
Voigt	-	-	0%-10%	30%-40%	0%-10%
Ärztelieferanten	-	50%-60%	1%<	-	10%-20%
Hersteller/ Importeure	90%-100%	10%-20%	0%-10%	0%-10%	20%-30%
Shortliner/Einkaufs- organisationen	-	-	0%-10%	-	0%-10%
Apotheken	-	0%-10%	-	-	- <sup>10</sup>
Versandapotheken					0%-10%

**Tabelle 4**

<sup>9</sup> Die Marktanteile wurden auf 0,5% gerundet. Zur Berechnung vgl. Fn. 1.

<sup>10</sup> Die (Quer-)Verkäufe der Apotheken an die SD-Ärzte werden an dieser Stelle nicht berücksichtigt.

53. Aufgrund der Tabelle 2 wird ersichtlich, dass die Übernahme der Unione durch die Galenica unbedenklich ist für den Spitalkanal (kumulierter Marktanteil von 5%-10%). Auch im Kanal der SD-Ärzte werden die in Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU genannten Schwellenwerte nicht erreicht, wenn der marginale Marktanteil von weniger als 1% der Unione vernachlässigt wird. Keine Marktanteilsaddition und damit keine Veränderung der Marktstruktur liegt auch im Bereich der Drogerien vor. Auch nach der Übernahme wird der Galexis mit der Voigt ein starker und mit der Amedis ein etwas schwächerer Konkurrent gegenüberstehen. Die Medikamentendistribution in den Drogerienkanal ist zudem von eher geringer Bedeutung (vgl. Tabelle 1). Auf eine genauere Analyse dieser drei Märkte kann deshalb verzichtet werden.

54. Eine nähere Überprüfung ist hingegen beim Apothekenkanal angezeigt. Der kumulierte Marktanteil von Unione und Galexis beträgt im Apothekenkanal 40%-50% und liegt damit deutlich über den 20% gemeinsamen Marktanteil, unter welchem ein Zusammenschlussvorhaben vermutungsweise unproblematisch ist. Selbst die Galexis alleine würde mit ihren 40%-50% Marktanteil deutlich über dem Schwellenwert von 30% für eines der beteiligten Unternehmen liegen. Es ist daher näher zu untersuchen, ob die Übernahme der Unione zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung der Galenica in der Belieferung von Apotheken führt.

55. Als marktbeherrschend gilt ein Unternehmen, wenn es auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage ist, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG). Selbst wenn ein Unternehmen über einen hohen Marktanteil verfügt, bedeutet dies deshalb noch nicht, dass es marktbeherrschend ist. Namentlich die aktuelle und potenzielle Konkurrenz schränken den Spielraum eines Unternehmens ein und führen dazu, dass es sich nicht unabhängig verhalten kann.

56. Im Rahmen der sachlichen Marktabgrenzung wurde ausgeführt, dass Elemente bestehen, welche dafür sprechen, dass die Apotheken darauf angewiesen sind, von mindestens einem Vollgrossisten beliefert zu werden. Im Bereich der Pharmagrossisten hat ein Konzentrationsprozess stattgefunden. Von den ehemals zehn Grossisten sind derzeit noch vier auf dem Markt tätig. Diese Zahl würde sich mit dem vorliegenden Zusammenschluss auf drei (Galexis, Amedis, Voigt) reduzieren, und Branchenkenner rechnen damit, dass in den nächsten fünf bis zehn Jahren eine weitere Reduktion auf die beiden grossen Anbieter Amedis und Galexis stattfinden wird<sup>11</sup>. Bereits heute ist der wichtigste Grund, weshalb sich Galexis kaum unabhängig verhalten kann, das Vorhandensein eines in etwa gleich starken Konkurrenten. Amedis verfügt über einen ähnlich hohen Marktanteil und gehört zu 49% der Phoenix-Gruppe. Die Phoenix Pharmahandel AG & Co KG ist der grösste Pharmagrosshändler Deutschlands und der zweitgrösste Europas.

57. Zudem ist derzeit mit Voigt noch ein dritter Vollgrossist mit immerhin 0%-10% Marktanteil auf dem

(Deutschschweizer) Markt tätig. Der Handlungsspielraum der Vollgrossisten wird weiter durch die Angebote von Shortliner/Einkaufsorganisationen und durch die Möglichkeit des Direktbezuges beim Hersteller/Importeur eingeschränkt. Wird davon ausgegangen, dass jede Apotheke von mindestens einem Vollgrossisten beliefert werden muss, so stellen die alternativen Bezugsmöglichkeiten zwar keine vollständigen Substitute dar, sie haben dennoch eine erhebliche disziplinierende Wirkung<sup>12</sup>. Würde beispielsweise die Galenica ein bestimmtes Produkt zu teuer anbieten, kann davon ausgegangen werden, dass die Shortliner dieses Produkt entsprechend ihrer Geschäftsstrategie sehr schnell in ihr Angebot aufnehmen beziehungsweise die Apotheken würden dieses Produkt bei Shortlinern/Einkaufsorganisationen oder direkt beim Hersteller/Importeur beziehen. Die Bedeutung von Shortlinern/Einkaufsorganisationen hat in kurzer Zeit markant zugenommen (Marktanteil 2003: 0%-10%; 2004: 0%-10%; 2005: 0%-10%). Dass sich die Vollgrossisten nicht unabhängig verhalten können, wird dadurch illustriert, dass seit dem Markteintritt der Shortliner die Preise gesunken sind und die Grossisten neue Angebote geschaffen haben, um auf die Konkurrenz durch die Shortliner zu reagieren (z.B. Aktionen für bestimmte Produkte oder das Anbieten von Zusatzdienstleistungen). Auch die Direktbezüge sind in den letzten Jahren angestiegen (2003: 0%-10%; 2004: 0%-10%; 2005: 0%-10%). Der Marktanteil der Grossisten ist demgegenüber leicht rückgängig (Alle Grossisten: 2003: 85%-95%; 2004: 85%-95%; 2005: 85%-95%; Galexis: 2003: 40%-50%; 2004: 40%-50%; 2005: 40%-50%).

58. Der grösste Shortliner Pharmafocus ist erst im Jahr 2002 in den Markt eingetreten und konnte seither seine Marktstellung kontinuierlich ausbauen (2005: 0%-10% Marktanteil). Auch die im Jahr 2000 gegründete Aerbo GmbH hat sich auf dem Markt etablieren können (0%-10% Marktanteil). Die Markteintrittsschranken für einen Markteintritt als Shortliner sind tief. Durch eine Beschränkung des Sortiments und durch eine niedrige Lieferfrequenz können die Investitionen in die notwendige Infrastruktur gering gehalten werden. Nach dem Markteintritt ist dann ein kontinuierlicher Ausbau des Sortimentes durchaus möglich und wird von gewissen Shortlinern/Einkaufsorganisationen auch angestrebt.

59. Grundsätzlich könnten auch Ärztelieferanten ohne grössere Umstellungen dazu übergehen, vermehrt Apotheken zu beliefern, wenn auch kaum mit der gleichen Lieferfrequenz wie die Vollgrossisten. Dass die Ärztelieferanten grundsätzlich nur Ärzte beliefern, ist durch die starke Rivalität zwischen Apotheken und SD-Ärzten zu erklären. Diverse Ärztelieferanten werden denn auch durch die SD-Ärzte kontrolliert.

<sup>11</sup> Vgl. Fn 2.

<sup>12</sup> So auch die europäische Praxis, vgl. Fall Nr. Comp/M.2432 - Angelini/Phoenix/JV, Rz. 19.

60. Keine nennenswerte Marktzutrittsschranke stellt die für den Pharmagrosshandel erforderliche Swissmedic-Bewilligung dar (Art. 18 und 28 des Bundesgesetzes über Arzneimittel und Medizinprodukte [Heilmittelgesetz, HMG; SR 812.21]). Gemäss Swissmedic verfügen im Jahr 2005 866 Unternehmen über eine Grosshandelsbewilligung. Die Anforderungen sind relativ tief. Im Wesentlichen muss vom Unternehmen eine fachtechnisch verantwortliche Person zugezogen werden, welche die betrieblichen Abläufe zweckmässig organisiert und überwacht (Art. 7 der Verordnung über die Bewilligungen im Arzneimittelbereich [AMBV, SR 812.212.1]). Gemäss Auskunft Swissmedic sind die Frischhalte- und Hygienevorschriften weniger weit gehend als etwa bei einem Lebensmittelgrosshändler, da der Vertrieb von abgepackten Medikamenten weniger heikel ist als beispielsweise derjenige von Frischprodukten, wie zum Beispiel frischem Fisch. Als potenzielle Konkurrenten kommen daher auch Logistikunternehmen in Frage, welche bisher keine Medikamente vertrieben haben. Einzelne Logistikunternehmen verfügen bereits über Projekte oder erste Angebote im Medikamentenvertrieb. So bietet die PostLogistics AG im Rahmen ihres Produktes Hospital Solutions ein Einkaufstool sowie Dienstleistungen im Bereich der Beschaffungslogistik an. Die Lieferungen erfolgen nach Bedarf bis in die einzelnen Krankenhausstationen oder sogar in die einzelnen Schränke statt. Die Planzer Transport AG gibt in ihrem Internetauftritt ebenfalls an, in der Pharmalogistik tätig zu sein. PostLogistics, Planzer und weitere Logistikunternehmen, welche Lebensmittel verteilen und die entsprechenden gesetzlichen Vorgaben einhalten, wären von ihrer Infrastruktur und von ihrem Know-how her in der Lage, ohne grösseren Zusatzaufwand in den Pharmagrosshandel einzusteigen beziehungsweise ihre diesbezüglichen Angebote (auch auf Apotheken) auszuweiten. In der Meldung wird denn auch ausgeführt, in den nächsten drei Jahren sei unter anderem mit Markteintritten von Logistikunternehmen oder auch von internationalen Pharmagrosshändlern wie etwa dem europäischen Marktführer Celesio/Movianto zu rechnen.

61. Die Analyse der aktuellen und potenziellen Konkurrenz ergibt, dass sich die Galaxis auch nach Übernahme der Unione mit grösster Wahrscheinlichkeit nicht unabhängig verhalten kann. Es wird somit keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt. Dies lässt sich zusammenfassend wie folgt illustrieren: Würde Galaxis/Unione die Preise erhöhen, so können die Kunden zu den konkurrierenden Vollgrossisten Amedis und in der Deutschschweiz zu Voigt wechseln. Sie haben zudem die Möglichkeit, überteuerte Produkte punktuell direkt beim Hersteller/Importeur oder bei einem Shortliner zu beziehen, unter Umständen auch bei einem Ärztegrossisten (aktuelle Konkurrenz). Schliesslich könnten andere Unternehmen in den Markt eintreten. Die Markteintrittsschranken sind eher tief und diverse Logistikunternehmen könnten grundsätzlich rasch neben anderen Produkten auch Medikamente vertreiben (potenzielle Konkurrenz).

62. Die disziplinierende Wirkung der Angebote von Herstellern/Importeuren, Shortlinern/Einkaufsorganisationen sowie die potenzielle Konkurrenz führen auch dazu, dass nicht von einer kollektiven Marktbherrschaft durch Galaxis nach der Übernahme der Unione zusammen mit der Amedis ausgegangen werden kann. Bereits zum heutigen Zeitpunkt ist der kombinierte Marktanteil von Amedis und Galaxis problematisch hoch. Konkrete Anhaltspunkte, welche auf eine kollektive Marktbherrschaft hindeuten, liegen jedoch keine vor, auch wenn insbesondere implizit abgestimmte Verhaltensweisen naturgemäss schwer zu erkennen sind, da sie sich nur schwierig von natürlichem Parallelverhalten abgrenzen lassen. Die Tatsache, dass die beiden Unternehmen in den letzten Jahren ihre räumlichen Absatzgebiete ausdehnen und in die historischen Kerngebiete der Konkurrenz vordringen konnten, spricht jedoch für das Bestehen von Wettbewerb (die ursprünglich in der Romandie angesiedelte Amedis kommt heute in der Deutschschweiz auf einen Marktanteil von 30%-40% im Apothekenkanal, umgekehrt beträgt der Marktanteil der Galaxis in der französischsprachigen Schweiz mittlerweile 40%-50%). Zudem operieren Amedis und Galaxis mit unterschiedlichen Geschäftsmodellen betreffend Lieferkonditionen etc., was als Indiz gewertet werden kann, dass keine Verhaltenskoordination zwischen den Unternehmen vorliegt.

63. Die gesamte bisherige Analyse ist aus Sicht der Nachfrager (Abnahmekanäle) erfolgt. In Randziffer 22 wurde aber festgehalten, dass auch die Hersteller/Importeure als Marktgegenseite der Grossisten zu betrachten sind. Aus Sicht der Hersteller/Importeure stellt der Pharmagrosshandel einen der Distributionskanäle für ihre Produkte dar. Neben dem Pharmagrosshandel steht den Herstellern/Importeuren der Direktverkauf an Apotheken, Drogerien, SD-Ärzte und Spitäler offen. Zudem können sie ihre Produkte über Shortliner/Einkaufsorganisationen, Ärztegrossisten und über Versandapotheken absetzen (vgl. Grafik 4). Ob aus Sicht der Hersteller/Importeure die einzelnen Distributionskanäle substituierbar sind, kann an dieser Stelle offengelassen werden. Dies lässt sich anhand der engsten Marktabgrenzung - Distribution an die Apotheken - belegen. Kommt, wie oben dargestellt, der Galenica nach der Übernahme der Unione aus Sicht der Apotheken keine marktbeherrschende Stellung beim Bezug von Medikamenten zu, so kann diesem Unternehmen auch aus Sicht der Hersteller/Importeure bei der Distribution keine marktbeherrschende Stellung zukommen, da dem Hersteller/Importeur genau diejenigen Distributionskanäle offenstehen, welche aus Sicht der Apotheken als alternative Bezugskanäle in Frage kommen. Im Rahmen einer vertieften Analyse wäre weiter zu berücksichtigen, dass den Herstellern/Importeuren eine andere Verhandlungsposition zukommt als beispielsweise einer einzelnen Apotheke (der Grossist ist darauf angewiesen, ein möglichst vollständiges Sortiment anbieten zu können) und es wäre zu prüfen, inwiefern den anderen Distributionskanälen disziplinierende Wirkung gegenüber der Verteilung über Grossist und Apotheker zukommt.



64. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Übernahme der Unione durch die Galexis, im davon am meisten betroffenen Markt des Pharmagrosshandels, zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führt.

#### **b) Apotheken**

65. Die Galenica ist auf dem Apothekenmarkt durch die GaleniCare Holding tätig. Die GaleniCare-Apotheken treten seit Ende 2005 unter der Marke Amavita mit einem einheitlichen Erscheinungsbild am Markt auf. Zur GaleniCare zählen derzeit 110 eigene Apotheken. Über das mit Coop zusammengeführte Gemeinschaftsprojekt Coop Vitality kontrolliert die GaleniCare 20 weitere Verkaufspunkte. Hingegen wurde eine Minderheitsbeteiligung an der Pharmacie Principale, einer Apothekenkette mit acht Standorten im Mai 2006 aufgegeben.

66. Die Unione hielt über die Farmagest Holding SA bislang drei Apotheken, wobei die Pharmacie Miserez SA vor Vollzug des Kaufvertrages abgestossen worden ist.

67. Gemäss den Strukturdaten der IMS Health GmbH für das 1. Quartal 2006 zur Anzahl Apotheken, Praxisärzte, Spitäler und Drogerien bestehen in der Schweiz 1'684 Apotheken. Ausgehend von diesen Zahlen beträgt der Marktanteil von GaleniCare 7,7% und die beiden Apotheken der Unione entsprechen 0,12%. Nach der Übernahme würde die GaleniCare somit über einen Marktanteil von 7,82% verfügen.

68. Seit dem Zusammenschlussvorhaben Galenica SA/Alliance Uni-Chem hat sich der Marktanteil der GaleniCare leicht erhöht. Zum damaligen Zeitpunkt betrug der Marktanteil von GaleniCare rund 6% (101 Apotheken von den gemäss Schweizerischem Apothekenverband in der Schweiz tätigen 1'666 Apotheken) (RPW 2005/4, S. 646). Der Marktanteil von GaleniCare liegt aber weiterhin deutlich unter den in Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU vorgesehenen Schwellenwerten und es liegen keine besonderen Umstände vor, welche den Zusammenschluss auf diesem Markt als problematisch erscheinen lassen, zumal die Übernahme der Unione nur einen sehr geringen Zuwachs von uwei Apotheken zur Folge hat.

#### **c) Erbringung und Entwicklung von Informatikdienstleistungen und Softwarelösungen für Apotheken**

69. Die Triamun AG zählt [...] konzerninterne Amavita- und [...] unabhängige Apotheken zu ihren Kunden. Der Dauf SA sind [...] Apotheken zuzurechnen.

70. Bei der Berechnung der Marktanteile kann darauf abgestellt werden, dass jede Apotheke zur Abwicklung ihrer automatisierter Vorgänge ein Informatiksystem verwendet, weshalb der Markt für IT-Lösungen für Apotheken als akzessorisch zum Apothekenmarkt

betrachtet werden kann. Die Marktanteile können annäherungsweise anhand des Verhältnisses der Anzahl Software-Kunden zur Gesamtzahl der Apotheken in der Schweiz berechnet werden.

71. Ausgehend von 1'684 Apotheken in der Schweiz ergibt sich für die Triamun aufgrund ihrer [...] Kunden einen Marktanteil von 0%-10%. Werden die konzerninternen Amavita-Apotheken abgezogen, so resultiert noch ein Marktanteil von 0%-10%. Höher ist der Marktanteil der Dauf SA. Ihre [...] Kunden entsprechen 0%-10% Marktanteil.

72. Während der Marktanteil der Dauf SA bereits aufgrund der italienischen Sprache nur limitierte Wachstumschancen hat, sollen die Systeme aller Amavita-Apotheken auf die Software der Triamun umgestellt werden. Dies würde dann zu einem Marktanteil von 8% führen, welcher allerdings konzernintern anfallen wird und daher nicht zu berücksichtigen ist. Selbst unter Berücksichtigung des allfälligen konzerninternen Zuwachses würde der maximale kumulierte Marktanteil bei 10%-20% liegen und wäre daher gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU vermutlich unproblematisch. Dass der Zusammenschluss kartellrechtlich unproblematisch ist, wird weiter durch eine kurze Analyse der Marktstruktur bestätigt. Der Marktführer Pharmatic hat gemäss eigenen Angaben mehr als 700 Kunden in der ganzen Schweiz und kommt damit auf einen Marktanteil von über 41%. Hinzu kommt, dass die wie die Pharmatic zur OFAC-Gruppe zählende PMS Pharma & Medizin Software AG gemäss eigenen Angaben 150 Apotheken mit ihren Softwarelösungen bedient (Marktanteil von rund 9%). Die ProPharma Systems AG gibt an, ihr System sei bei 491 Apotheken installiert (Marktanteil von rund 30%). Daneben bestehen auch noch diverse kleinere Anbieter (BMC Consultants en Strategie Informatique SA, CSE AG, PharmaSoft Sarl und LogicaCMG Schweiz).

#### **IV. Ergebnis**

73. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung in den Märkten Pharmagrosshandel, Apotheken und IT-Dienstleistungen und Softwarelösungen für Apotheken begründen oder verstärken wird.

74. Aufgrund der geringen Bedeutung der Geschäftsbereiche Apotheken und IT-Dienstleistungen auf Seiten der Unione hat deren Übernahme auch keine relevanten Auswirkungen bezüglich der (fortgeschrittenen) vertikalen Integration der Galenica. Portfolioeffekte spielen keine wesentliche Rolle verglichen mit der horizontalen Verstärkung des Kerngeschäfts Pharmagrosshandel.

75. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Artikel 10 KG sind nicht gegeben.

B 2.3

**7. Weitere**

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

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

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

***Losinger Construction AG/Marazzi Holding AG***

1. Am 14. Juni 2006 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die Meldung der Losinger Construction AG und der Marazzi Holding AG eingegangen,

welche die Übernahme der Marazzi Holding AG durch die Losinger Construction AG zum Inhalt hatte.

2. Durch den Zusammenschluss sind in der Schweiz keine Märkte im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU betroffen.

3. Die vorläufige Prüfung ergab somit, dass durch den Zusammenschluss in der Schweiz weder eine markbeherrschende Stellung begründet noch verstärkt wurde. Auf die Eröffnung einer Prüfung konnte demzufolge verzichtet werden.

B 2	<b>5. Andere Entscheide</b> Autres décisions Altre decisionii
B 2.5	<b>1. Auskunftsverfügung IMS Health GmbH</b>

*Vorläufige Prüfung; Art. 10, 32 Abs. 1 und 40 KG, Art. 15 Abs. 2 VKU*

*Examen préalable; art. 10, 32 al. 1 et 40 LCart, art. 15 al. 2 OCCE*

*Esame preliminare; art. 10, 32 cpv. 1 e 40 LCart, art. 15 cpv. 2 OCCI*

*Zwischenverfügung vom 9. August 2006 an IMS Health GmbH in Sachen Auskunftspflicht gemäss Artikel 40 KG und Artikel 15 Absatz 2 VKU betreffend das Zusammenschlussvorhaben Galenica/Unione*

## A Sachverhalt

1. Am 4. August 2006 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über das Zusammenschlussvorhaben Galenica AG/Unione Farmaceutica Distribuzione SA erhalten. Dieses Zusammenschlussvorhaben betrifft unter anderem den Bereich des Pharmagrosshandels.

2. In der Meldung werden die Marktanteile der beteiligten Unternehmen im Bereich des Pharmagrosshandels aufgrund von Berechnungen der IMS Health GmbH angegeben. Die Marktanteile anderer Grossisten sowie weiterer in der Distribution von Medikamenten tätiger Unternehmen (z.B. Shortliner, Ärzte-lieferanten etc.) konnten nur als Schätzungen beigebracht werden. Gemäss der Meldung verfügt die IMS Health GmbH zwar über die genauen Zahlen, kann diese aber nur entweder (1) mit dem Einverständnis der betroffenen Datenlieferanten oder (2) aufgrund einer auf einer genügenden rechtlichen Grundlage beruhenden Verfügung der Wettbewerbskommission herausgeben. Dieser Sachverhalt wurde dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend Sekretariat) durch die IMS Health GmbH am 25. Juli 2006 telefonisch bestätigt. Zudem wurde anlässlich des Telefonats von Seiten der IMS Health GmbH ausgeführt, die Daten könnten innerhalb weniger Tage nach einer allfälligen Auskunftsverfügung aufbereitet und dem Sekretariat zugestellt werden.

## B Erwägungen

### B.1 Zuständigkeit

3. Auskunftsverfügungen dienen der Erhebung des Sachverhaltes und sind deshalb als verfahrensleitende Verfügungen zu qualifizieren (RPW 2000/1, S. 88, Rz. 10, RPW 1997/4, S. 623, E. 3.c). Zuständig für den Erlass verfahrensleitender Verfügungen ist gemäss Artikel 23 Absatz 1 KG das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums.

### B.2 Auskunftspflicht

4. Wird den Wettbewerbsbehörden ein Vorhaben über einen Unternehmenszusammenschluss gemeldet (Art. 9 KG), so entscheidet die Wettbewerbskommission innerhalb eines Monats im Rahmen einer *vorläufigen Prüfung*, ob ein Prüfungsverfahren im Sinne von Artikel 32 KG durchzuführen ist (sog. vertiefte Prüfung).

5. Gemäss Artikel 40 KG haben Beteiligte an Abreden, marktmächtige Unternehmen, Beteiligte an Zusammenschlüssen sowie betroffene Dritte den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Urkunden vorzulegen. Die Auskunftspflicht gilt in allen kartellrechtlichen Verfahren, namentlich auch in der Zusammenschlusskontrolle (vgl. BENOÎT CARRON, in: PIERRE TERCIER/CHRISTIAN BOVET, Droit de la concurrence - Commentaire romand, 2002, Art. 40 LCart N 9; STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, 2002, S. 239).

6. Artikel 15 Absatz 2 VKU wiederholt, dass das Sekretariat bei betroffenen Dritten Auskünfte einholen kann, welche für die Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens von Bedeutung sein können.

7. An die Betroffenheit eines Dritten sind nach dem Sinn und Zweck von Artikel 40 KG (und auch von Art. 15 Abs. 2 VKU) keine besonderen Anforderungen zu stellen. Es genügt, dass ein Dritter auf dem gleichen Markt tätig ist wie die beteiligten Unternehmen oder mit einem solchen in einer Geschäftsbeziehung steht (vgl. PATRICK KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER/SIMON BANGERTER, Verhandlungs- und Verfahrensführung vor den Wettbewerbsbehörden, in: THOMAS GEISER/PATRICK KRAUSKOPF/PETER MÜNCH, Schweizerisches und Europäisches Wettbewerbsrecht, 2005, Rz. 12.18; BILGER, a.a.O., S. 240).

8. Bezüglich der IMS Health GmbH bestehen zwei Umstände, die es rechtfertigen, sie der Auskunftspflicht zu unterstellen. Zunächst steht sie in einer Geschäftsbeziehung nicht nur zu den meldenden Unternehmen, sondern zu allen in der Distribution von Medikamenten tätigen Unternehmen, welche der IMS Health GmbH ihre Daten liefern. Zudem würde für das Sekretariat grundsätzlich die Möglichkeit bestehen, die bei der IMS Health GmbH vorhandenen Daten bei jedem einzelnen Datenlieferanten einzuholen. Diese wären als Unternehmen, welche auf demselben Markt wie die beteiligten Unternehmen tätig sind, ohne weiteres auskunftspflichtig. Es erscheint daher zulässig und aus Gründen der Prozessökonomie geboten, diese (für die Wettbewerbsbehörden jedenfalls

zugänglichen) Daten direkt bei der IMS Health GmbH einzufordern, welche als einzige über die Daten aller Marktteilnehmer verfügt und in der Lage ist, die notwendigen Angaben innerhalb so kurzer Frist zu liefern, dass sie im Rahmen der vorläufigen Prüfung berücksichtigt werden können.

### **B.3 Gegenstand und Frist**

9. Gegenstand der vorliegenden Auskunftsverfügung bilden die folgenden Angaben:

a. Angaben - wenn möglich in tabellarischer Form - zu den gesamtschweizerischen Medikamentenverkäufen (sowohl nach Menge als auch nach Wert) für die Jahre 2003, 2004 und 2005, aufgeschlüsselt nach den einzelnen Absatzkanälen (Apotheken, SD-Ärzte, Drogerien und Spitäler) einerseits und aller einzelner in der Distribution von Medikamenten tätigen Unternehmen (Grossisten, Ärztelieferanten, Einkaufsorganisationen, Versandhandelsapotheken, Hersteller) andererseits. Eine Aufschlüsselung der Medikamente nach Indikationsgruppen oder Zulassungskategorien ist hingegen nicht notwendig.

b. Gleiche Angaben wie in a., jedoch aufgeteilt nach den drei Sprachregionen (deutsch-, französisch- und italienischsprachige Schweiz).

10. Die Angaben sind dem Sekretariat bis am **17. August 2006** einzureichen.

### **B.4 Verhältnismässigkeit**

11. Auskunftsverfügungen haben den Verfassungsgrundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten. Daher müssen die einverlangten Auskünfte ein geeignetes und notwendiges Mittel darstellen, um das Ziel des jeweiligen Verfahrens erreichen zu können und zudem in einem vernünftigen Verhältnis in die Freiheit des Auskunftspflichtigen stehen (Verhältnismässigkeit im engeren Sinne) (RPW 2000/1, S. 90, Rz. 25; 1998/5, S. 885, E. 3.2).

12. Im Verfahren der Zusammenschlusskontrolle ist die Frage zu klären, ob der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt (Art. 10 Abs. 2 KG).

13. Eine wesentliche Rolle bei der Beurteilung dieser Frage spielen die Marktanteile der beteiligten Unternehmen. So sieht etwa Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU vor, dass bezüglich der Märkte, in welchen die beteiligten Unternehmen gemeinsam mehr als 20% beziehungsweise eines der beteiligten Unternehmen alleine mehr als 30% Marktanteil aufweisen, weitergehende Angaben zu machen sind als auf Märkten mit geringeren Marktanteilen.

14. Marktanteile sind aber nur im Rahmen der gesamten Marktstruktur, das heisst im Verhältnis zu den Marktanteilen der anderen Wettbewerber aussagekräftig (vgl. FRANZ HOFFET, Unternehmenskonzentration, in: THOMAS GEISER/PATRICK KRAUSKOPF/PETER MÜNCH, Schweizerisches und Europäisches Wettbewerbsrecht, 2005, Rz. 10.42).

15. Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass die genaue sachliche und räumliche Marktabgrenzung unklar ist. Gemäss den beteiligten Unternehmen ist der räumliche Markt national und der sachliche Markt aus der Sicht aller Abnehmer (Apotheken, SD-Ärzte, Drogerien und Spitäler) und unter Berücksichtigung aller im Bereich der Distribution von Medikamenten tätiger Unternehmen (Grossisten, Shortliner, Ärztelieferanten, Einkaufsorganisationen, Versandhandelsapotheken und Hersteller) abzugrenzen. Zur Überprüfung, ob diese Marktabgrenzung zutrifft oder ob der Markt enger, beispielsweise regional und auf die Belieferung von Apotheken durch Grossisten abgegrenzt werden muss, benötigt das Sekretariat die entsprechenden Daten zur Marktstruktur. Die mit der Auskunftsverfügung eingeforderten Angaben sind daher geeignet und erforderlich zur Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlusses.

16. Die anzugebenden Daten sind sachlich und zeitlich limitiert. Die IMS Health GmbH verfügt bereits über das gesamte Datenmaterial und muss dieses nicht erst erheben. Sie ist zudem gemäss telefonischer Auskunft in der Lage, das Datenmaterial innerhalb von wenigen Tagen aufzubereiten und zur Verfügung zu stellen. Die Auskunftsverfügung ist damit auch verhältnismässig im engeren Sinne. Zudem wurde die Frist in angemessener Länge angesetzt.

17. Gemäss Artikel 25 KG sind die Wettbewerbsbehörden an das Amtsgeheimnis gebunden und sie dürfen keine Geschäftsgeheimnisse preisgeben. Es ist somit gewährleistet, dass die durch die IMS Health GmbH gesammelten vertraulichen Daten nicht an Dritte oder an die Öffentlichkeit gelangen.

### **B.5 Entzug der aufschiebenden Wirkung**

18. Auskunftsverfügungen stellen Zwischenverfügungen dar. Diese sind, sofern sie ein nicht wiedergutmachender Nachteil bewirken können, selbstständig anfechtbar (Art. 45 Abs. 1 VwVG).

19. Gemäss Artikel 55 Absatz 2 VwVG kann eine Behörde in ihrer Verfügung einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entziehen. Für den Entzug der aufschiebenden Wirkung müssen keine ausserordentlichen, aber immerhin überzeugende Gründe vorliegen. Dabei ist eine Interessenabwägung vorzunehmen (vgl. ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 1993, Rz. 280). Im vorliegenden Fall ergibt sich der Entzug der aufschiebenden Wirkung aus dem Umstand, dass die vorläufige Prüfung gemäss Artikel 32 KG innerhalb der nicht erstreckbaren Frist von einem Monat zu erfolgen hat. Käme einer allfälligen Beschwerde aufschiebende Wirkung zu, so wäre es praktisch ausgeschlossen, dass das Sekretariat die notwendigen Auskünfte rechtzeitig erhält.

### **C Dispositiv**

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt das Sekretariat der Wettbewerbskommission zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums:

1. Die IMS Health GmbH ist gehalten, dem Sekretariat die nachfolgenden Auskünfte bis am **17. August 2006** einzureichen:
    - a. Angaben - wenn möglich in tabellarischer Form - zu den gesamtschweizerischen Medikamentenverkäufen (sowohl nach Menge als auch nach Wert) für die Jahre 2003, 2004 und 2005, aufgeschlüsselt nach den einzelnen Absatzkanälen (Apotheken, SD-Ärzte, Drogerien und Spitäler) einerseits und aller einzelner in der Distribution von Medikamenten tätigen Unternehmen (Grossisten, Arztlieferanten, Einkaufsorganisationen, Versandhandelsapotheken, Hersteller) andererseits. Eine Aufschlüsselung der Medikamente nach Indikationsgruppen oder Zulassungskategorien ist hingegen nicht notwendig.
    - b. Gleiche Angaben wie in a., jedoch aufgeteilt nach den drei Sprachregionen (deutsch-, französisch- und italienischsprachige Schweiz).
  2. Verstösse gegen die Auskunftspflicht können gemäss Artikel 52 und 55 KG sanktioniert werden.
  3. [Kosten]
  4. [Rechtsmittelbelehrung]
  5. Einer allfälligen Beschwerde gegen die vorliegende Verfügung wird die aufschiebende Wirkung entzogen.
  6. [Eröffnung]
-

B 2.5

**2. Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung***Zwischenverfügung gemäss Art. 45 Abs. 1 VwVG**Décision incidente selon l'art. 45 al. 1 PA**Decisione incidente giusta l'art. 45 cpv. 1 PA*

*Zwischenverfügung vom 4. September 2006 in Sachen Untersuchung "Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern" gemäss Artikel 27 KG betreffend Bestand und Tragweite vorbehaltener Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG.*

**A Sachverhalt und Verfahren**

1. Am 7. Februar 2006 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (Weko) eine Untersuchung gemäss Artikel 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251) gegen mehrere Krankenversicherer (Concordia, CSS Versicherungen, Helsana Versicherungen AG, KPT Versicherungen AG, Sanitas Krankenversicherung, Swica Krankenversicherungen, Visana Services AG, Wincare Zusatzversicherungen sowie Unimedes und Cosama mit den ihnen angeschlossenen Versicherungen), öffentliche und öffentlich subventionierte Spitäler (Kantonsspital Luzern, Kantonales Spital Sursee-Wolhusen, Psychiatriezentrum Luzern Stadt, Luzerner Höhenklinik Montana) und das Gesundheits- und Sozialdepartement des Kantons Luzern (GSD).

2. Gegenstand der Untersuchung bilden die per 1. Januar 2006 im Kanton Luzern in Kraft getretenen "Tarifverträge II". Diese Verträge gelten für Versicherte, welche über eine Spitalzusatzversicherung für die Privat- oder Halbprivatabteilung verfügen und sich in einer Privat- oder Halbprivatabteilung eines öffentlichen oder öffentlich subventionierten Spitals im Kanton Luzern behandeln lassen. Die Verträge setzen Grundtaxen, Taxen für zusätzliche Spitalleistungen sowie Taxen für ärztliche und diverse Spezialleistungen fest. Im Rahmen der Untersuchung soll geprüft werden, ob diese Verträge unzulässige Preisabsprachen im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 KG darstellen oder ob sich die Leistungserbringer beim Abschluss der Verträge unzulässig im Sinne von Artikel 7 KG verhalten haben.

3. Mit Schreiben vom 22. März 2006 stellte die Helsana Versicherungen AG (Helsana) den Antrag auf Erlass einer selbstständig anfechtbaren Zwischenverfügung zur Klärung der Frage, ob einem Tätigwerden der Wettbewerbsbehörden nicht vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG entgegenstehen.

4. Mit Schreiben vom 30. März 2006 informierte das Sekretariat die anderen Parteien des Untersuchungsverfahrens über den Antrag der Helsana. Das Sekretariat führte weiter aus, dass nach seiner Auffassung die Voraussetzungen für den Erlass einer selbstständig

anfechtbaren Zwischenverfügung gegeben seien. Es räumte den Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme zur Frage der vorbehaltenen Vorschriften ein. Gleichzeitig wurden die Parteien zur Klärung des Sachverhaltes aufgefordert, diverse Fragen zu beantworten.

5. Die Parteien haben mit Schreiben vom 19., 24., 25. und 28. April sowie vom 9. und 30. Mai 2006 Stellung genommen sowie auf die Fragen geantwortet. Keine der Parteien ist gegen eine Klärung der Frage der vorbehaltenen Vorschriften im Rahmen einer Zwischenverfügung; die Mehrheit der Parteien unterstützt den entsprechenden Antrag der Helsana explizit. Auf die Eingaben und Argumente der Parteien wird im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

6. Am 9. Mai 2006 erhielt die CSS, ihrem Gesuch vom 5. Mai 2006 entsprechend, Akteneinsicht.

7. Der Antrag des Sekretariates wurde den Parteien am 9. Juni 2006 zur Stellungnahme zugestellt. Mit Schreiben vom 12. Juni 2006 verlangte der gemeinsame Rechtsvertreter von Concordia, Helsana, KPT, Sanitas, Visana und Wincare Kopien diverser Akten, welche ihm mit Schreiben vom 13. Juni 2006 zugestellt wurden.

8. Die Parteien nahmen mit Schreiben vom 19., 20., 21., 23. Juni sowie vom 13. Juli 2006 Stellung zum Antrag des Sekretariates. Auf die Vorbringen der Parteien wird in den Erwägungen eingegangen.

**B Erwägungen**

9. Auf Verfahren nach dem Kartellgesetz sind gemäss Artikel 39 KG die Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht.

**B.1 Zuständigkeit**

10. Gemäss Artikel 18 Absatz 3 KG trifft die Wettbewerbskommission die Verfügungen und erlässt die Entscheide, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind. Diese Bestimmung hält in erster Linie eine unmittelbare Verfügungskompetenz der Wettbewerbskommission fest und nimmt eine Kompetenzabgrenzung vor allem gegenüber dem Sekretariat vor (BRUNO SCHMIDHAUSER, in: ERIC HOMBURGER/BRUNO SCHMIDHAUSER/Franz Hoffet/Patrik Ducrey, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 1997, Art. 18 N 19).

11. Die Aufgaben des Sekretariats sind in Artikel 23 KG geregelt. Gemäss Absatz 1 dieser Bestimmung erlässt das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums verfahrensleitende Verfügungen. Verfahrensleitende Verfügungen gehören zur Kategorie der Zwischenverfügungen. Diese sind nicht instanzabschliessend, sondern stellen verfahrensrechtliche Schritte auf dem Weg zum Verfahrensabschluss dar (ULRICH ZIMMERLI/WALTER KÄLIN/REGINA KIENER, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts, 1997, S. 44).

Nach der Rechtsprechung der REKO/WEF beziehen sich verfahrensleitende Zwischenverfügungen in erster Linie auf die Verfahren zur Feststellung des Sachverhalts und zur Gewährung oder Verweigerung der Akteneinsicht und der Anhörung (RPW 2002/4, S. 698, E.1.1.1). Darunter fallen somit insbesondere Verfügungen über die Auskunfts-, Zeugnis- oder Editions-pflicht.

12. Eine Verfügung zur Klärung des Bestandes und der Tragweite vorbehaltener Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG ist hingegen keine verfahrensleitende Verfügung und fällt somit gemäss Artikel 23 Absatz 1 KG nicht in den Zuständigkeitsbereich des Sekretariats, sondern aufgrund der in Artikel 18 Absatz 3 KG festgehaltenen allgemeinen Verfügungskompetenz der Weko in deren Zuständigkeitsbereich.

### **B.2 Selbstständig anfechtbare Zwischenverfügung**

13. In Fällen, in denen ein Vorbehalt im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG in Frage kommt oder geltend gemacht wird, haben die Wettbewerbsbehörden zunächst zu klären, ob eine solche Regelung tatsächlich besteht. Zu beurteilen sind im Rahmen dieser vorfrageweisen Prüfung einzig Bestand und Tragweite der entsprechenden Regelung. Erweist sich, dass tatsächlich den Wettbewerb ausschliessende Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG bestehen, entfällt die Grundlage für ein weiteres Tätigwerden der Wettbewerbsbehörden (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 17.6.2003 i.S. Elektra Baselland Liestal/Watt Suisse AG, Migros-Genossenschafts-Bund, Ziff. 5.2.1, RPW 2003/3, S. 703).

14. Artikel 3 Absatz 1 KG berührt zwar den Anwendungs- und nicht den Geltungsbereich des Gesetzes, dies ändert jedoch nichts daran, dass bei Vorliegen solcher Vorschriften weitere Untersuchungsmassnahmen unzulässig wären (RPW 2003/3, S. 704). Einer Zwischenverfügung zur Frage der vorbehaltenen Vorschriften kommt daher eine vergleichbare Wirkung wie einer Zwischenverfügung über die Zuständigkeit zu. Zwischenverfügungen über die Zuständigkeit gelten jedoch gemäss Artikel 45 Absatz 2 Buchstabe a VwVG explizit als selbstständig anfechtbar.

15. Dies bedeutet nicht, dass über das Vorliegen von Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG in jedem Fall in einer selbstständig anfechtbaren Zwischenverfügung entschieden werden müsste. Zumindest dann, wenn das betroffene Unternehmen das Vorhandensein solcher Vorschriften aber rechtzeitig, substantiiert und nicht offensichtlich unbegründet behauptet, ist die Frage regelmässig vorab zu klären (RPW 2003/3, S. 704).

16. Im vorliegenden Fall hat die Helsana den Antrag auf Erlass einer selbstständig anfechtbaren Zwischenverfügung früh im Verfahren, noch vor der Durchführung von Untersuchungshandlungen, und damit rechtzeitig im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eingereicht.

17. Auch die weiteren Voraussetzungen, dass der Antrag substantiiert und "nicht offensichtlich unbe-

gründet" sein muss, sind im vorliegenden Fall gegeben. Die Helsana führt aus, dass der Wettbewerb im Bereich der Spitalzusatzversicherungen für die private oder halbprivate Abteilung im Kanton Luzern allenfalls wegen der engen Verflechtung von Grund- und Zusatzversicherung eingeschränkt ist. Zudem wird das Bestehen diverser kantonaler Vorschriften, welche als vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Artikel 3 KG in Frage kommen könnten, geltend gemacht. Dabei wird namentlich Paragraph 3 der Verordnung über die Organisation und die Aufgaben der kantonalen Spitäler (Spitalverordnung; SRL 820) genannt, wonach das Gesundheits- und Sozialdepartement des Kantons Luzern mit den Versicherern oder deren Verbänden über Tarifverträge verhandelt, welche danach vom Regierungsrat genehmigt werden.

18. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass dem Antrag auf Erlass einer selbstständig anfechtbaren Verfügung zur Klärung des Bestandes und der Tragweite vorbehaltener Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG stattzugeben ist.

### **B.3 Vorbehaltene Vorschriften**

#### **B.3.1 Allgemeines**

19. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG).

20. Anwendungsvorbehalte sind gemäss Literatur und Praxis der Wettbewerbsbehörden restriktiv auszulegen: "Solange eine gesetzliche Regelung noch Raum für die Anwendung wettbewerbsrechtlicher Prinzipien lässt, muss dieser ausgefüllt werden [...]. Vorbehaltene Vorschriften nach Artikel 3 Absatz 1 KG sind folglich nicht leichthin anzunehmen" (Entscheid der REKO/WEF i.S. Krankenkassen vs. Privatkliniken und Konsorten im Kanton Aargau, RPW 2003/4, S. 861, E. 4.2.). Die Botschaft zum Kartellgesetz führt aus, es müsse tatsächlich die Absicht des Gesetzgebers sein, den Wettbewerb für den fraglichen Wirtschaftsbe- reich auszuschalten (Botschaft zum KG vom 23.11.1994, BBl 1995 468 ff., insbes. S. 539 f.). Dem Wettbewerbsprinzip ist soweit als möglich zum Durchbruch zu verhelfen und das Kartellgesetz bleibt auch dann anwendbar, wenn die Handlungsfreiheit der einzelnen Akteure im Wettbewerb durch die fraglichen Vorschriften eingeschränkt ist (vgl. RPW 2003/4, S. 860 f., E. 4.2., m.w.H.). In der Literatur wird ebenfalls eine klare gesetzliche Zulassung des wettbewerbswidrigen Verhaltens verlangt, um die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auszuschliessen (vgl. etwa BENOÎT CARRON, in: PIERRE TERCIER/CHRISTIAN BOVET, Commentaire romand, 2002, Art. 3 al. 1 LCart N 35 f.; JÜRIG BORER, Kartellgesetz, 2005, Art. 3 N 2-5; RUDOLF RENTSCH, Deregulierung durch Wettbewerb, 2000, S. 166 ff., insbesondere S. 215 ff., S. 231 ff.).

### **B.3.2 Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung**

21. Vorbehaltene Vorschriften können nicht nur auf Stufe des Bundes, sondern auch durch Kantone und Gemeinden erlassen werden (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 17.6.2003 i.S. Entreprises Electriques Fribourgeoises/Watt Suisse AG, Fédération des Coopératives Migros, Ziff. 3.3.4, RPW 2003/4, S. 941).

#### **B.3.2.1 Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung auf Stufe des Bundes**

22. Die Frage der vorbehaltenen Vorschriften im Bereich der Zusatzversicherung wurde bereits in der Untersuchung "Tarifvertrag in der halbprivaten Zusatzversicherung" im Kanton Aargau thematisiert. In ihrer Verfügung vom 1. Oktober 2001 gelangte die Weko zum Ergebnis, dass keine vorbehaltenen Vorschriften bestehen (RPW 2001/4, S. 645 ff., insbes. S. 657 ff.). Gegen diesen Entscheid wurde Beschwerde eingereicht, so dass sich auch die REKO/WEF mit dem Gegenstand beschäftigt und ausführlich mit der Frage der vorbehaltenen Vorschriften im Bereich der Zusatzversicherung auseinandergesetzt hat (RPW 2003/4, S. 847 ff.). Die wichtigsten Erwägungen der Wettbewerbsbehörden sollen nachfolgend kurz rekapituliert werden.

23. Während die obligatorische Krankenversicherung (auch Grundversicherung genannt) durch das Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG, SR 832.10) geregelt wird, unterstellt Artikel 12 Absatz 3 KVG die Zusatzversicherungen dem Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (VVG).

24. Während das KVG für die Grundversicherung sowohl einen Tarifschutz als auch einen Kontrahierungszwang vorsieht, belässt das VVG den Versicherern und Versicherten die Freiheit zum Abschluss von Zusatzversicherungen und es enthält keinerlei Einschränkungen der Preisbildung für die versicherten Leistungen. *"Das VVG schränkt somit den Wettbewerb unter Versicherern und Leistungserbringern nicht ein und schliesst die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes nicht aus"* (RPW 2003/4, S. 861 E. 4.3.1).

25. Die Beschwerdeführer hatten vorgebracht, dass die Zusatzversicherung eng an die Grundversicherung gekoppelt sei, so dass der in der Grundversicherung vorgeschriebene Tarifschutz und Kontrahierungszwang den Wettbewerb in der Zusatzversicherung derart einschränke, dass das Kartellgesetz nicht anwendbar sei.

26. Die REKO/WEF stellte klar, dass der Gesetzgeber in der Grundversicherung Kollektivverträge zwischen Versicherern und Leistungserbringern ausdrücklich zugelassen hat (Art. 43 ff. KVG). *"Für die Zusatzversicherungen dagegen hat er die Beziehungen zwischen Versicherern und Leistungserbringern nicht geregelt und damit gänzlich dem Wettbewerb überlassen"* (RPW 2003/4, S. 863, E.4.3.4). Weiter führte die REKO/WEF aus, der Kontrahierungszwang in der Grundversicherung und dessen allfällige Reflexwirkungen auf die Zusatzversicherungen (faktischer Kontrahie-

rungszwang mit den in der Grundversicherung zugelassenen Leistungserbringern) führten nicht dazu, dass ihnen stillschweigend auch die in der Grundversicherung ausdrücklich eingeräumte Freiheit zu Kollektivverträgen zukomme (RPW 2003/4, S. 864 ff., E.4.3.5.2).

27. Die REKO/WEF hielt als Resultat ihrer Erwägungen fest, dass angenommen werden dürfe, dass der Gesetzgeber "die Bildung der Preise für die versicherten Leistungen dem VVG entsprechend dem Markt überlassen wollte" (RPW 2003/4, S. 866, E.4.3.5.2).

28. Die Ausführungen der REKO/WEF sind im Zusammenhang mit Tarifverträgen zwischen Krankenversicherern und Privatkliniken erfolgt. Dies hat allerdings nicht zur Folge, dass die oben gemachten Erwägungen keine Gültigkeit für Tarifverhandlungen zwischen Krankenversicherern und öffentlichen oder öffentlich subventionierten Spitälern beanspruchen könnten, wie dies die SWICA in ihrer Stellungnahme vorbringt. Die Ausführungen der REKO/WEF zur gesetzlichen Regelung der Zusatzversicherungen im KVG und VVG sind allgemein gültiger Natur und stehen in keiner Abhängigkeit zur Frage, ob es sich um einen privaten oder einen öffentlichen beziehungsweise öffentlich subventionierten Leistungserbringer handelt. Diese Unterscheidung spielt bei keiner der einschlägigen Erwägungen der REKO/WEF eine Rolle.

29. Es kann zusammenfassend festgestellt werden, dass auf Stufe des Bundesrechts im Bereich der Zusatzversicherungen keine vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG bestehen. Auch die geltend gemachte Verflechtung von Grund- und Zusatzversicherung führt nicht dazu, dass ein Vorbehalt anzunehmen wäre. Es erscheint vielmehr klar, dass im Bereich der Zusatzversicherungen, namentlich bezüglich der Preisbildung im Verhältnis zwischen Versicherern und Leistungserbringern freier Wettbewerb herrschen soll.

#### **B.3.2.2 Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung auf Stufe des Kantons**

##### **B.3.2.2.1 Akzessorische Prüfung kantonaler Vorschriften**

30. Wie oben erwähnt, können auch kantonale Vorschriften einen Vorbehalt im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG schaffen. Allerdings muss gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der Erlass solcher Vorschriften im Kompetenzbereich der Kantone liegen und die Vorschriften dürfen nicht im Widerspruch mit übergeordnetem Recht, namentlich der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV i.V.m. Art. 36 BV und Art. 94 Abs. 4 BV) stehen (RPW 2003/4, S. 941, E. 3.3.4). In der Literatur wird davon gesprochen, dass ein Vorbehalt nur dann in Frage kommt, wenn die entsprechenden Vorschriften gültig ("valables") sind (CARRON, a.a.O., Art. 3 al. 1 LCart N 23; RENTSCH, a.a.O., S. 173).

31. Die zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung macht deutlich, dass der Weko die Aufgabe zukommt, kantonales Recht, welches als vorbehaltene Vorschriften in Frage kommt, akzessorisch auf seine Verfassungsmässigkeit hin zu prüfen und im Verletzungsfall den entsprechenden Normen ihre Rechtfertigungs-



wirkung gemäss Artikel 3 Absatz 1 KG zu versagen (vgl. STEFAN VOGEL, Der Staat als Marktteilnehmer, 2000, S. 189; OLIVIER SCHALLER/CHRISTOPH TAGMANN, Kartellrecht und öffentliches Recht - neuere Praxis im Bereich des Gesundheitswesens, in: AJP 6/2004, S. 707).

32. Neben der Überprüfung der Vereinbarkeit der kantonalen Bestimmungen mit der Wirtschaftsfreiheit steht der in Artikel 49 Absatz 1 BV statuierte Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts im Vordergrund. "Das dem Bundesrecht widersprechende kantonale Recht ist nichtig, das heisst, es fehlt ihm, ohne dass eine Anfechtung notwendig wäre, jede rechtliche Gültigkeit" (ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Aufl., 2005, Rz. 1191). Alle rechtsanwendenden Behörden des Bundes und der Kantone müssen den Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts von Amtes wegen beachten. Zur richtigen Rechtsanwendung gehört, dass nur gültige Rechtsnormen - und nicht etwa nichtiges kantonales Recht - zur Anwendung gelangen. Das akzessorische Prüfungsrecht ist nicht nur für Gerichte, sondern auch für Verwaltungsbehörden zu bejahen (HÄFELIN/HALLER, a.a.O., Rz. 1195 ff.; ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Volume I, 2<sup>ème</sup> éd., 2006, N 1047 f., 1072). Dies gilt für die Wettbewerbsbehörden umso mehr, als sonst aufgrund von Artikel 3 Absatz 1 KG nichtiges kantonales Recht die Anwendung von Bundesrecht verhindern würde. Gleich hat auch das Bundesgericht argumentiert, um bei der Überprüfung, ob kantonale Vorschriften einen Vorbehalt statuieren, nicht auf seine übliche Willkürkognition beschränkt zu sein: "Il convient de tenir compte des particularités du cas d'espèce: le champ d'application du droit fédéral est restreint par le droit cantonal qui, au sens de l'article 3 alinéa 1 LCart, exclut la concurrence. Une fausse application du droit cantonal pertinent aurait pour effet de faire échec à l'application du droit fédéral" (RPW 2003/4, S. 945, E. 5.1).

### B.3.2.2.2 Derogatorische Kraft des Bundesrechts

33. Es gilt zu prüfen, ob kantonale Vorschriften, welche im Bereich der Zusatzversicherung Bestimmungen zu Preisen und Tarifen sowie die Möglichkeit von Kollektivverträgen vorsehen, nicht dem Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts widersprechen. Dabei kann sowohl eine Kompetenz- als auch eine Normenkollision in Frage kommen. Eine Kompetenzkollision liegt vor, wenn sich der Bund oder der Kanton zu Unrecht auf eine Kompetenz stützt, die nur entweder dem Bund oder den Kantonen zustehen kann. Eine Normenkollision liegt dann vor, wenn sich ein inhaltlicher Widerspruch von zwei Normen ergibt, die nicht gleichzeitig gelten können (HÄFELIN/HALLER, a.a.O., Rz. 1172). In den meisten Fällen liegt gleichzeitig eine Normen- und eine Kompetenzkollision vor (HÄFELIN/HALLER, a.a.O., Rz. 1178).

34. Gemäss Artikel 3 BV gilt der Grundsatz, dass die Kantone alle Rechte ausüben, welche nicht der Bundesgewalt übertragen sind. Artikel 42 Absatz 1 BV hält fest, dass der Bund diejenigen Aufgaben erfüllt,

die ihm die Bundesverfassung zuweist (System der Einzelermächtigung des Bundes durch die Bundesverfassung).

### I. Krankenversicherung

35. Artikel 117 BV hält fest, dass der Bund Vorschriften über die Kranken- und Unfallversicherung erlässt (Abs.1). Er kann die Kranken- und die Unfallversicherung allgemein oder für einzelne Bevölkerungsgruppen obligatorisch erklären (Abs. 2). Es handelt sich dabei um eine so genannte "konkurrierende Kompetenz". Dies bedeutet, dass solange der Bund von seiner Zuständigkeit nicht Gebrauch macht, die Kantone zuständig bleiben. Die kantonale Kompetenz geht jedoch in dem Umfang unter, als der Bund seine Zuständigkeit durch Erlass von Gesetzen ausfüllt (Botschaft vom 20.11.1996 über eine neue Bundesverfassung, BBI 1997 1 ff., insbes. S. 227 f.). Artikel 117 BV verleiht dem Bund nicht bloss eine auf die Festlegung von Grundsätzen beschränkte Kompetenz, sondern einen Gesetzgebungsauftrag, welcher dem Bund praktisch freie Hand bezüglich der Ausgestaltung der Krankenversicherung lässt (LUZIUS MADER, in: BERNHARD EHRENZELLER/PHILIPPE MASTRONARDI/RAINER SCHWEIZER/KLAUS A. VALLENDER, Die Schweizerische Bundesverfassung - Kommentar, 2002 [nachfolgend BV-Komm.], Art. 117 N 3). Es steht dem Bund frei, Kompetenzen an die Kantone zu delegieren. Dabei kann er einerseits den Kantonen eine Rechtsetzungskompetenz übertragen (Gesetzesdelegation), andererseits kann er Vollzugs- und Verwaltungskompetenzen an die Kantone delegieren (Verwaltungsdelegation). Umgekehrt ist er auch befugt, die Materie abschliessend auf Bundesebene zu regulieren.

36. Im Bereich der Krankenversicherung hat der Bund seine Kompetenz wahrgenommen und das KVG erlassen. Kantonale Bestimmungen sind nur möglich, wenn der Bundesgesetzgeber Kompetenzen an die Kantone delegiert oder einen Bereich bewusst nicht geregelt hat.

37. Gemäss Artikel 1a KVG regelt das KVG die soziale Krankenversicherung. Nicht in den Geltungsbereich des KVG fallen gemäss der Botschaft zum KVG die Zusatzversicherungen, "*diese unterliegen dem Privatrecht, auch wenn sie von Krankenkassen betrieben werden [...]. Es wird klar unterschieden zwischen der sozialen Versicherung mit einem umfassenden Leistungsangebot (inkl. des wesentlichen Teils der 'Hotelkosten' bei Spitalaufenthalt in der allgemeinen Abteilung) und der Zusatzversicherung für besondere Wünsche, wie Unterkunft in der privaten oder halbprivaten Abteilung. Daher gibt es keinen Grund, die Zusatzversicherungen der Sozialgesetzgebung zu unterstellen. Sie werden in Zukunft auf privatrechtlichen Verträgen basieren [...]*" (Botschaft über die Revision der Krankenversicherung vom 6.11.1991, BBI 1992 I 93 ff., S. 141). Diese Absicht des Gesetzgebers, die Zusatzversicherungen aus dem Geltungsbereich des KVG auszuklammern, zeigt sich in Artikel 12 Absatz 3 KVG, welcher die Zusatzversicherungen dem VVG unterstellt.

38. Das KVG delegiert damit die Regelung der Zusatzversicherungen nicht an den kantonalen Gesetzgeber. Er lässt den Bereich der Zusatzversicherung nicht bewusst offen, sondern weist ihn vielmehr bewusst dem VVG zu, damit in diesem Bereich privatwirtschaftliche Regeln herrschen.

39. Zu überprüfen bleibt, ob das KVG (entgegen dem soeben dargestellten Grundsatz) im Bereich des Tarifwesens Bestimmungen enthält, welche die Tarifbildung im Bereich der Zusatzversicherung beeinflussen könnten.

40. Gemäss Artikel 43 Absatz 4 KVG werden Tarife und Preise zur Vergütung der versicherten Leistungen zwischen Versicherern und Leistungserbringern vereinbart oder in bestimmten gesetzlich vorgesehenen Fällen von der zuständigen Behörde bestimmt. Gemäss Artikel 46 Absatz 1 KVG können nicht nur einzelne Versicherer und Leistungserbringer Tarifverträge schliessen, sondern es können sich auf beiden Seiten mehrere Vertragsparteien beteiligen. Der Gesetzgeber hat damit Kollektivverträge explizit zugelassen. Die Tarifverträge sind von der zuständigen Kantonsregierung (bzw. bei gesamtschweizerischen Tarifen vom Bundesrat) zu genehmigen. Kommt zwischen Leistungserbringern und Versicherern kein Tarifvertrag zustande, so setzt die Kantonsregierung nach Anhören der Beteiligten den Tarif fest (Art. 47 Abs. 1 KVG). Die Tarife sind für die Leistungserbringer verbindlich (Tarifschutz, Art. 44 KVG). Das KVG enthält damit klare Normen zur Tariffestsetzung sowie zur Zuständigkeit der Kantone bei der Tariffestsetzung. Der Wortlaut dieser Bestimmungen enthält keinerlei Hinweise, dass - entgegen dem Eingangs definierten Geltungsbereich des Gesetzes - die Tarifbestimmungen auch für den Bereich der Zusatzversicherung gelten sollen. Vielmehr gilt es an dieser Stelle nochmals in Übereinstimmung mit der REKO/WEF festzuhalten, dass der im KVG vorgesehene Tarifschutz keine Geltung für die Zusatzversicherung entfaltet: *"Hätte der Gesetzgeber für die klassische Halbprivatversicherung gleich wie in der Grundversicherung Kollektivverträge zwischen Versicherern und Leistungserbringern zulassen wollen, hätte er mit Sicherheit nicht bloss eine Ausnahme nach Artikel 3 Absatz 1 KG statuiert, sondern er hätte gleichzeitig die für die Grundversicherung geltenden behördlichen Kontroll- und Interventionsbefugnisse auf die Halbprivatversicherung ausgedehnt. Auf dem Wege der Gesetzesauslegung ist jedoch eine solche Unterstellung von Halbprivatversicherungsverträgen unter das KVG nicht zu erreichen. Dies würde dem Wortlaut von Artikel 12 Absatz 3 KVG widersprechen und ist auch mit einer teleologischen Auslegung, die allenfalls ein einschränkendes Verständnis des Wortlauts begründen könnte, nicht zu rechtfertigen"* (RPW 2003/4, 863, E.4.3.4., vgl. die Ausführungen oben Rz. 22 ff.).

41. Aus dem KVG lässt sich somit keine Kompetenz der Kantone ableiten, im Bereich der Tariffestsetzung in der Zusatzversicherung tätig zu werden. Vielmehr deutet die ausführliche Regelung der Materie im KVG darauf hin, dass im Bereich der Zusatzversicherung ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers vorliegt: es

wäre aus gesetzgeberischer Sicht ein Leichtes gewesen, die Zusatzversicherungen denselben Regelungen zu unterwerfen, welche für die Grundversicherung gelten. Der Ausschluss der Zusatzversicherungen aus dem Geltungsbereich des KVG ist gemäss der Botschaft damit zu erklären, dass der Gesetzgeber in diesem Bereich freien Wettbewerb wollte. Im Bereich der Zusatzversicherung soll der Staat bei der Tariffestsetzung nicht intervenieren. Bereits aufgrund der Analyse des KVG und der dazugehörigen Materialien lässt sich die Auffassung vertreten, dass kantonale Bestimmungen, welche die freie Tarifbildung im Bereich der Zusatzversicherung einschränken, gegen das Bundesrecht verstossen. Raum für kantonales Recht bleibt nur noch insofern, als den Kantonen auf dem Gebiet der Privatversicherungen entsprechende Kompetenzen übertragen würden. Nachfolgend soll deshalb überprüft werden, ob sich die Kantone allenfalls auf eine Kompetenz im Bereich der Privatversicherung berufen können.

## II. Privatversicherung

42. Gemäss Artikel 98 Absatz 3 BV erlässt der Bund Vorschriften über das Privatversicherungswesen. Wie bei der Krankenversicherung handelt es sich um eine konkurrierende Kompetenz, bei welcher kantonales Recht soweit möglich bleibt, als der Bund nicht abschliessend legiferiert hat (vgl. oben Rz. 35).

43. Das VVG wurde am 2. April 1908 als das weltweit erste versicherungsvertragliche Spezialgesetz erlassen. Das VVG baut auf liberalem Gedankengut auf: es gilt der *Grundsatz der Vertragsfreiheit* und der Gesetzgeber achtete darauf, diese nicht mehr als nötig einzuschränken (GERHARD STOESEL, in: HEINRICH HONSELL/NEDIM PETER VOGT/ANTON K. SCHNYDER, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag [VVG], 2001 [nachfolgend VVG-Komm.], Allgemeine Einleitung N 36 f.; ROLF NEBEL, in: VVG-Komm., Art. 100 N 10). Im Versicherungsvertragsrecht ist der Versicherer daher grundsätzlich frei, ob und mit wem er einen Vertrag abschliessen will. Er darf Risiken selektionieren und unerwünschte Risiken ablehnen. Grosse Freiheit besteht auch bezüglich Inhalt des Vertrages (STOESEL, a.a.O., Allgemeine Einleitung N 34). Dennoch ist das VVG inhaltlich beschränkt durch zahlreiche zwingende und halbzwingende Bestimmungen (STOESEL, a.a.O., Allgemeine Einleitung N 35), welche namentlich dem Schutz des Versicherten dienen (ANTON K. SCHNYDER/PASCAL GROLIMUND, in: VVG-Komm., Art. 99 N 1). Artikel 97 Absatz 1 VVG nennt die absolut, Artikel 98 Absatz 1 VVG die relativ zwingenden Vorschriften des Versicherungsvertragsrechts. Diese Bestimmungen regeln das Vertragsverhältnis zwischen Versicherern und Versicherungsnehmern. Das VVG enthält jedoch keine Normen, welche die Vertragsfreiheit in der Beziehung zwischen Versicherern und Dritten einschränken würden. Das VVG enthält auch keine Bestimmungen, welche den Kantonen die Kompetenz für ergänzende Regulierungen im Bereich des Versicherungsvertrages übertragen würden.

44. Neben dem VVG ist für das Privatversicherungsrecht insbesondere das Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 betreffend die Aufsicht über Versicherungs-

unternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG; SR 961.01) zu beachten. Gemäss Artikel 4 Absatz 2 Buchstabe r VAG sind der Aufsichtsbehörde die Tarife und Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Bereich der Zusatzversicherungen zur Genehmigung vorzulegen. Die Tarife sind gemäss Artikel 38 VAG darauf zu prüfen "ob sich die vorgesehenen Prämien in einem Rahmen halten, der einerseits die Solvenz der einzelnen Versicherungseinrichtungen und andererseits den Schutz der Versicherten vor Missbrauch gewährleistet." Zu beachten ist, dass diese Vorschrift die *Prämientarife* der Versicherer gegenüber den Versicherten betrifft und nicht das Verhältnis zwischen Versicherern und Leistungserbringern. Zuständig für diese Kontrolle ist zudem eine Bundesbehörde (derzeit das Bundesamt für Privatversicherungen [BPV], dessen Integration in die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht [FINMA] vorgesehen ist).

45. Artikel 88 Absatz 1 VAG hält klar fest, dass das VAG durch den Bundesrat vollzogen wird. Gemäss Artikel 88 Absatz 3 VAG bleibt den Kantonen vorbehalten, gewisse Vorschriften im Bereich der Feuerversicherung zu erlassen. Daraus ergibt sich, dass den Kantonen keine Kompetenzen im Bereich der Versicherungsaufsicht zukommen, namentlich auch nicht im Bereich der Zusatzversicherungen. In diesem Sinne hält etwa auch die Botschaft zum VAG fest, die Versicherungsaufsicht sei Sache des Bundes, die Änderungen des VAG würden das Privatrecht betreffen und erforderten insofern kein staatliches Handeln. Die Revision des VAG habe deshalb keine Auswirkungen für Kantone und Gemeinden (Botschaft zu einem Gesetz betreffend die Aufsicht über die Versicherungseinrichtungen [Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG] und zur Änderung des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag vom 9.5.2003, BBI 2003 3789 ff., S. 3863). Unterstrichen wird diese Tatsache dadurch, dass die Botschaft ausführlich die Rechtssetzungs- und Vollzugsdelegationen an den Bundesrat und an die Aufsichtsbehörde kommentiert, jedoch keine Delegationen an die Kantone erwähnt (Botschaft VAG, a.a.O., S. 3868 ff.).

46. Die obigen Ausführungen führen zum Ergebnis, dass auf dem Gebiet des Privatversicherungswesens die Kantone über keine Rechtssetzungs- oder Vollzugskompetenzen verfügen (abgesehen vom Bereich der Feuerversicherung). Das Privatversicherungswesen wird abschliessend auf Bundesebene geregelt. Dem Kanton verbleibt kein Spielraum, eigene Vorschriften zu erlassen.

### III. Zwischenfazit

47. Der Bund hat seine verfassungsmässigen Kompetenzen in den Bereichen der Kranken- und der Privatversicherung wahrgenommen und abschliessend geregelt. In diesen Bereichen ist kantonales Recht nur noch dann möglich, wenn in der Bundesgesetzgebung eine Delegation an die Kantone erfolgt oder bewusst auf eine Regelung verzichtet wurde. Hat der Bundesgesetzgeber hingegen eine Frage geregelt und seine Kompetenz ausgeschöpft, so bestehen keine kantonalen Kompetenzen mehr in diesem Bereich. Dies ist der Fall für die Zusatzversicherung. Der Bund hat im KVG

klar entschieden, dass er diesen Bereich den gleichen Regelungen unterstellen will, wie alle anderen Versicherungsverträge. Er hat seine Gesetzgebungskompetenz wahrgenommen und vorgesehen, dass auf dem Gebiet der Zusatzversicherungen Vertragsfreiheit herrschen soll. Aus der Gesetzgebung im Bereich der Privatversicherung (VVG und VAG) wird deutlich, dass die Kantone im Privatversicherungswesen (mit Ausnahme der Feuerversicherung) über keine Kompetenzen verfügen. Kantonale Vorschriften im Bereich der Zusatzversicherungen lassen sich somit nicht auf das KVG oder VVG/VAG stützen. Nachfolgend soll nun geprüft werden, ob der Kanton allfällige Vorschriften auf andere verfassungsrechtliche Grundlagen abstützen kann. Dabei gilt es jedoch zu beachten, dass die Regelung in VVG und KVG eben auch eine inhaltliche Komponente hat. Der Bundesgesetzgeber hat sich dafür entschieden, dass bei der Tarifbildung zwischen Versicherern und Leistungserbringern im Zusatzversicherungsbereich - im Gegensatz zur Grundversicherung - das Privatrecht Anwendung findet.

### IV. Gesundheitsversorgung

48. In der Bundesverfassung nicht geregelt ist die Zuständigkeit für die Versorgungssicherheit, namentlich im Bereich der Gesundheit. Aufgrund von Artikel 3 BV und Artikel 43 BV sind deshalb die Kantone für die Gesundheitsversorgung zuständig (vgl. etwa die Ausführungen zur Genehmigung entsprechender Bestimmungen in der Botschaft über die Gewährleistung der geänderten Verfassungen der Kantone GL, SO, BL, SH, GR, VS und JU vom 13.4.2005, BBI 2005 2891 ff., S. 2906). Die Kantone sind somit befugt, zur Gewährleistung der Gesundheitsversorgung selber Krankenhäuser zu betreiben (öffentliche Spitäler) oder zu subventionieren (öffentlich subventionierte Spitäler). Die Organisation dieser Spitäler wird durch das kantonale Recht bestimmt.

49. Gemäss Artikel 39 Absatz 1 Buchstaben d und e KVG sind die Kantone auch für die Spitalplanung und die Führung der Spitalliste zuständig.

50. Es stellt sich nun die Frage, ob die Kantone nicht aufgrund ihrer Kompetenzen im Bereich der Spitalplanung und -organisation Tarife im Bereich der Zusatzversicherung festlegen können, welche als vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG zu beachten sind.

#### a. Spitalplanung

51. Mit der Aufnahme in die Spitalliste legt der Kanton fest, welche Spitäler berechtigt sind, ihre Leistungen zulasten der Krankenversicherung abzurechnen (Art. 35 Abs. 1 i.V.m. Art. 39 Abs. 1 Bst. e KVG). Dies gilt auch für Privatspitäler. Der Sinn dieser Regelung liegt darin, die Zahl der für Leistungen zulasten der sozialen Krankenversicherung zugelassenen Betten zu begrenzen, um Überkapazitäten zu vermeiden und den Kostenanstieg einzudämmen (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 28.12.2005 [K 71/05] E. 2.4 m.w.H.). Das Bundesgericht hat ausgeführt, dass der Bereich der Zusatzversicherung nicht zur sozialen Krankenversicherung gehört und an sich nicht der Spitalplanung, sondern dem Privatrecht und der Wirtschaftsfreiheit

untersteht. "Indessen haben auch Zusatzversicherte bei Spitalbehandlung einen Anspruch auf einen Sockelbeitrag aus der Grundversicherung; das heisst, dass die soziale Krankenversicherung denjenigen Betrag bezahlen muss, den sie leisten müsste, wenn sich der Versicherte in der allgemeinen Abteilung behandeln liesse (BGE 123 V Erw. 6b/dd; RKUV 2004 Nr. KV 281 S. 211 Erw. 4.1). Deshalb muss sich die Spitalplanung insoweit auch auf Spitäler und Betten beziehen, in denen Zusatzversicherte untergebracht werden: ansonsten könnten, ohne Begrenzung durch die Spitalplanung, Zusatzversicherte aufgenommen werden, bei denen der Sockelbetrag durch die Grundversicherung bezahlt werden müsste. Der mit der Spitalplanung ebenfalls angestrebte Zweck - nämlich die Kosteneindämmung in der sozialen Krankenversicherung durch Begrenzung des Angebots - könnte damit vereitelt werden. Die Planungskompetenz besteht deshalb nicht in Bezug auf Privatspitäler und Zusatzversicherungen als solche, wohl aber in Bezug auf die dadurch ausgelösten Leistungen der Grundversicherung" (Urteil des Bundesgerichts vom 28.12.2005 [K 71/05] E. 2.4.2).

52. Die Ausführungen des Bundesgerichts machen deutlich, dass die Kantone im Rahmen der Spitalplanung auch in den Bereich der Zusatzversicherungen eingreifen können. Allerdings geht aus den Ausführungen (vgl. insbesondere der letzte Satz des Zitats) hervor, dass diese Kompetenz aus den - gemäss wissenschaftlichen Studien zumindest fraglichen (vgl. CHRISTIAN RÜEFLI/CÉLINE ANDEREGGEN/YANN BOGGIO, Wirkungsanalyse der kantonalen Spitalplanung, Forschungsprogramm KVG II, 2005, <http://www.bag.admin.ch/themen/krankenversicherung/01156/01159/index.html?lang=de>) - finanziellen Folgen der Spitalplanung für die Grundversicherung abgeleitet wird. Im vorliegenden Zusammenhang gilt es deshalb Folgendes festzustellen: erstens beschlägt die Kompetenz zur Spitalplanung bereits sachlich nicht den Bereich des Tarifwesens und zweitens, beschränkt sich diese Kompetenz im Bereich der Zusatzversicherung darauf, Kostenfolgen für die Grundversicherung zu vermeiden. Die Kompetenz zur Spitalplanung umfasst daher keine Befugnis, in die Festsetzung der Tarife im Bereich der Zusatzversicherung einzugreifen.

53. In diesem Sinne ist auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu interpretieren, welche festhält: "Das Spitalwesen ist als Ganzes der Wirtschaftsfreiheit weit gehend entzogen, indem die Spitäler zu einem erheblichen Teil staatlich finanziert sind (Art. 49 Abs. 1 KVG) " (Entscheid des Bundesgerichts vom 28.12.2005 [K 71/05] E. 2.5.3; vgl. auch RPW 2003/4, S. 953, E. 5.4.9.). Das Spitalwesen ist der Wirtschaftsfreiheit zwar "weit gehend" aber nicht vollständig entzogen. Das Bundesgericht zitiert dabei Artikel 49 Absatz 1 KVG, welcher die obligatorische Kranken- und nicht die Zusatzversicherung regelt. Die zahlreichen Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit im Spitalwesen betreffen gerade nicht den Bereich der Festsetzung der Tarife in der Zusatzversicherung.

## b. Spitalorganisation

54. Den Spitalern, die Mittel vom Kanton erhalten, ist gemeinsam, dass sie einen auf Gesetzebene formulierten Auftrag erfüllen müssen. Dieser kann beispielsweise die Aufnahmepflicht für Kantonsbewohner, die Führung einer Notfallstation oder etwa bei Universitätsspitalern die Sicherstellung von Lehre und Forschung beinhalten (vgl. NILS UNDRITZ, Krankenhaus, in: GERHARD KOCHER/WILLY OGGIER [Hrsg.], Gesundheitswesen Schweiz 2004-2006, 2004, S. 131).

55. Neben der Festlegung des Leistungsauftrages kommt dem Kanton auch die Kompetenz zu, das Spitalwesen zu organisieren. Namentlich ist es an ihm zu entscheiden, ob er selber Spitäler betreiben will, ob er Kompetenzen in der Spitalversorgung an die Gemeinden abtreten will (und diese eventuell Spitäler betreiben) oder etwa welche Spitäler subventioniert werden sollen. Er kann die öffentlichen Spitäler mit oder ohne eigene Rechtspersönlichkeit versehen und ihnen mehr oder weniger Kompetenzen im Bereich der betrieblichen und medizinischen Organisation übertragen (vgl. UNDRITZ, a.a.O., S. 131 ff., welcher festhält, dass die Entwicklung in Richtung der Stärkung der Selbstständigkeit und unternehmerischen Freiheit der Spitäler geht).

56. Die Kompetenz zur Spitalorganisation beschlägt allerdings nicht das Tarifwesen im Bereich der Zusatzversicherungen. Der Kanton kann nicht unter Berufung auf seine Kompetenz zur Spitalorganisation allgemein gültige Normen erlassen, welche eine kantonale Tariffestsetzung im Bereich der Zusatzversicherung vorsehen oder welche Kollektivverhandlungen zulassen. Solche Normen würden wie bereits erwähnt, dem Bundesrecht widersprechen (vgl. oben Rz. 47).

57. Eine andere Frage ist, ob und in welchem Ausmass der Kanton in seiner Eigenschaft als Träger eines Spitals die Tariffestsetzung seines eigenen Spitals beeinflussen darf. Auf diese Frage wird später in den Randziffer B.3.2.2.41 ff. eingegangen. Kartellrechtlich handelt es sich dabei nicht mehr um die Frage, ob der Staat eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen und damit vorbehaltene Vorschriften schaffen wollte, sondern darum, wie er sich als staatlicher Anbieter in der Privatwirtschaft zu verhalten hat.

## V. Fazit zur Frage der derogatorischen Kraft des Bundesrechts

58. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass kantonale Vorschriften, welche in die freie Tarifbildung zwischen Versicherern und Leistungserbringern im Bereich der Zusatzversicherungen intervenieren, weder auf einer Grundlage im KVG noch im VVG basieren. Sie widersprechen zudem inhaltlich dem Bundesrecht. Dieses hat die Zusatzversicherungen ausdrücklich nicht dem Tarifschutz, sondern dem freien Wettbewerb und der Vertragsfreiheit unterstellen wollen. Damit sind kantonale Vorschriften, welche im Bereich der Tarifbildung in der Zusatzversicherung eine staatliche Markt- oder Preisordnung beabsichtigen, aufgrund der derogatorischen Kraft des Bundesrechts nichtig und von den Wettbewerbsbehörden nicht als vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Arti-

kel 3 Absatz 1 Buchstabe a KG zu beachten. Noch zu prüfen bleibt die Frage, welche Bedeutung allfälligen Vorschriften zukommt, die der Kanton in seiner Eigenschaft als Träger und Betreiber von Spitälern erlässt. Vor dieser Prüfung wird jedoch nachfolgend zunächst dargestellt, in welchem Mass die verfassungsmässige Wirtschaftsfreiheit den Handlungsspielraum des Kantons einschränkt. Die Wirtschaftsfreiheit ist für den Kanton namentlich auch in seiner Eigenschaft als Träger eines Spitals beachtlich.

### **B.3.2.2.3 Wirtschaftsfreiheit**

#### **I. Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit**

59. Die Wirtschaftsfreiheit wird in Artikel 27 BV gewährleistet. "In der Wirtschaftsfreiheit liegt die 'verfassungsrechtliche Grundentscheidung' für eine marktwirtschaftlich organisierte Wirtschaft beziehungsweise eine Wirtschaftsordnung des freien Wettbewerbs, die grundsätzlich jede Lenkung der Wirtschaft durch den Staat ausschliesst" (JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., 1999, S. 637 f.).

60. Gemäss Artikel 94 Absatz 1 BV haben sich Bund und Kantone an die Wirtschaftsfreiheit zu halten. Gemäss Artikel 94 Absatz 4 BV sind Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, insbesondere auch Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten, nur zulässig, wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet sind. Die Voraussetzungen für die Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit sind höher als diejenigen bei der Einschränkung anderer Grundrechte. Während ansonsten eine Einschränkung auf einer gesetzlichen Grundlage basieren muss (Art. 36 BV), setzt eine grundsatzwidrige Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit eine Grundlage in der Verfassung voraus (vgl. MÜLLER, a.a.O., S. 657). Als grundsatzwidrig gelten staatliche Massnahmen, die eine Lenkung der Wirtschaft zum Ziel haben, welche mit anderen Worten den Marktmechanismus von Angebot und Nachfrage ausser Kraft setzen wollen (vgl. MÜLLER, a.a.O., S. 656).

61. Vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit sind die historischen kantonalen Regalrechte (z.B. das Jagdregal oder das Salzmonopol) ausgenommen. Neue kantonale Monopole sind dann möglich, wenn hinreichende Gründe des öffentlichen Wohls dies rechtfertigen und sie auf das Notwendige beschränkt bleiben (z.B. das Monopol für die Gebäudeversicherung). Im Bereich des Spitalwesens ist kein Raum für ein kantonales Monopol. Dies ergibt sich bereits daraus, dass im Bereich der Grundversicherung private Trägerschaften zulässig und gemäss Artikel 39 Absatz 1 Buchstabe d KVG in die Spitalplanung angemessen einzubeziehen sind. Zu beachten ist, dass die Wirtschaftsfreiheit gemäss der Praxis des Bundesgerichts selbst im Monopolbereich zu beachten ist. So wurden beispielsweise Hausinstallationsmonopole der Gemeinden nicht mehr zugelassen, sondern die Gemeinden wurden verpflichtet, ihre Anliegen durch mildere Eingriffe (Auflagen an private Installateure) sicherzustellen (vgl. MÜLLER, a.a.O., S. 668 m.w.H.). Mit anderen Worten hat der Staat bei Eingriffen in die Wirtschaftsfrei-

heit (wie bei allen Eingriffen in die Freiheitsrechte) das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten und den mildesten Eingriff zu wählen.

62. Sofern keine kantonalen Regalrechte in Frage stehen, sind die Kantone durchweg an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit gebunden. Es ist ihnen untersagt, den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit zu beeinträchtigen und wirtschaftspolitische Massnahmen zu treffen (KLAUS A. VALLENDER, in: BV-Komm., Art. 27 N 42 und Art. 94 N 7; MÜLLER, a.a.O., S. 658 f.). Als grundsatzwidrige Massnahmen gelten insbesondere Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten (VALLENDER, a.a.O., Art. 27 N 38; MÜLLER, a.a.O., S. 663). Grundsatzkonforme Eingriffe liegen bei Eingriffen vor, welche sozialpolitischen Zielen, wie etwa dem Schutz der Gesundheit, dienen. "Grundrechtskonforme Eingriffe sind insbesondere solche, welche mit dem *ordnungspolitischen Grundentscheid* der BV für eine wettbewerbsgesteuerte Privatwirtschaft [...] im Einklang stehen [...]. Demgegenüber wollen grundsatzwidrige Massnahmen den Marktmechanismus korrigieren oder ausser Kraft setzen" (VALLENDER, a.a.O., Art. 27 N 35). Grundsatzkonforme Eingriffe dienen hingegen der Erreichung der anvisierten Ziele bei minimaler Reduktion der Effizienzreize der Regulierten. Solche Eingriffe sind anreizkompatibel. Anreizkompatibilität verlangt, dass der individuelle Entscheidungs- und Handlungsspielraum nicht direkt eingeschränkt wird, sondern die Entscheidungssouveränität der Marktteilnehmer soweit möglich erhalten bleibt, das heisst letztlich, dass sich die Preise auch mit der Regulierung durch Angebot und Nachfrage - wenn auch beeinflusst - noch frei bilden können und somit die Signalwirkung der Preise nicht ausgeschaltet wird.

63. Staatliche Preisordnungen können den Wettbewerb in einem bestimmten Wirtschaftsbereich praktisch vollständig ausschliessen (vgl. SCHMIDHAUSER, a.a.O., Art. 3 N 8) und sind oftmals nicht anreizkompatibel. In solchen Fällen sind sie als grundsatzwidrige Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit zu qualifizieren. Im Bereich der KVG-Tarife liegen eine solche staatliche Preisordnung und ein grundsatzwidriger Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit vor. Dieser Eingriff wird allerdings auf Stufe des Bundes vorgenommen und lässt sich auf den Verfassungsvorbehalt in Artikel 117 BV abstützen. Im Bereich der Zusatzversicherungen soll hingegen in der Beziehung zwischen Leistungserbringern und Versicherern freier Wettbewerb herrschen (vgl. oben Rz. 26 f.). Bestimmungen, welche diesen freien Wettbewerb einschränken, wie beispielsweise die hoheitliche Festsetzung von Preisen und Tarifen in der Zusatzversicherung, sind als grundsatzwidrig zu qualifizieren und können demzufolge nicht auf kantonaler Stufe eingeführt werden. Der Kanton muss in diesem Bereich die Wirtschaftsfreiheit beachten.

64. Selbst wenn man davon ausgehen würde, kantonale Eingriffe in die Preisbildung im Bereich der Zusatzversicherung seien grundsatzkonform, müssten derartige Eingriffe nicht nur auf einer gesetzlichen Grundlage basieren, sondern auch ein überwiegendes öffentliches Interesse verfolgen sowie verhältnismäs-

sig sein (Art. 36 BV). Als öffentliches Interesse nicht in Frage kommen jedoch wirtschaftspolitische Massnahmen, die den freien Wettbewerb behindern. Unzulässig sind zudem Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit aus fiskalischen Interessen (vgl. MÜLLER, S. 663 ff.). Ein zulässiges, beispielsweise polizeilich oder sozialpolitisch motiviertes, öffentliches Interesse ist für einen Eingriff in die Tarifbildung im Bereich der Zusatzversicherung nicht ersichtlich. Würde das Vorhandensein eines zulässigen öffentlichen Interesses angenommen, so müsste der Eingriff (spätestens) am Kriterium der Verhältnismässigkeit scheitern. Zur Festlegung der Tarife zwischen Leistungserbringern und Versicherern im Bereich der Zusatzversicherung ist eine kantonale Intervention nicht erforderlich und auch nicht verhältnismässig im engeren Sinne, da die Vertragsparteien in diesem Bereich durchaus in der Lage sind, die Tarife autonom zu vereinbaren. Schliesslich müssten selbst zulässige Eingriffe den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität respektieren (ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, Volume II, 2<sup>ème</sup> éd., 2006, N 976).

## II. Wettbewerbsneutralität

65. Aus der Wirtschaftsfreiheit wird auch der Grundsatz der Wettbewerbsneutralität staatlicher Massnahmen abgeleitet. Daraus folgt zunächst, dass sich Bund und Kantone grundsätzlich hinsichtlich wirtschaftlicher Betätigung zurückzuhalten haben. "Wo sie sich in Konkurrenz zu den Privaten betätigen, hat sich die wirtschaftliche Tätigkeit grundsätzlich nach den gleichen Spielregeln zu richten, denen die Privaten unterliegen" (VALLENDER, a.a.O., Art. 94 N 6, im gleichen Sinne schon WALTER A. STOFFEL, *Wettbewerbsrecht und staatliche Wirtschaftstätigkeit*, Freiburg 1994, S. 263 f.).

66. Der Anspruch auf Gleichbehandlung von öffentlichen und privaten Betrieben besteht gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dann, "wenn der Gesetzgeber eine staatliche Tätigkeit den gleichen Regeln unterstellt wie private Betriebe; die staatlichen Unternehmen treten dann zu diesen in Konkurrenz (so z.B. die Post im Bereich der über die Universaldienste hinausgehenden Leistungen [Art. 9 des Postgesetzes vom 30.4.1997, PG; SR 783.0] oder die erweiterten Dienstleistungen des Bundesamtes für Meteorologie [Art. 4 des Bundesgesetzes vom 18.6.1999 über die Meteorologie und Klimatologie, MetG, SR 429.1]" (Urteil des Bundesgerichts vom 23.9.2004 [2P.67/2004] E. 1.5). Die aufgeführten Beispiele der Post und des Bundesamtes für Meteorologie sind aufschlussreich für die vorliegende Problemstellung. In beiden Fällen liegt einerseits ein regulierter Markt vor und werden andererseits auf dem Grundangebot basierende zusätzliche Dienstleistungen angeboten. Es liegt eine analoge Situation zur Krankenversicherung vor, bei der die Grundversicherung ("das Grundangebot") staatlich reguliert ist und die Zusatzversicherung ("die darüber hinausgehenden Leistungen") dem Grundsatz des freien Marktes unterliegt. Abgesehen von den Eingriffen, die der Kanton im Rahmen der Spitalplanung auch im Bereich der Zusatzversicherung vornehmen kann (vgl. oben Rz. 51 f.), hat sich der

Kanton im Bereich der Zusatzversicherung wettbewerbsneutral zu verhalten. Dazu gehört auch, dass sein Verhalten den gleichen Anforderungen genügen muss, welche auch die Privaten zu beachten haben. So hat er sich in diesem Bereich kartellrechtskonform zu verhalten. Er darf sich in diesem Bereich nicht durch den Erlass von Vorschriften der kartellrechtlichen Kontrolle entziehen können. Dies würde einen ungerechtfertigten Vorteil gegenüber seinen Konkurrenten darstellen und die Wettbewerbsneutralität verletzen.

## III. Fazit zur Frage der Wirtschaftsfreiheit

67. Kantonale Vorschriften, welche die freie Preisbildung zwischen Leistungserbringern und Versicherern im Bereich der Zusatzversicherung beeinträchtigen, namentlich kantonale Tarife im Bereich der Zusatzversicherung oder Bestimmungen, welche Kollektivverträge erlauben, stellen grundsatzwidrige Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit dar. Derartige Normen sind deshalb nicht als vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG zu beachten. Zum gleichen Ergebnis führen die Überlegungen zur Wettbewerbsneutralität. Es erscheint unzulässig, dass sich der Kanton in einem Bereich, in welchem er wirtschaftlich tätig ist, selber von der Beachtung des Kartellgesetzes befreit. Eine solche Befreiung würde den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität verletzen.

68. In einer der Stellungnahmen wird das obige Fazit angezweifelt, weil ansonsten gewisse "übliche Verhaltensweisen" kantonaler Spitäler gemäss Artikel 7 KG unzulässig sein könnten (z.B. die Erzwingung unangemessener Preise oder Koppelungsgeschäfte). Gerade solche Praktiken müssen jedoch der kartellrechtlichen Überprüfung unterstehen, unabhängig davon, ob es sich um ein privatrechtliches Unternehmen oder um ein unternehmerisch tätiges öffentlich-rechtliches Unternehmen handelt. Eine allfällige Rechtfertigung solcher Praktiken kann nicht durch eine kantonale Vorschrift erfolgen, sondern kommt allenfalls im Rahmen der materiellen Überprüfung des Verhaltens in Frage (unter dem Titel der Effizienzgründe bzw. der legitimate business reasons). Unerheblich für die Klärung des Bestandes und der Tragweite von vorbehaltenen Vorschriften ist etwa auch die Frage der (angeblich geringen) wirtschaftlichen Bedeutung des Bereiches der Zusatzversicherung in öffentlichen Spitälern im Vergleich zur Grundversicherung oder diejenige von Quersubventionierungen zwischen Grund- und Zusatzversicherung (in RPW 2003/4, S. 884 f., wird die Frage der Quersubventionierungen unter dem Titel der Effizienzgründe geprüft).

### B.3.2.2.4 Der Kanton als Träger von Spitälern

#### I. Allgemeines

69. Die öffentlichen Spitäler führen neben allgemeinen Abteilungen auch halbprivate und private Abteilungen. Zudem bieten sie im Verhältnis zur Grundversicherung Mehrleistungen an, welche nur durch die Zusatzversicherung übernommen werden (vgl. GEBHARD EUGSTER, *Die Unterscheidung zwischen grund- und zusatzversicherten Leistungen im Spitalbereich:*

Welche juristischen Kriterien sind massgeblich?, in: Jusletter vom 16.5.2005).

70. Es gilt nun die zuvor (Rz. 57) aufgeworfene Frage zu klären, ob und in welchem Ausmass der Kanton in seiner Eigenschaft als Träger eines Spitals die Tariffestsetzung seines eigenen Spitals im Bereich der Zusatzversicherung beeinflussen darf.

71. Zunächst ist festzuhalten, dass dem Kanton als Betreiber eines Spitals grundsätzlich nicht nur die Kompetenz zukommt, die medizinische und betriebliche Organisation des Spitals festzulegen, sondern auch die finanziellen Angelegenheiten zu regeln. Ist er Träger eines Spitals, kann ihm grundsätzlich nicht verwehrt werden, auf die Preisgestaltung auch im Zusatzversicherungsbereich Einfluss zu nehmen.

72. Dabei gilt es jedoch zu beachten, dass der Kanton in diesem Bereich nicht hoheitlich, sondern unternehmerisch tätig ist. Wie aus den oben gemachten Erwägungen hervorgeht, kommen von ihm erlassenen Tarifordnungen in diesem Bereich nicht die Qualität von vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG zu. Die Handlungen des Kantons als Träger eines öffentlichen Spitals bei der Gestaltung seiner Beziehungen zu den Versicherern unterliegen der kartellrechtlichen Kontrolle. Begibt sich der Staat auf die Ebene der Privatwirtschaft, hat er die dort geltenden Spielregeln zu beachten, um das System nicht unnötig zu beeinträchtigen. Die Geltung des Wettbewerbsrechts für staatliche Wirtschaftstätigkeit stellt demnach keine grosszügige Interpretation des Kartellartikels (Art. 96 Abs. 1 BV) dar, sodass sich über den genauen Umfang der Bindung allenfalls noch diskutieren liesse (VOGEL, a.a.O., S. 124 f.).

73. Ergänzend dazu gilt es festzuhalten, dass sich aufgrund des Grundsatzes der Wettbewerbsneutralität einige Postulate für die Einflussnahme des Kantons ergeben. So bieten privatrechtliche Beziehungen im Normalfall am ehesten Gewähr für Wettbewerbsneutralität. Soweit wirksamer Wettbewerb beziehungsweise der Staat nicht ausdrücklich vom Prinzip Markt abweichen will, verfügen weder er noch seine Geschäftspartner über ein schützenswertes Interesse, das Rechtsverhältnis zwischen ihnen dem öffentlichen Recht zu unterstellen (VOGEL, a.a.O., S. 213). Die Beziehungen zwischen Leistungserbringern und Versicherern im Bereich der Zusatzversicherung sollten deshalb mittels privatrechtlicher Verträge geregelt werden.

74. Zudem ist zu beachten, dass der Kanton zwar aufgrund des Legalitätsprinzips für einen Rahmen der staatlichen Wirtschaftstätigkeit besorgt sein muss, dass aber **die Feinsteuerung dem Markt zu überlassen ist**. Namentlich in diesem Bereich ist dem öffentlichen Unternehmen Selbstständigkeit einzuräumen (VOGEL, a.a.O., S. 148 f.). Auf den Bereich der Zusatzversicherung übertragen bedeutet dies, dass der Kanton dem öffentlichen Spital die Kompetenz übertragen **sollte**, im Bereich der Zusatzversicherung autonom mit den Versicherern Verträge zu schliessen. Es stellt sich nun die Frage, ob der Kanton diese Kompetenz nicht sogar übertragen **muss**. Eine solche Pflicht lässt sich nach

der hier vertretenen Auffassung aus dem Gebot der Wettbewerbsneutralität nicht ableiten. Der Staat soll als Betreiber eines Spitals auch nicht schlechter gestellt werden als ein Privater. Dieser ist in seiner internen Organisation ebenfalls frei.

## II. Der Kanton als Träger mehrerer Spitäler

75. Der Kanton kann grundsätzlich auch frei darüber entscheiden, wie viele Spitäler er betreiben will. Er kann beispielsweise nur ein einziges kantonales Spital vorsehen. Er kann auch frei darüber entscheiden, wie viel Selbstständigkeit er den Spitälern gewähren will. Der Umfang der durch den Kanton gewährten Selbstständigkeit betrifft den in Artikel 2 KG festgelegten persönlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes.

76. Gemäss Artikel 2 KG sind Unternehmen des öffentlichen und privaten Rechts vom Geltungsbereich des Kartellgesetzes erfasst. Seit dem 1. April 2004 hält der neue Artikel 2 Absatz 1<sup>bis</sup> KG weiter fest, dass als Unternehmen sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern oder Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform, gelten. Das Vorliegen einer eigenen Rechtspersönlichkeit bildet somit keine Voraussetzung für die Geltung des Kartellgesetzes. Das Kartellgesetz geht vielmehr von einem funktionalen Unternehmensbegriff aus: nicht die rechtliche, sondern die wirtschaftliche Organisation ist massgebend für die Festlegung, welche Einheit kartellrechtlich als Unternehmen gilt. Dies führt dazu, dass nicht jede juristische Person als Unternehmen im Sinne von Artikel 2 KG zu qualifizieren ist. Ein Unternehmen muss wirtschaftlich selbstständig sein. Abhängige Unternehmen in einem Konzern sind zwar rechtlich, nicht aber wirtschaftlich selbstständig, da das herrschende Unternehmen innerhalb des Konzerns eine einheitliche wirtschaftliche Leitung durchsetzt (ROLAND VON BÜREN, Der Konzern, Rechtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Phänomens, Schweizerisches Privatrecht VIII/6, 2. Aufl., 2005, S. 470).

77. Ausschlaggebend für die Frage, ob die Spitäler kartellrechtlich als einzelne Unternehmen oder als eine Gesamtheit (Konzern) zu betrachten sind, ist somit die Frage der **wirtschaftlichen Kontrolle**. Solange der Kanton die Spitäler effektiv kontrollieren kann und von dieser Kontrollmöglichkeit auch Gebrauch macht, sind die Spitäler nicht als eigenständige, sondern als abhängige Unternehmen zu qualifizieren (vgl. VON BÜREN, a.a.O., S. 470, Fn. 8; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., 2005, Rz. 256). Sofern innerhalb der Konzernstruktur nicht verschiedene wirtschaftliche Einheiten bestehen, werden die Verhaltensweisen des Konzerns als Ganzes und nicht dasjenige einzelner Einheiten des Konzerns beurteilt. Absprachen zwischen Unternehmen, die dem gleichen Konzern angehören, gelten grundsätzlich nicht als Wettbewerbsabsprachen (Konzernprivileg). Hingegen wird dann der Konzern bei der Qualifikation der Marktstellung für die Verhaltenskontrolle marktbeherrschender Unternehmen als Gesamtheit erfasst (BORER, a.a.O., Art. 2 N 11; VON BÜREN, a.a.O. 470 ff.; ZÄCH, a.a.O., Rz. 256).

78. Kantonale Spitäler können nur dann als wirtschaftlich selbstständige Unternehmen betrachtet werden, wenn keine Bestimmungen vorliegen, welche den wirtschaftlichen Handlungsspielraum des Unternehmens einschränken, beispielsweise bei der Festlegung der Tarife im Bereich der Zusatzversicherung. Sobald der Kanton hingegen derartige Vorschriften erlässt, liegt ein Konzernsachverhalt vor. Gleich wie bei einem privaten Konzern gilt dann, dass das Kartellgesetz auf diese konzerninternen Sachverhalte nicht anwendbar ist. Beschränkt oder beseitigt der Kanton durch kantonale Vorschriften den Wettbewerb zwischen den von ihm betriebenen Spitälern, so ist dies ebenso zulässig, wie wenn ein privater Konzern den konzerninternen Wettbewerb einschränkt oder ausschliesst. "Wo [aber gar] kein Wettbewerb besteht, kann auch kein Wettbewerb durch Abreden eingeschränkt oder beseitigt werden" (VON BÜREN, a.a.O., 471). Die Frage des Ausschlusses aus dem Anwendungsbereich des Kartellgesetzes aufgrund von vorbehaltenen Vorschriften gemäss Artikel 3 KG stellt sich in diesen Fällen gar nicht mehr, da sich der Sachverhalt schon gar nicht mehr im Geltungsbereich des Kartellgesetzes befindet. Bereits aufgrund von Artikel 2 KG ergibt sich, dass das Kartellgesetz im *internen* Verhältnis zwischen den Spitälern nicht anwendbar ist. Es besteht gar kein Markt mehr, welcher durch vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Artikel 3 KG beschränkt werden kann. Umgekehrt gilt es nochmals darauf aufmerksam zu machen, dass in einem solchen Fall der Konzern im *externen* Verhältnis dem Kartellgesetz unterstellt ist.

### B.3.2.3 Ergebnis

79. In der Bundesgesetzgebung sind im Bereich der Tarif- und Preisbildung zwischen Leistungserbringern und Versicherern in der Zusatzversicherung keine Vorschriften vorhanden. Die REKO/WEF hat festgestellt, dass der Bundesgesetzgeber im Bereich der Zusatzversicherung "*die Beziehungen zwischen Versicherern und Leistungserbringern nicht geregelt und damit gänzlich dem Wettbewerb überlassen hat*" (RPW 2003/4, S. 863, E.4.3.4). Aufgrund dieses Entscheides des für diese Materie zuständigen Bundesgesetzgebers verstossen abweichende kantonale Normen gegen das Bundesrecht. Sie kommen deswegen nicht als vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG in Frage. Abweichende kantonale Normen sind zudem als grundsatzwidrige und unzulässige Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit zu qualifizieren und verletzen namentlich auch den Grundsatz der Wettbewerbsneutralität staatlicher Massnahmen.

80. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass im Bereich der Zusatzversicherung die Beziehung zwischen Versicherern und Leistungserbringern der kartellrechtlichen Kontrolle unterliegt. Dies gilt namentlich auch für Verhaltensweisen von öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitälern. Je nachdem, ob diese Spitäler als wirtschaftlich selbstständige Unternehmen im Sinne von Artikel 2 KG zu qualifizieren sind, unterstehen sie entweder einzeln oder als Gesamtheit dem Kartellgesetz.

## B.3.3 Vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung im Kanton Luzern

### B.3.3.1 Vorschriften zum Spitalwesen im Kanton Luzern

81. Gemäss der Stellungnahme des Gesundheits- und Sozialdepartements des Kantons Luzern sind die kantonalen Spitäler und Kliniken Dienststellen des GSD ohne eigene Rechtspersönlichkeit. Paragraph 5 Buchstabe a der Verordnung über die Aufgaben der Departemente und der Staatskanzlei sowie die Gliederung der Departemente und Dienststellen (SRL Nr. 37) weist dem GSD den Betrieb der kantonalen Spitäler und Kliniken als Aufgabe zu. Paragraph 8 dieser Verordnung weist dem GSD unter anderem folgende Dienststellen zu: Kantonsspital Luzern, Kantonsspital Sursee-Wolhusen, Luzerner Psychiatrie und Luzerner Höhenklinik Montana.

82. Das GSD führt aus, der geltenden Organisation entsprechend sei die Kompetenz für die Tarifverhandlungen dem GSD zugeteilt. Das GSD müsse für alle kantonalen Spitäler und Kliniken die Verträge mit den Versicherern abschliessen. Das GSD stützt sich dabei auf die Verordnung über die Organisation und die Aufgaben kantonalen Spitäler (Spitalverordnung, SRL Nr. 820). Massgebend ist dabei folgende Bestimmung:

#### § 3 Aufgaben des Gesundheits- und Sozialdepartementes

Das Gesundheits- und Sozialdepartement übt die unmittelbare Aufsicht über die kantonalen Spitäler aus, soweit nicht eine andere Instanz zuständig ist. Dazu gehören insbesondere folgende Aufgaben: Es

[a.-d.]

e. verhandelt mit den Versicherern und deren Verbänden über Tarifverträge und arbeitet Entwürfe von Taxverordnungen zuhanden des Regierungsrates aus; das Departement kann die Kompetenz zur Verhandlung über Tarifverträge an die Spitäler delegieren,

[f.-i.]

83. Die Spitalverordnung stützt sich auf Paragraph 62 Absatz 1 Buchstabe a des Gesundheitsgesetzes (SRL Nr. 800) in Verbindung mit Paragraph 63 des alten Gesetzes über das Gesundheitswesen (Gesundheitsgesetz, SRL Nr. alt800), welcher vorsieht, dass die medizinische und betriebliche Organisation der kantonalen Heilanstalten im Rahmen einer regierungsrätlichen Verordnung zu regeln ist.

84. Die durch das GSD ausgehandelten Verträge werden anschliessend durch den Regierungsrat genehmigt. Die Genehmigung wird auf Paragraph 1 Absatz 2 des Gesetzes über die Organisation von Regierung und Verwaltung (Organisationsgesetz, SRL Nr. 20) abgestützt. Dieser Paragraph sieht vor, dass der Regierungsrat von den Verwaltungsaufgaben, die nicht durch die Rechtsordnung einem bestimmten Verwaltungsorgan übertragen worden sind, die wichtigsten selbst erfüllt. Ergänzend könnte auch Paragraph 2 des Gesundheitsgesetzes beigezogen werden, wonach der



Regierungsrat die oberste Gesundheitsbehörde des Kantons bildet. Das GSD vertritt die Auffassung, die Genehmigung des Regierungsrates sei konstitutiver Natur.

85. Das GSD hat in seiner Stellungnahme ausgeführt, seines Erachtens würden diese Bestimmungen einen Vorbehalt im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG begründen. Es gilt nun zu klären, ob diese Auffassung zutrifft.

### **B.3.3.2 Begründung eines Vorbehaltes gemäss Artikel 3 Absatz 1 KG**

86. Vorbehaltene Vorschriften kommen nur dann in Frage, wenn klare kantonale Bestimmungen bestehen, welche im Bereich der Zusatzversicherung entweder Kollektivverhandlungen bei der Vereinbarung von Tarifverträgen zulassen oder eine hoheitliche Festlegung von Tarifen vorsehen.

#### **B.3.3.2.1 Kein Vorbehalt für Kollektivverhandlungen**

##### **I. Mehrere Versicherer**

87. Es stellt sich zunächst die Frage, ob Paragraph 3 Buchstabe e Spitalverordnung in dem Sinne als vorbehaltene Vorschrift in Frage käme, als er Verhandlungen mit Versicherungsverbänden erwähnt. Bei der Beantwortung dieser Frage gilt es zu berücksichtigen, dass Paragraph 3 Buchstabe e Spitalverordnung nicht spezifisch auf den Bereich der Zusatzversicherung ausgerichtet ist. Diese Bestimmung ist auch im Bereich der Grundversicherung anwendbar. Dies ist insofern von Bedeutung, als die Wortwahl des Artikels derart sein muss, dass er beide Bereiche abdecken kann. Dies ist insbesondere beim Passus "verhandelt mit den Versicherern und deren Verbänden über Tarifverträge" von Relevanz. Es wurde oben dargestellt, dass das KVG Kollektivverhandlungen gesetzlich vorsieht (vgl. Rz. 26, 40). Die diesbezüglichen Bestimmungen des KVG werden im Recht des Kantons Luzern durch das Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über die Krankenversicherung (EKVG; SRL Nr. 820) aufgenommen. Paragraph 3 Absatz 2 Buchstabe e EKVG sieht vor, dass der Regierungsrat Tarifverträge zwischen Leistungserbringern oder deren Verbänden und Versicherern oder deren Verbänden genehmigt. Vor der Genehmigung müssen jedoch diese Tarifverträge ausgehandelt werden. Dafür zuständig ist - eben auf der Basis von Paragraph 3 Buchstabe e Spitalverordnung - das GSD. Aus dem Wortlaut von Paragraph 3 Buchstabe e Spitalverordnung kann aber nicht abgeleitet werden, der Kanton habe die Möglichkeit von Kollektivverhandlungen im Bereich der Zusatzversicherung einführen wollen.

88. Die grammatikalische Interpretation wird durch eine systematische Interpretation von Paragraph 3 Buchstabe e Spitalverordnung bestätigt. Die Spitalverordnung regelt die Organisation und die Aufgaben der privaten Spitäler und stützt sich auf eine entsprechende Kompetenz im Gesundheitsgesetz ("Der Regierungsrat regelt durch Verordnung die medizinische und betriebliche Organisation"). Die Spitalverordnung weist die im Bereich der kantonalen Spitäler anfallen-

den Aufgaben unterschiedlichen Stellen zu. So werden beispielsweise die Aufgaben der Spitalleitung, des Spitaldirektors oder der Chefärzte definiert. Paragraph 3 Spitalverordnung kommt vor diesem Hintergrund einzig die Bedeutung zu, die Aufgaben des GSD festzulegen. Es handelt sich um eine Kompetenznorm, welche das materiell anwendbare Recht nicht betrifft. Eine materielle kantonale Norm, welche vorsieht, dass sich bei Tarifverhandlungen im Bereich der Zusatzversicherung mehrere Versicherer gemeinsam als Vertragspartei auftreten dürfen, liegt nicht vor.

89. Hätte der Kanton tatsächlich beabsichtigt, durch Paragraph 3 Buchstabe e Spitalverordnung zuzulassen, dass im Bereich der Zusatzversicherung mehrere Versicherer gemeinsam verhandeln dürfen, wäre diese Bestimmung nichtig und würde keinen Vorbehalt im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG begründen (vgl. oben Rz. 72).

90. Die Frage, ob die Versicherer dann gemeinsam verhandeln dürfen, wenn dies auf der Vertragsgegenseite der Leistungserbringer möglich ist, stellt nicht eine Frage der vorbehaltenen Vorschriften dar, sondern beschlägt den Bereich der Rechtfertigung einer Wettbewerbsbeschränkung durch Effizienzgründe. Das Vorliegen von Effizienzgründen für gemeinsame Verhandlungen auf Versichererseite wird im Hauptverfahren - sofern dessen Fortsetzung keine vorbehaltenen Vorschriften entgegenstehen - behandelt werden.

##### **II. Mehrere Leistungserbringer**

91. Es besteht im kantonalen Recht des Kantons Luzern keine Bestimmung, welche in generell-abstrakter Weise vorsieht, dass bei Tarifverhandlungen im Bereich der Zusatzversicherung Kollektivverhandlungen zulässig wären. Dies gilt nicht nur für die Vertragsseite der Versicherungen, sondern auch für diejenige der Leistungserbringer. Eine solche Bestimmung, welche auch für Leistungserbringer Gültigkeit beanspruchen würde, welche nicht dem Kanton gehören, wären gemäss den oben gemachten allgemeinen Erwägungen unzulässig (vgl. Rz. 72).

92. Hingegen ist der Kanton Luzern Träger mehrerer Spitäler. Es stellt sich nun die Frage, ob diese Spitäler einzeln als wirtschaftlich selbstständig und damit als Unternehmen im Sinne von Artikel 2 KG zu betrachten sind oder ob davon auszugehen ist, dass die kantonalen Spitäler des Kantons Luzern einen Konzern bilden (vgl. Rz. 75 ff.). Aufgrund von Artikel 3 Buchstabe e Spitalverordnung ergibt sich, dass das GSD die Tariffestsetzung der kantonalen Spitäler kontrollieren kann, indem es für sie verhandelt (Kontrollmöglichkeit). Es erfolgt auch eine tatsächliche Kontrolle, da die Tarifverträge durch den Regierungsrat genehmigt werden. Weiter werden die Taxverordnungen (vgl. unten Rz. 94 ff.) durch das GSD ausgearbeitet und durch den Regierungsrat beschlossen. Bereits aus diesen Vorschriften geht hervor, dass die kantonalen Spitäler nicht als wirtschaftlich selbstständig betrachtet werden können. Die Kontrolle des Kantons geht jedoch noch weiter. Paragraph 3 Spitalverordnung legt nämlich fest, dass die kantonalen Spitäler unter der

**unmittelbaren Aufsicht** des GSD stehen. Die Oberaufsicht obliegt gemäss Paragraph 2 des Gesundheitsgesetzes dem Regierungsrat. GSD und Regierungsrat verfügen über Entscheid- und Kontrollbefugnisse, welche die Annahme von wirtschaftlich selbstständigen Spitälern ausschliesst. Dem GSD und dem Regierungsrat kommen gemäss Paragraph 3 der Spitalverordnung diverse Aufgaben zu, welche etwa bei einer Aktiengesellschaft zu den unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrates gehören (Art. 716a OR). Da diese Aufgaben nicht durch die Spitäler autonom wahrgenommen werden können, gelten sie nicht als wirtschaftlich selbstständige Unternehmen. So stellt etwa das GSD "ein umfassendes Controlling der Leistungen, der Finanzen und des Personals, einschliesslich der Qualität" sicher (Art. 3 Bst. d Spitalverordnung). Dies entspricht in etwa Artikel 716a Absatz 1 Ziffer 3 OR (Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung). Die wesentlichen Personalentscheide (Wahlen der Spitaldirektoren, der ärztlichen Direktoren und der Leiter des ärztlichen Dienstes sowie der Chef-, Co-Chef und Leitenden Ärzten und Ärztinnen) erfolgen durch das GSD und den Regierungsrat (vgl. § 3 Bst. f und g Spitalverordnung und Art. 716 a Abs. 1 Ziff. 4 OR). Schliesslich erarbeitet das GSD in Zusammenarbeit mit den Spitälern zuhanden des Regierungsrates Vorschläge für deren Globalkredite und Investitionspauschalen (§ 3 Bst. b Spitalverordnung) und das GSD stellt dem Regierungsrat auch Antrag zur Genehmigung von Ausgaben ausserhalb der bewilligten Kredite.

93. Der Kanton Luzern kontrolliert somit die kantonalen Spitäler derart, dass nicht von wirtschaftlich selbstständigen Unternehmen im Sinne von Artikel 2 KG ausgegangen werden kann. Die kantonalen Spitäler sind als durch den Kanton kontrollierte Gesamtheit (Konzern) zu qualifizieren, welche als Ganzes das Kartellgesetz zu beachten hat. Aus den zuvor gemachten allgemeinen Erwägungen ergibt sich, dass die Vorschriften, welche die Organisation der kantonalen Spitäler betreffen, aufgrund von Artikel 2 KG nicht in den Geltungsbereich des Kartellgesetzes fallen (vgl. Rz. 78). So untersteht namentlich auch Paragraph 3 Buchstabe e Spitalverordnung nicht der kartellrechtlichen Überprüfung. Eine Beurteilung der Frage, ob diese Bestimmungen vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Artikel 3 KG darstellen, entfällt.

#### **B.3.3.2.2 Kein Vorbehalt aufgrund von mit dem Kanton verhandelter und genehmigter Verträge**

94. Als nächstes gilt es die Frage zu klären, ob aufgrund des Umstandes, dass die Tarifverträge durch das GSD verhandelt und danach durch den Regierungsrat genehmigt werden, ein Vorbehalt gemäss Artikel 3 Absatz 1 KG entsteht.

95. Zur Beantwortung dieser Frage gilt es an die Ausführungen anzuschliessen, welche oben unter dem Titel der Kanton als Träger eines Spitals (Rz. 69 ff.) gemacht wurden. Der Kanton ist bei den Tarifverhandlungen mit den Versicherern im Bereich der Zusatzversicherung nicht hoheitlich, sondern unternehmerisch tätig. Als Träger der kantonalen Spitäler kann

er zwar bestimmen, wer in den Verhandlungen seine Interessen wahrnimmt und er kann auch vorsehen, dass diese Verträge durch den Regierungsrat genehmigt werden müssen. Dies führt jedoch nicht dazu, dass die derart verhandelten und genehmigten Verträge zu hoheitlichem Recht und damit zu vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG würden. Mit anderen Worten kann der Kanton wie ein Privatunternehmen die internen Abläufe beim Vertragsschluss bestimmen, diese haben jedoch keine Wirkung auf den Vertrag selbst.

#### **B.3.3.2.3 Kein Vorbehalt aufgrund der Taxverordnungen**

96. Gemäss Paragraph 3 Buchstabe e Spitalverordnung verhandelt das GSD nicht nur mit den Versicherern über Tarifverträge, sondern arbeitet auch Entwürfe von Taxverordnungen zuhanden der Regierung aus. Gestützt auf Paragraph 62 Absatz 1 Buchstabe a des Gesundheitsgesetzes (SRL Nr. 800) in Verbindung mit Paragraph 63 des alten Gesetzes über das Gesundheitswesen (Gesundheitsgesetz, SRL Nr. alt800) wurde die Verordnung über die Taxen für die stationäre Behandlung von Patienten in den kantonalen Spitälern (Taxverordnung I, SRL Nr. 824) und die Verordnung über die Taxen für die privatärztliche und die ambulante Behandlung von Patienten in den kantonalen Spitälern (Taxverordnung II, SRL Nr. 824a) erlassen.

97. Die Taxverordnungen gelten nur für den vertragslosen Zustand (z.B. Selbstzahler oder wenn kein Vertrag zwischen Leistungserbringer und Versicherung besteht). Sie schränken den Verhandlungsspielraum für das GSD oder die Spitäler im Rahmen der Tarifverhandlungen nicht ein, vielmehr wird gemäss geltender Praxis das Ergebnis der Tarifverhandlungen in die Taxverordnungen aufgenommen. Sofern ein Tarifvertrag besteht, wird praxisgemäss dieser angewendet. Die Taxverordnungen sind mit anderen Worten subsidiär zu den Tarifverträgen, auch wenn dies explizit nur bezüglich bestimmter zusätzlicher Kosten festgehalten wird (§ 4 Abs. 2 Spitalverordnung). Die Subsidiarität ergibt sich zudem daraus, dass ansonsten das in der Spitalverordnung vorgesehene Verhandeln von Tarifverträgen überflüssig wäre.

98. Es kann daher festgehalten werden, dass die Tarifverordnungen keinen Vorbehalt im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG begründen, welcher einer kartellrechtlichen Überprüfung der Tarifverträge II entgegenstehen würde. Selbst bei einer Leistungserbringung gegenüber einem Patienten im vertragslosen Zustand wäre fraglich, ob die Taxverordnungen, sofern sie Leistungen der Zusatzversicherung betreffen, einen Vorbehalt begründen würden. Da es sich um eine unternehmerische Tätigkeit der kantonalen Spitäler handelt, kommt den Taxverordnungen eher der Stellenwert von kartellrechtlich überprüfbaren Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu und nicht eines hoheitlichen Erlasses, welcher einen Vorbehalt begründen würde.

#### **B.3.3.3 Ergebnis**

99. Es bestehen keine vorbehaltenen Vorschriften gemäss Artikel 3 Absatz 1 KG, welche der inhaltlichen

Überprüfung der Tarifverträge II entgegenstehen. Der Kanton handelt im Bereich der Zusatzversicherung wie ein privatrechtliches Unternehmen und hat sich dabei an dieselben Normen, namentlich das Kartellrecht, zu halten.

100. Die einzelnen kantonalen Spitäler des Kantons Luzern sind keine Unternehmen im Sinne von Artikel 2 KG, sondern fallen wie ein privater Konzern als Ganzes in den persönlichen Geltungsbereich des Kartellgesetzes und unterliegen auf diese Weise der kartellrechtlichen Kontrolle.

101. Die Untersuchung "Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern" kann fortgesetzt werden.

### **C Kosten**

102. Eine der Parteien beantragt, dass über die Kosten der vorliegenden Verfügung unmittelbar zu entscheiden sei. Die Kosten seien zudem durch die Antragstellerin (Helsana) zu tragen. Damit wird sinngemäss geltend gemacht, die vorliegende Zwischenverfügung sei durch den Antrag verursacht worden und die Kosten seien durch die Verursacherin zu tragen.

103. Gemäss Artikel 2 Absatz 1 der Verordnung über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2) ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht. Im Untersuchungsverfahren nach Artikel 27 ff. KG besteht eine Gebührempflicht, wenn den Verfügungsadressaten eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung nachgewiesen wird. Keine Gebührempflicht besteht für Beteiligte, bezüglich welcher sich die zu Beginn vorliegenden Anhaltspunkte nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird (Art. 3 Abs. 2 Bst. c KG-Gebührenverordnung).

104. Im vorliegenden Fall sind zwei Elemente zu beachten. Erstens hat die REKO/WEF in einem aktuellen Entscheid festgehalten, dass die Wettbewerbskommission die Frage des Bestandes und der Tragweite von

vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Artikel 3 KG von Amtes wegen klären muss, unabhängig davon, ob sich die Parteien auf solche berufen oder nicht (vgl. den Beschwerdeentscheid "Swissgrid" vom 1.5.2006 [FB/2005/5] E. 3). Dies bedeutet, dass die Wettbewerbskommission die vorliegenden Abklärungen auf jeden Fall und spätestens in der Hauptverfügung vornehmen muss. Der Antrag der Helsana hat somit keinen zusätzlichen Aufwand verursacht. Zweitens gilt im Kartellverfahren nicht ein reines Verursacherprinzip, sondern dieses wird durch das **Untertliegerprinzip** relativiert (BORER, a.a.O., Art. 53a N 3 f.). Derzeit ist daher eine Verteilung der Kosten noch nicht möglich, da erst anlässlich der Hauptverfügung geklärt wird, welche Parteien unterliegen und welche nicht. Allfällige unterliegende Parteien werden dann auch die Kosten der vorliegenden Verfügung zu tragen haben. Wird die Untersuchung hingegen gegenüber allen Parteien eingestellt, so ist keine der Parteien gebührenpflichtig. Diese Fallkonstellation zeigt auf, dass eine Auferlegung der Kosten für die vorliegende Verfügung auf die Helsana im Widerspruch zu Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe c KG-Gebührenverordnung stehen würde.

105. Über die Kosten für dieses Verfahren wird folglich mit dem Entscheid in der Hauptsache entschieden.

### **D Dispositiv**

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen stellt die Wettbewerbskommission fest, dass im Verfahren "Tarifverträge Zusatzversicherung Kanton Luzern" der Anwendungsbereich des Kartellgesetzes durch keine vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG eingeschränkt wird.

Über die Kosten für dieses Verfahren wird mit dem Entscheid in der Hauptsache entschieden.

[Rechtsmittelbelehrung]

[Eröffnung]

B 2	<b>7. Stellungnahmen</b> Préavis Preavvisi
B 2.7	<b>1. Revision der Ausführungsverordnungen zum FMG: Anhörung der betroffenen Kreise</b>

*Die Bemerkungen beschränken sich im Wesentlichen auf einige aus wettbewerblicher Sicht grundsätzlich erscheinende Bestimmungen oder Fragestellungen.*

**Ad Artikel 10 E-FDV, Massnahmen zur Gewährleistung der Preistransparenz**

Aus wettbewerblicher Sicht kann Preistransparenz einerseits aufgrund der stärker möglichen Vergleichbarkeit der Angebote zu einer Intensivierung des Wettbewerbs führen. Andererseits kann Preistransparenz unter Umständen gerade bei einer kleinen Anzahl Anbieter eine erhöhte Kollusionsgefahr mit sich bringen.

Der erläuternde Bericht zum E-FDV hält betreffend Tariftransparenz fest, dass die in Artikel 10 E-FDV vorgesehenen Informationen grundsätzlich immer erfolgen müssten. Eine derartige generelle Pflicht erscheint aufgrund der Vielzahl möglicher Verbindungen verschiedener Netze, auch im Hinblick auf Internet Protocol basierte Sprachverbindungen oder in Bezug auf die zunehmende Verbreitung von Angeboten mit Pauschalpreisen, als fragwürdig. Die Umsetzung dieser Bestimmung durch die FDA würde zudem vermutlich bei FDA in der Schweiz unverhältnismässig hohe Kosten verursachen. Artikel 10 E-FDV schießt damit in seiner jetzigen Fassung über das angestrebte Ziel hinaus und könnte durch weniger einschneidende, zum Teil von den FDA bereits angebotene Massnahmen (z.B. mittels Signalton bei einem Netzwechsel) ebenfalls sichergestellt werden.

**Ad Artikel 12 E-FDV, Erteilung der Grundversorgungskonzession**

Der Verzicht auf eine Ausschreibung, wenn sich von vorneherein zeigt, dass die Ausschreibung nicht unter Wettbewerbsbedingungen ablaufen kann, erscheint an sich problematisch, wobei dies bereits in Artikel 14 rev.-FMG so vorgesehen ist. Grundsätzlich zeigt sich erst im Rahmen der Ausschreibung, ob Interessenten vorhanden sind. In der Ausführungsverordnung wird nicht definiert, welche konkreten Umstände nicht als Wettbewerbsbedingungen angesehen würden, damit ein Verzicht auf eine Ausschreibung in Frage käme. In Artikel 12 E-FDV ist deshalb das fehlende Vorliegen von Wettbewerbsbedingungen bei einer Ausschreibung zu konkretisieren. Fehlende Wettbewerbsbedingungen liegen dabei insbesondere vor, wenn sich für die Grundversorgungskonzession nur ein (oder ev. kein) Unternehmen bewirbt.

**Ad 5. Kapitel, Mehrwertdienste**

Der Schutz der Kunden vor Missbrauch durch Mehrwertdienste ist an sich eine legitime Zielsetzung. Hingegen ist der Detaillierungsgrad der vorgesehenen Regelungen als ausgesprochen hoch anzusehen.

Bezüglich Artikel 37 Absatz 4 E-FDV erscheint die Möglichkeit, einen Vertrag im Falle von Streitigkeiten über eine Rechnung betreffend Mehrwertdienste vor Beilegung einer Streitigkeit nicht kündigen zu können, nicht für alle FDA gerechtfertigt.

**Ad 6. Kapitel, Schlichtungsstelle**

Die Bestimmungen zur Schlichtungsstelle sollten sich auf notwendige Bestimmungen öffentlich-rechtlichen Charakters beschränken, die mit der Ausübung der Aufsichtsfunktion durch das BAKOM über die Schlichtungsstelle zusammenhängen.

Eine der hauptsächlichen Funktionen einer Schlichtungsstelle ist das Hinarbeiten auf eine gütliche Einigung zwischen den Parteien, wobei das Beschreiten des zivilrechtlichen Klageweges jederzeit vorbehalten bleibt. Vor diesem Hintergrund erscheint eine Festlegung von Verfahrensgrundsätzen in einer bundesrätlichen Ausführungsverordnung als nicht notwendig (z.B. Art. 43 E-FDV). Solche Verfahrensgrundsätze können auch in einem Reglement der Schlichtungsstelle enthalten sein.

**Ad 7. Kapitel, Zugang zu den Einrichtungen und Diensten marktbeherrschender Anbieterinnen**

Die Bestimmungen in diesem Kapitel weisen einen hohen Detaillierungsgrad auf. Dies ist aufgrund der technologischen Fragestellungen gerechtfertigt. Die Erfahrungen im Zusammenhang mit der Entbündelung in anderen Ländern haben gezeigt, dass die historischen Anbieterinnen unter Umständen versuchen, die Umsetzung der Bestimmungen zu hintertreiben. Um solchen Vorkehrern entgegenzuwirken, sind aufgrund der einschlägigen Erfahrungen im Ausland die vorgesehenen detaillierten Regelungen notwendig.

Die Wettbewerbskommission hat bereits in ihrer Stellungnahme vom 7. Oktober 2002 (vgl. RPW 2002/4, S. 643) eine Entbündelung des Anschlussnetzes begrüsst und unterstützt diese weiterhin. Bei der Umsetzung der Bestimmungen sollte darauf geachtet werden, dass im Rahmen des rechtlich Möglichen eine rasche Umsetzung erfolgt, da der Faktor Zeit regelmässig zu Gunsten der historischen Anbieterin spielt.

**Ad Artikel 71 Absatz 3 E-FDV, Zugangsverfügung**

Der bisherigen Praxis folgend wird für marktbeherrschende Anbieterinnen im Falle fehlenden Nachweises der Kostenorientierung auf markt- und branchenübliche Vergleichswerte abgestellt. Mit der Formulierung in Artikel 71 Absatz 3 E-FDV entsteht das Problem, inwiefern die Abgrenzung zur markt- und branchenüblichen Interoperabilität nach Artikel 30 Absatz 3 E-FDV für nicht marktbeherrschende Anbieterinnen erfolgt.

**Ad Artikel 79 Absatz 2 E-FDV, Anzeige der Rufnummer der Anrufenden**

Neu soll in dieser Bestimmung eingeführt werden, dass Kunden beim Abschluss des Abonnementsvertrages ausdrücklich auf die Möglichkeit der Unterdrückung der Rufnummer der Anrufenden hingewiesen werden müssen. Es ist einerseits fraglich, ob mit einem ausdrücklichen Hinweis im Zeitpunkt des Abschlusses des Abonnementsvertrages praktisch betrachtet das erwünschte Ziel überhaupt erreicht wird. Im Übrigen ist an sich fraglich, ob diesbezüglich eine entsprechende Regulierung notwendig ist. Diese Bestimmung ist deshalb zu streichen.

**Ad Artikel 54 Absatz 6<sup>bis</sup> und 6<sup>ter</sup> E-AEFV**

Nachdem nach einer relativ langen Übergangslösung für die Auskunftsnummern 111 diese Ende Jahr abgeschaltet werden, begrüsst die Wettbewerbskommission auch die Abschaltung der ebenfalls für Auskunftsdienste verwendeten Kurznummern 1141 und 1144. Grundsätzlich bestehen damit hinsichtlich der durch alle Auskunftsanbieter zu verwendenden 18xy Nummern vergleichbare Ausgangslagen. Hingegen ist die vorgesehene Übergangsfrist bis 31. Dezember 2007 für die Abschaltung der Kurznummern 1141 und 1144 deutlich zu lang und würde insbesondere Swisscom weiterhin bevorteilen. Eine Übergangsfrist von drei Monaten erscheint deshalb als angezeigt und ausreichend.

**Ad Artikel 17f E-FKV, Konzessionserteilung mittels Auktion**

Artikel 17f E-FKV sieht vor, dass bei einer Auktion ein angemessener Konzessionserlös zu erzielen ist. Ziel einer solchen Auktion kann jedoch keinesfalls die Erzielung eines angemessenen Konzessionserlöses sein, sondern die möglichst effiziente Allokation einer knappen Ressource, nämlich von Funkfrequenzen. Die Bezugnahme auf einen angemessenen Konzessionserlös ist deshalb zu streichen.

B 2.7

## 2. *Kantonales Gesundheitsgesetz im Kanton Appenzell Ausserrhoden - Vernehmlassungsverfahren*

**Stellungnahme; Art. 46. Abs. 2 KG**

**Préavis; art. 46 al. 2 LCart**

**Preavviso; art. 46 cpv. 2 LCart**

Mit Beschluss vom 30. Mai 2006 hat der Regierungsrat des Kantons Appenzell Ausserrhoden vom Entwurf des total revidierten Gesundheitsgesetzes (nachfolgend: E-GsG) Kenntnis genommen und das zuständige Departement Gesundheit ermächtigt, das Vernehmlassungsverfahren durchzuführen. Die Wettbewerbskommission (nachfolgend: Weko) wurde zu einer Stellungnahme eingeladen. Wir bedanken uns für die Gelegenheit, an diesem Verfahren teilnehmen zu dürfen, und nehmen gestützt auf Artikel 46 Absatz 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) gerne Stellung zum revidierten kantonalen E-GsG.

### 1. *Planung gegen Markt*

1. Im Bereich der obligatorischen Krankenversicherung gemäss dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10) ist Druck zu Reformen vorhanden. Über die Richtung besteht im politischen Diskurs noch keine ausreichende Einigkeit. Der Gesetzgeber stellt sich namentlich die Frage, ob Regulierungen im Gesundheitswesen eher planwirtschaftlich oder marktorientiert organisiert sein sollen. Dem Bericht zum E-GsG des Kantons Appenzell Ausserrhoden ist diesbezüglich zu entnehmen, dass die Planung ein bedeutendes Instrument für eine wirksame Gesundheitspolitik beziehungsweise Gesundheitsplanung eine anspruchsvolle, aber sachdienliche Aufgabe sei.

2. Die Vergangenheit zeigte, dass die planwirtschaftlichen Instrumente im Gesundheitswesen bisweilen nicht zur Zielerreichung führen. Gerade im Spitalbereich verdeutlichen die Überkapazitäten und die stark steigenden Kosten beziehungsweise das nicht erreichte Ziel der Kostenkontrolle,<sup>1</sup> dass der Planung im Gesundheitswesen Grenzen gesetzt sind.

3. Die Wettbewerbsbehörden wie auch die Mehrheit der Ökonomen/innen fordern aus diesen Gründen seit Jahren mehr Wettbewerb im Gesundheitswesen. So setzten sich die Wettbewerbsbehörden in ihren Stellungnahmen, Entscheiden und im Rahmen ihrer Mitarbeit in Arbeitsgruppen wiederholt für mehr Wettbewerb im Bereich des Gesundheitswesens ein.<sup>2</sup> Im KVG-Bereich steht sie für eine monistische Spitalfinanzierung ohne Spitallisten, die Aufhebung des Kontrahierungszwanges bei allen Leistungserbringern sowie die Verbesserung des Risikoausgleiches ein.

4. Die Wettbewerbsbehörden sind der Überzeugung, dass mehr Wettbewerb sowie eine effiziente, das heisst sich auf das Notwendige beschränkende Regulierung, zu einer Verbesserung des Leistungs-Kosten-Verhältnisses im Gesundheitswesen beitragen - ohne

dabei die gesundheitspolitischen und -polizeilichen Anliegen zu beeinträchtigen. Ein wettbewerbsorientiertes Gesundheitswesen, das Effizienz- und Verteilungszielen genügen soll, beruht auf einem marktorientierten Allokationsmechanismus für die medizinischen Leistungen und einem Umverteilungsmechanismus für die Einkommen. Allokation (z.B. Angebot an medizinischen Leistungen) und Umverteilung (z.B. Prämienverbilligung) sind dabei strikte zu trennen.

5. Mehr Markt und Wettbewerb im Gesundheitswesen heisst nicht "laisser-faire", im Gegenteil fällt dem Staat auch in einem marktorientierten Gesundheitswesen eine zentrale Rolle zu. Er hat für eine gut durchdachte und sozial abgestützte staatliche Wettbewerbsordnung (Rahmenbedingungen) zu sorgen. Dies aus zwei Gründen: zum einen bestehen auf Versicherungsmärkten gewisse Probleme wie etwa jenes der Risikoselektion, zum anderen existieren im Gesundheitswesen spezielle Verteilungsziele. Die staatlichen Rahmenbedingungen sollen Anreize setzen, so dass sich die Leistungserbringer und Krankenversicherer für ein effizientes Marktergebnis einsetzen und die gesetzten Verteilungsziele erreicht werden.

### 2. *Qualität*

6. Nach Artikel 3 E-GsG sind Leistungen wirksam, zweckmässig und wirtschaftlich zu erbringen. Den Erläuterungen im Bericht zum E-GsG zufolge beabsichtigt der Kanton Appenzell Ausserrhoden entsprechend die Qualität und Wirksamkeit der Strategien gestützt auf Artikel 4 Absatz 2 E-GsG zu evaluieren und aufzuzeigen. So kann der Kanton gemäss Artikel 4 Absatz 2 E-GsG Vorgaben zur Sicherstellung der Versorgung erlassen und Qualitätsvorgaben machen. Die genannten Artikel basieren auf dem KVG. Dazu Folgendes:

7. Bis anhin wurde die Qualitätskontrolle im schweizerischen Gesundheitswesen vernachlässigt. Heute können Patienten/innen und Krankenversicherer die Qualität von medizinischen Leistungen praktisch nicht vergleichen, da keine systematische Information über die Qualität im Gesundheitswesen existiert. Es fehlt ein konsistentes Set von Qualitätsindikatoren. Die derzeit erhobenen Qualitätsindikatoren dienen meist ausschliesslich als Basis für spitalinterne Verbesserungsprozesse und stehen nicht für eine systematische

<sup>1</sup> Vgl. z. B. RÜEFLI CHRISTIAN, ANDEREGGEN CÉLINE und BOGGIO YANN (2005), *Wirkungsanalyse der kantonalen Spitalplanungen*, Forschungsprogramm KVG II, Bern: Büro Vatter; S. 128 ff. URL: <http://www.bag.admin.ch/themen/krankenversicherung/01156/01159/index.html?lang=de> [06.05.06].

<sup>2</sup> Vgl. Wettbewerbskommission in: RPW 2006/1, S. 195 ff.; RPW 2005/4, S. 660.; RPW 2004/4, S. 1100 ff.; RPW 2004/3, S. 852 ff.; RPW 2001/4, S. 695 ff.; RPW 2001/4, S. 645 ff.; RPW 2000/4, S. 678 ff. Das Sekretariat nahm im Rahmen des Gesamtprojektes "Grundlagen 3. KVG-Teilrevision" (2003/2004) Einsitz in die Arbeitsgruppen "Monistische Spitalfinanzierung" und "Kontrahierungszwang". Vgl. auch FJS 1971, S. 78.

Evaluation der Qualität und zur Rechenschaftsablage nach aussen zur Verfügung.<sup>3</sup> Vor allem auf Seiten der Leistungserbringer fehlen Anreize für eine optimale Qualitätskontrolle und -verbesserung.

8. Transparenz des Leistungs-Kosten-Verhältnisses und damit auch der Qualität von medizinischen Leistungen ist aber ein zentrales Element für Wettbewerb zwischen Leistungserbringern. Soweit der Kanton Appenzell Ausserrhoden Artikel 4 Absatz 2 E-GsG wahrnehmen möchte, hat er angesichts der fehlenden Anreize zur Qualitätskontrolle/-verbesserung nach KVG zwingend zu sorgen für:

a) den Aufbau von Qualitätssicherungsinstrumenten, etwa mittels Definition von Qualitätsstandards und Messung der Ergebnisqualität (Ansätze dazu existieren beispielsweise in Deutschland mit dem BQS-Qualitätsreport<sup>4</sup>);

b) mehr Transparenz hinsichtlich der Leistung beziehungsweise Qualität von Leistungserbringern gegenüber Krankenversicherern und Versicherten (z.B. Informationen über die Therapieintensität und -breite in der Rehabilitation, die Erfüllung von anerkannten Qualitätsstandards oder evidenzbasierte Prozesse); aussagekräftige Qualitätsberichte müssen publiziert werden.

9. Erst mit dem Aufbau von Qualitätssicherungsinstrumenten kann der Kanton die Qualität und in Kombination mit Kostenvergleichen das Kosten-Leistungs-Verhältnis und damit die Wirtschaftlichkeit der medizinischen Leistungen analysieren. Durch die transparente Publikation der Ergebnisse erwächst den Leistungserbringern zusätzlicher Druck von Seiten der Krankenversicherer und Versicherten.

### 3. Finanzierung

10. Zurecht ist dem Bericht zum E-GsG zu entnehmen, dass Defizitbeiträge veraltete Finanzierungsbeiträge darstellen. Deshalb solle die Finanzierung mittels unterstützenswerten Leistungsaufträgen erfolgen. Jedoch ist auch ein jährlich zu bestimmender Globalkredit vorgesehen.

11. Globalbudgets als Steuerungsinstrument für die Erbringung medizinischer Leistungen können falsche Anreize schaffen. Vor allem restriktiv gehandhabte Globalbudgets drohen, das Leistungs-Kosten-Verhältnis von medizinischen Leistungen suboptimal zu beeinflussen und zu verzerren. Bei Globalbudgets erfolgt die Steuerung im Gesundheitswesen über Mengen (Kapazitäten) und die Angebotsseite. Die Finanzierungs- und Entscheidungskompetenz liegt beim Globalbudget beim Staat. Jedoch verfügt der Staat in der Regel nicht über die notwendigen Informationen, um die Präferenzen der Patienten/innen mittels Planung abbilden zu können. In einem wettbewerblich organisierten System hingegen würden die angebotenen medizinischen Güter und Dienstleistungen sowie deren Preise und Mengen Ausdruck der Konsumenten- beziehungsweise Patientenpräferenzen sein. Es stünden sich Anbieter (Leistungserbringer) und Nachfrager (Krankenversicherer) gegenüber, die beide über die volle Finanzierungs- und Entscheid-

kompetenz verfügen. Die Steuerung erfolgte damit durch Preise und der Nachfragerseite käme für die Ressourcenallokation eine zentrale Bedeutung zu.

12. Soweit mit Globalbudgets gearbeitet wird, sollte dieses in diesem Sinne gehandhabt werden, dass sich die Preise für medizinische Leistungen weit gehend unbeeinflusst vom Globalbudget bilden können. Der Entscheidungs- und Handlungsspielraum der Krankenversicherer und Leistungserbringer sollte nicht direkt eingeschränkt werden, sondern die Entscheidungssouveränität der Marktteilnehmer soweit als möglich erhalten bleiben. Damit der Kanton sein Budget planen kann, bietet sich - gerade in Kombination zu den Leistungsaufträgen - die Einführung von prospektiven Vergütungsformen wie den DRG (Diagnosis Related Groups)<sup>5</sup> an.

## 4. Kantonale Spitäler

### 4.1 Spitalplanung

13. Mit der Planung des Spitalbereiches setzt der Kanton Appenzell Ausserrhoden die schweizerische Spitalordnung gemäss KVG fort. Diese ist aber, wie nachfolgend aufgezeigt, von zahlreichen Ineffizienzen gekennzeichnet, die mitunter Ursachen für die Kostensteigerungen im Spitalbereich darstellen:<sup>6</sup>

- Die kantonalen Gebietsgrössen sind meistens zu klein: In der Gesundheitssystemforschung wird in der Regel davon ausgegangen, dass vernünftige Versorgungsregionen im Gesundheitswesen eine Einwohnerzahl von 1 bis 1½ Millionen Einwohner/innen aufweisen. Diese Anforderung erfüllt der Kanton Appenzell Ausserrhoden mit 52'841 Einwohner/innen nicht. Finanzierbarkeit, Effektivität und Effizienz der Versorgungsregion sind damit deutlich in Frage gestellt.
- Die kantonalen Gebietsgrössen hemmen ausserdem, gerade in kleineren Kantonen, die natürlichen Ströme der Patienten/innen und damit eine natürlichere "Auslese" von Leistungserbringern.
- Die meisten schweizerischen Spitäler erreichen ihre betriebsoptimalen Grössen in der Regel nicht. Wären die Spitäler grösser und würden die Spitäler mehr Leistungseinheiten (z.B. mehr Kniegelenkoperationen) erbringen, könnten dadurch die einzelnen Leistungen durchschnittlich kostengünstiger und effizienter erbracht werden.

<sup>3</sup> LANGENEGGER MANFRED (2006), "Bund übernimmt Federführung in der Qualitätsdiskussion", *infosantésuisse*, S. 1 f., S. 8 f.

<sup>4</sup> Vgl. dazu die Veröffentlichungen der Bundesgeschäftsstelle Qualitätssicherung aus Deutschland; URL: <http://www.bqs-online.de/> [21.08.06].

<sup>5</sup> Zum Projekt SwissDRG vgl. (URL) <http://www.swissdr.org/de/> [19.08.06].

<sup>6</sup> Vgl. dazu mit Verweisen STÜSSI FRANK J. (2006), "Wettbewerb durch eine erweiterte oder ohne Spitalplanung", in: THOMAS GÄCHTER (Hrsg.), *Ausserkantonale Hospitalisation: Eine Tür zu mehr Wettbewerb im Gesundheitswesen*, Tagungsband zum 4. Zentrumstag Luzern, Bern: Edition Weblaw; URL: <http://tagungsbaende.weblaw.ch/content/edition.aspx?ausgabe=5> [04.09.06].

- Die Fallzahlen der schweizerischen Spitäler sind tendenziell zu gering, was Qualitätsprobleme nach sich zieht.
- Zunehmend mehr Akteure des Gesundheitswesens sind sich über die Existenz von Überkapazitäten einig. Zumindest aus einer mittel- bis längerfristigen Perspektive sind Überkapazitäten mit Fehlallokationen von Ressourcen und volkswirtschaftlichen Wohlfahrtsverlusten verbunden.
- Die Kantone nehmen eine Mehrfachrolle ein, die mit Interessenkonflikten und Anreizverzerrungen verbunden ist: Die Kantone bestimmen mittels Spitalplanung, Leistungsaufträgen und Investitionen über Umfang und Struktur der Spitalkapazitäten; sie können sich an den Tarifverhandlungen beteiligen oder als Verhandlungsführer auftreten; die Kantone müssen die zwischen Krankenversicherern und Spitälern ausgehandelten Tarife genehmigen und spielen im Falle von Tarifstreitigkeiten Schiedsrichter; sie sind an den öffentlichen, öffentlich subventionierten Spitälern beteiligt und tragen eine regionalpolitische Verantwortung (z.B. bezüglich Arbeitsplätzen).
- Es besteht ein staatlicher Ermessensspielraum hinsichtlich der Berücksichtigung von öffentlichen, öffentlich subventionierten und privaten Spitälern auf Spitallisten: Die Mehrfachrolle der Kantone kann zu Interessenkonflikten beziehungsweise zur Benachteiligung der privaten Spitäler führen.

14. Zusammenfassend weist die geltende Spitalplanung gemäss KVG, auf welcher der Kanton Appenzell Ausserrhoden seine Spitalplanung und -regulierung aufbaut, zahlreiche Ineffizienzen und verzerrte Anreizwirkungen auf. Die gravierenden Ineffizienzen sprechen insbesondere gegen eine Verstärkung der Planwirtschaft im Spitalbereich sowie eine Planung der halbprivaten und privaten Kapazitäten und Leistungen. Die geplanten Strukturen im Kanton Appenzell Ausserrhoden sind folglich zu überdenken.

15. Soweit der Kanton Appenzell Ausserrhoden daran festhält, seine Spitalkapazitäten zu planen, bildet eine Spitalplanung mit grösseren, überkantonalen Versorgungsregionen von 1 bis 1 ½ Millionen Einwohnenden eine mögliche Alternative zur vorgesehenen Spitalplanung dar. In dieser Versorgungsregion hätte die Bevölkerung Zugang zu allen Spitälern der Spitalliste. Diese Variante der grösseren, überkantonalen Spitalregionen weist gegenüber der heutigen Spitalplanung einige Vorteile auf. Mittels grösseren Versorgungsregionen würden im Vergleich zur geltenden Spitalplanung einige Ineffizienzen vermindert.<sup>7</sup>

16. Auch wenn die Wettbewerbsbehörden einer Spitalplanung mit grösseren Versorgungsregionen gegenüber der geltenden Spitalplanung den Vorzug geben, plädieren sie für die KVG-Verankerung einer monistischen Spitalfinanzierung ohne Spitalplanung (ohne Spitallisten). Diese würde das beste Kosten-Nutzen-Verhältnis im Spitalbereich garantieren. Dies bei minimaler Reduktion der Effizienzreize der regulierten Marktteilnehmenden (Anreizkompatibilität) und grösstmöglicher Wahrung der Wettbewerbs- und

Strukturneutralität. Die unter der geltenden Spitalplanung genannten, anfallenden volkswirtschaftlichen Kosten würden eliminiert. Die Versorgungssicherheit, als primäres Ziel der geltenden Spitalplanung, gleichzeitig garantiert. Diese Finanzierungsform würde zu einer Verbesserung des Preis-Leistungs-Verhältnisses im Gesundheitswesen beitragen und damit auch bezüglich Kostenkontrolle beziehungsweise Kosteneffizienz besser als die heutige Spitalplanung abschneiden.

#### 4.2 Rechtsform der Spitäler

17. Im Weiteren regen wir dazu an, den Entscheid des Regierungsrates und der Expertenkommission hinsichtlich der Rechtsform für den Spitalverbund (unselbstständige öffentlich-rechtliche Anstalt) sowie die Kompetenzverteilung zwischen Spitalverbund/Spitälern und dem Kanton zu überdenken. In der geplanten Form nimmt der Kanton weiterhin grossen Einfluss auf das operative Geschäft der Spitäler und schränkt deren individuellen Entscheidungs- und Handlungsspielraum direkt ein (auch etwa durch die Genehmigung der Tarife).

18. Es gibt verschiedene Formen staatlicher Eingriffe, welche sich unter anderem im Grad der Einschränkung der Handlungs- und Entscheidungsfreiheit der Regulierten beziehungsweise der Marktteilnehmer unterscheiden. Von Produktion und Angebot des Staates über staatliches Angebot bei privater Produktion bis hin zu privater Produktion und privatem Angebot mit mehr oder weniger staatlichen Einflüssen sind verschiedenste Formen und Kombinationen denkbar. Auch wenn der Kanton die Versorgungssicherheit garantieren muss, hat der Kanton nicht zwingend selber Spitäler zu führen. Es bestehen dazu mildere staatliche Eingriffsformen.

19. Staatliche Unternehmen und staatlich geführte Unternehmen bekunden oftmals Anreizprobleme, so dass sie sich nicht effizient verhalten müssen und können. Zudem führt die oben genannte Mehrfachrolle der Kantone zu Interessenkonflikten und Anreizverzerrungen, so dass eine klare Trennung von staatlichen und wirtschaftlichen Aufgaben sinnvoll ist. Die Verselbstständigung der öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler ist daher ein unabdingbarer Schritt in Richtung wettbewerbsorientiertes Gesundheitswesen. Ein Festhalten an der geplanten Rechtsform steht auch der Tendenz in der Schweiz entgegen, die Mehrfachrolle durch die Verselbstständigung der Spitäler und die Kompetenzaufteilungen zu entflechten.<sup>8</sup>

20. Eine Privatisierung drängt sich auch angesichts der absehbaren Einführung der SwissDRG auf. Wie Erfahrungen im Ausland zeigen, zwingen die DRG die Spitäler zu einer erhöhten Professionalisierung (betriebs-

<sup>7</sup> Vgl. STÜSSI 2006, Rz. 26 ff. und 41 ff. (zit. in Fn. 6) mit Verweisen.

<sup>8</sup> Vgl. dazu und zur Wirkung sowie Entwicklungsperspektiven in der Spitalplanung: RÜEFLI, , ANDEREGGEN und BOGGIO 2005 (zit. in Fn. 1).



wirtschaftliche Organisation, Patienten-Management, klinische Pfade etc.) und der Kostendruck steigt. DRG ermöglichen den Vergleich zwischen Spitälern über die ganze Schweiz hinweg. Der Wettbewerbsdruck zwischen den Spitälern steigt und Konzentrationsprozesse sind absehbar. Gerade die öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler sind dabei mit verschiedenen Herausforderungen konfrontiert. Private Trägerschaften sind dieser Situation nach Ansicht der Weko besser gewachsen.

21. Zudem ist zu beachten, dass der Kanton zwar aufgrund des Legalitätsprinzips für einen Rahmen der staatlichen Wirtschaftstätigkeit besorgt sein muss, dass aber die Feinsteuerung dem Markt zu überlassen ist. Namentlich in diesem Bereich ist dem öffentlichen Unternehmen Selbstständigkeit einzuräumen.<sup>9</sup> Der Kanton sollte den Spitälern die Kompetenz übertragen, weit gehend autonom mit den Versicherern Verträge zu schliessen.

### **5. Rechte und Pflichten der Patienten/innen**

22. Diesem Abschnitt im Bericht zum E-GsG ist insbesondere zu entnehmen, dass Patienten/innen selbst darüber entscheiden sollten, welchen Untersuchungen, Behandlungen sie zustimmen können und wollen. Der Wille der Patienten/innen sei zu respektieren. Damit fordert der Kanton Appenzell Ausserrhoden die Transparenz über die Art der medizinischen Leistungen.

23. Diese Interpretation der Rechte von Patienten/innen zieht im weiteren Sinn auch Transparenz hinsichtlich der Qualität der medizinischen Leistungen nach sich. Patienten/innen sollen auch die Qualität von Leistungserbringern anhand von Qualitätsindikatoren einschätzen können, wozu sie derzeit - wie oben ausgeführt - aufgrund fehlender Indikatoren nicht in der Lage sind. Ein entsprechender Aufbau von Qualitätsindikatoren und eine transparente Information der Versicherten ist auch aus dieser Sicht zwingend.

24. Im Weiteren sollten sich Versorgungsräume patientengerecht nach medizinischen und funktionalen Kriterien richten. Aus den Ausführungen zur Spitalplanung geht hervor, dass die derzeitigen meist kleinen Versorgungsregionen und oftmals suboptimal grossen Spitäler Qualitätsprobleme nach sich ziehen. Auch aus der Perspektive der Patientenrechte ist daher die geplante Spitalregulierung zu überdenken.

## **6. Spital- und Pflegeversorgung**

### **6.1 Spitalversorgung**

25. Gemäss den Ausführungen im Bericht zum E-GsG soll die akutstationäre Grundversorgung grundsätzlich durch kantonale Spitäler sichergestellt werden. Wie aber bereits angesprochen, ist es aus Kosten-, Effektivität-, Effizienz- und Qualitätsgründen sinnvoller, wenn die medizinische Versorgung des Kantons Appenzell Ausserrhoden im Rahmen einer grösseren Versorgungsregion garantiert wird. Versorgungsregionen sollten für Regionen mit 1 bis 1 ½ Millionen Einwohnenden konzipiert sein. In diesem Sinne überzeugt eine Beschränkung - selbst in der akutstationä-

ren Versorgung - auf die kantonalen Spitäler nicht. Alternativen existieren etwa in Form der oben erwähnten grösseren Spitalregionen (Planung in Zusammenarbeit mit anderen Kantonen), in Form von umfassenderen Spitallisten mit ausserkantonalen öffentlichen, öffentlich subventionierten und privaten Spitälern aus anderen Kantonen, zu welchen die Patienten/innen Zugang haben.

### **6.2 Regulierung der Zusatzversicherung**

26. Gemäss den Erläuterungen zu Artikel 6 Buchstabe b E-GsG genehmigt der Regierungsrat auch die Tarife für die Zusatzversicherung. In dieser Sache verfügte die Weko am 4. September 2006 eine Zwischenverfügung, die dieser Stellungnahme beiliegt. Nachfolgend die zentralen Schlussfolgerungen:

27. Nach Ansicht der Weko basieren kantonale Vorschriften, welche in die freie Tarifbildung zwischen Versicherern und Leistungserbringern im Bereich der Zusatzversicherungen intervenieren, weder auf einer Grundlage im KVG noch im VVG. Sie widersprechen zudem inhaltlich dem Bundesrecht. Dieses hat die Zusatzversicherungen ausdrücklich nicht dem Tarifschutz, sondern dem freien Wettbewerb und der Vertragsfreiheit unterstellen wollen. Damit sind kantonale Vorschriften, welche im Bereich der Tarifbildung in der Zusatzversicherung eine staatliche Markt- oder Preisordnung beabsichtigen, aufgrund der derogatorischen Kraft des Bundesrechts nichtig und von den Wettbewerbsbehörden nicht als vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a KG zu beachten.

28. Da die kantonalen Spitäler im Bereich der Zusatzversicherung in Konkurrenz zu Privaten unternehmerisch tätig sind, haben sie sich dabei an dieselben Normen wie die privatrechtlichen Unternehmen, namentlich das Kartellrecht, zu halten. Insbesondere bei Tarifverhandlungen mit den Versicherern im Bereich der Zusatzversicherung ist der Kanton nicht hoheitlich, sondern unternehmerisch tätig. Als Träger von kantonalen Spitälern kann er zwar bestimmen, wer in den Verhandlungen seine Interessen wahrnimmt und er kann auch vorsehen, dass diese Verträge durch den Regierungsrat genehmigt werden müssen. Dies führt jedoch nicht dazu, dass die derart verhandelten und genehmigten Verträge zu hoheitlichem Recht und damit zu vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG würden.

Anträge: Gestützt auf die obigen Ausführungen beantragt die Weko Folgendes:

1. Für a) die Überprüfung der Qualität und Wirksamkeit der kantonalen Strategien, b) die Überprüfung der Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit von medizinischen Leistungen sowie c) der Rechte der Patienten/innen hat der Kanton Appenzell Ausserrhoden für den Aufbau von Qualitätssicherungsinstrumenten sowie mehr Transparenz hinsichtlich der Leistung beziehungsweise Qualität von Leistungserbringern gegenüber Krankenversicherern und Versicherten zu sorgen.
2. Die Preise für medizinische Leistungen sollen sich weit gehend unbeeinflusst vom Globalbudget bilden können und entsprechend die Entscheidungssouveränität der Krankenversicherer und Leistungserbringer soweit als möglich gewährleistet werden.
3. Die beabsichtigte Spitalplanung ist aus mehreren Gründen zu überdenken und in eine grössere, überkantonale Versorgungsregion einzubinden (Planung in Zusammenarbeit mit anderen Kantonen).
4. Die öffentlichen und öffentlich subventionierten Spitäler sind zu verselbstständigen.
5. Die Zusatzversicherung ist dem freien Wettbewerb zu überlassen und der Vertragsfreiheit zu unterstellen. Von kantonalen Vorschriften hinsichtlich der Tarifbildung ist abzusehen.

B 3	<b><i>Rekurskommission für Wettbewerbsfragen</i></b> Commission de recours pour les questions de concurrence Commissione di ricorso in materia di concorrenza
B 3	1. <b><i>Cablecom GmbH/Teleclub AG, Wettbewerbskommission</i></b>

***Beschwerdeentscheid (Geschäfts-Nr. FB/2005-9) vom 28. Juni 2006 in Sachen Cablecom GmbH (Beschwerdeführerin) (Verwaltungsbeschwerde vom 24.11.2005) gegen Teleclub AG (Beschwerdegegnerin) und Wettbewerbskommission (Vorinstanz) (Verfügung vom 7.11.2005) betreffend vorsorgliche Massnahmen***

***Es hat sich ergeben:***

A. Die Cablecom GmbH (Cablecom) betreibt als Kerngeschäft die Weiterverbreitung von Fernseh- und Radioprogrammen über ihre Kabelnetze. Diese bestehen aus einem Hauptnetz für die Grobverteilung von (analogen und digitalen) Fernsehsignalen ("backbone") sowie aus zahlreichen regionalen und lokalen Ortsnetzen, über welche die Feinverteilung an die einzelnen Haushalte erfolgt. Seit Juni 2002 ist sie auch als Programmveranstalterin konzessioniert und betreibt gestützt hierauf gesamtschweizerisch ein digitales Abonnementsfernsehen (Pay-TV), für das sie ihre - mit dem Branchenverband der Kabelnetzunternehmen (Swisscable) entwickelte - Digitalplattform "SwissFun" einsetzt. Dabei handelt es sich um eine so genannte Set-Top-Box, das heisst ein Gerät, das die Entschlüsselung und Rückwandlung der codiert übermittelten digitalen in analoge Signale und deren Freigabe an die Bezugsberechtigten erlaubt.

Die Teleclub AG (Teleclub) bietet als Programmveranstalterin Abonnementsfernsehen an. Seit Jahren verbreitet sie analog Pay-TV-Programme über Kabel, wobei sie hierfür unter anderem auch die Netze der Cablecom benützt. Seit einiger Zeit will sie Programme zudem in digitaler Form über deren Netze verteilen und gelangte diesbezüglich an die Cablecom. Im Rahmen der entsprechenden Verhandlungen kam es zum Streit insbesondere über die Frage, ob die Teleclub hierfür ihren Kunden die von ihr entwickelte "ADB"-Set-Top-Box zur Verfügung stellen kann oder ob die Aufschaltung über die "SwissFun"-Set-Top-Box der Cablecom zu erfolgen hat.

Am 9. April 2002 stellte die Teleclub beim Sekretariat der Wettbewerbskommission ein Gesuch um Eröffnung einer Untersuchung und Erlass vorsorglicher Massnahmen gegen die Cablecom, die Unternehmen der Cablecom Gruppe sowie den Verband Swisscable wegen unzulässiger Wettbewerbsbeschränkung. Am 23. September 2002 eröffnete die Wettbewerbskommission die Untersuchung und ordnete als vorsorgliche Massnahme an, die Cablecom habe ab sofort die digitalen Fernsehsignale der Teleclub auf dem Cablecom Kabelnetz zu übertragen (Dispositiv Ziff. 2) und es werde ihr untersagt, diese Übertragung von der Abgabe der Kundenverwaltung

an Cablecom (Dispositiv Ziff. 3) oder vom Einsatz der "SwissFun"-Set-Top-Box (Dispositiv Ziff. 4) abhängig zu machen. Die dagegen von Cablecom erhobene Beschwerde wies die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen am 20. März 2003 ab.

Das Bundesgericht hiess die gegen diesen Entscheid eingereichte Verwaltungsgerichtsbeschwerde hingegen am 5. September 2003 gut und hob den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vollständig sowie die Verfügung der Wettbewerbskommission in Dispositiv Ziffer 2 und 4 auf. Die Anordnung der Wettbewerbskommission blieb insoweit bestehen, als der Cablecom verboten wurde, die Übertragung der digitalen Fernsehsignale über das Cablecom Kabelnetz von der Abgabe der Kundenverwaltung abhängig zu machen (Ziff. 3 der Verfügung der Weko).

Im Anschluss an das Bundesgerichtsurteil vom 5. September 2003 versuchten die beiden Parteien vorerst die Auseinandersetzung einvernehmlich und definitiv zu regeln. Nachdem eine definitive Vereinbarung nicht erreicht werden konnte, nahmen die Parteien Verhandlungen für eine Übergangsregelung auf. Basis der Verhandlungen bildete ein von der Cablecom verfasstes "Term Sheet" vom 24. November 2003, welches unter anderem vorsah, dass Teleclub weiterhin ihre eigenen Set-Top-Boxen verwenden könne. In den mehr als ein Jahr dauernden Verhandlungen erreichten die Parteien Einigkeit bezüglich gewisser Streitpunkte; ein Dissens bestand aber unter anderem weiterhin in der Frage der Höhe des Entgelts.

Am 21. September 2004 reichte die Cablecom bei der Wettbewerbskommission eine Anzeige ein, damit diese eine Untersuchung gegen Teleclub einleite und unter anderem feststelle, dass die von Teleclub mit diversen Lieferanten eingegangenen Exklusivverträge betreffend Pay-TV-Inhalt eine unzulässige Wettbewerbsabrede und/oder eine missbräuchliche Verhaltensweise darstelle. Die Wettbewerbskommission traf diesbezüglich (noch) keine Verfügung.

Am 18. November 2004 reichte die Cablecom beim Handelsgericht des Kantons Zürich Klage gegen die Teleclub ein, und beantragte im Wesentlichen, Teleclub sei zu verpflichten, Cablecom für die digitale Verbreitung des Teleclub-Signals für den Zeitraum von 20. Januar 2004 bis 30. Juni 2004 einen Betrag von CHF [...] nebst Zins zu bezahlen.

Mit Medienmitteilung vom 10. März 2005 gab die Wettbewerbskommission bekannt, dass sie den Beteiligungserwerb von Swisscom an der Filmrechtever-

markterin CT Cinetrade AG, welche die Muttergesellschaft von Teleclub ist, am 7. März 2005 ohne Auflagen zugelassen habe. Auf die von der Cablecom dagegen erhobene Beschwerde mit dem Antrag, den Zusammenschluss zu untersagen oder zumindest nur unter Auflagen zu gewähren, trat die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen mit Entscheid vom 15. Februar 2006 nicht ein. Gegen diesen Beschwerdeentscheid erhob die Cablecom am 20. März 2006 Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht. Dieses Verfahren ist vor dem Bundesgericht noch hängig.

Am 26. April 2005 eröffnete das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) ein Aufsichtsverfahren gegen die Cablecom. Gegenstand des Verfahrens ist die Frage, ob die Cablecom ihre am 26. Juni 2002 vom Bundesrat erteilte Konzession für die Veranstaltung eines digitalen TV-Angebotes in der Schweiz verletzt, weil ihre Set-Top-Boxen - wie die Teleclub behauptet - unter anderem über keine offenen Schnittstellen verfügen, welche Dritten Zugang gewähren.

Mit Schreiben vom 13. Mai 2005 teilte die Cablecom der Teleclub mit, unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Teleclub die Absicht habe, enge Verbindungen mit Swisscom einzugehen, beharre sie auf der unverzüglichen und vollen Migration der Teleclub auf die Plattform der Cablecom. Unter diesen Verhältnissen komme nur eine Migration in Frage, bei der die infrastrukturelle Kundenbeziehung voll auf die Cablecom übergehe. Die Teleclub wies diese Forderung der Cablecom am 27. Mai 2005 zurück.

Am 2. Juni 2005 ersuchte die Cablecom die Wettbewerbskommission, die Teleclub vorsorglich zu verpflichten, ab sofort auf eine Weiterverwendung ihrer eigenen Set-Top-Boxen zu verzichten, die unverzügliche Migration ihrer Kunden auf Cablecom-Set-Top-Boxen zu ermöglichen und die dazu notwendigen Schritte zu unternehmen (wie z.B. die Mitteilung aller relevanten Kundendaten).

Am 30. September 2005 wurde bekannt, dass die Liberty Global Inc. (Liberty) die Cablecom übernehmen wird. Liberty ist ein internationales Medien-, Unterhaltungs-, Technologie- und Kommunikationsunternehmen.

Die Wettbewerbskommission wies das Gesuch der Cablecom um Erlass vorsorglicher Massnahmen mit Zwischenverfügung vom 7. November 2005 ab. Sie führte aus, das Untersuchungsverfahren, in dessen Rahmen das zu prüfende Gesuch eingereicht worden sei, und damit auch der später zu fällende Hauptentscheid, bezweckten die Prüfung der Frage, ob sich die Cablecom auf dem Markt für die Übertragung von Fernsehsignalen zum Fernsehzuschauer über CATV-Netze in der Deutschschweiz in einer marktbeherrschenden Stellung befinde, welche sie durch unzulässiges Verhalten gemäss dem Kartellgesetz missbrauche. Das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen richte sich gegen die Teleclub, wobei innerhalb der Begründung zusätzlich argumentiert werde, Swisscom missbrauche eine marktbeherrschende Stellung. Im Rahmen des hängigen Verfahrens könne jedoch

weder gegen die Teleclub noch gegen die Swisscom verfügt werden, da Verhalten und Marktstellung von Cablecom Gegenstand der Untersuchung bildeten. Vorsorgliche Massnahmen kämen nur gegen den Adressaten der Endverfügung, vorliegend also gegen Cablecom in Betracht. Mit dem Gesuch werde der Erlass vorsorglicher Massnahmen bezweckt, der den Streit der Parteien über die Interpretation des Bundesgerichtsentscheids vom 5. September 2003 beziehungsweise dessen Folgen bis zum Erlass der Hauptverfügung der Wettbewerbskommission klären solle. Somit könnten die beantragten vorsorglichen Massnahmen nicht das Ergebnis der Untersuchung gegen Cablecom darstellen, weil sich das Gesuch weder gegen die Verfügungsadressaten und deren Verhaltensweisen in der Hauptsache richte noch mit dem der Hauptsache zugrunde liegenden Markt deckungsgleich sei und damit der zu prüfenden Marktstellung nicht entsprechen könne. Damit liege eine ungünstige Entscheidprognose ohne weiteres vor. Die Prüfung der weiteren kumulativen Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen, das heisst des Vorliegens eines drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils für den wirksamen Wettbewerb, der Dringlichkeit und der Verhältnismässigkeit der anzuordnenden Massnahmen, erübrige sich.

B. Gegen diese Zwischenverfügung erhob die Cablecom GmbH (Beschwerdeführerin), vertreten durch die Rechtsanwältinnen [...] und [...], am 24. November 2005 Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen. Sie wiederholt im Wesentlichen die von der Vorinstanz abgewiesenen Anträge:

"1. Die angefochtene Verfügung der Vorinstanz sei vollumfänglich aufzuheben und es sei die Teleclub AG unter Androhung der Bestrafung ihrer Organe gemäss Artikel 292 StGB mit Haft oder Busse im Widerhandlungsfalle zu verpflichten, alle nötigen Handlungen vorzunehmen, um die unverzügliche Migration der Verbreitung ihres Pay-TV-Programms an Kunden, welche das Teleclub-Signal über das Kabelnetz der Beschwerdeführerin oder eines ihrer Partnernetze beziehen (nachfolgend die "Betroffenen Kunden"), auf die Digital-Plattform der Beschwerdeführerin zu ermöglichen, insbesondere:

1.1 innerhalb von zehn Tagen ab Gutheissung der vorliegenden Beschwerde alle Betroffenen Kunden schriftlich zu diesem Gesuch über die Migration zu informieren;

1.2 der Beschwerdeführerin innerhalb von zehn Tagen ab Gutheissung der vorliegenden Beschwerde schriftlich und in elektronischer Form die Namen und Adressen der Betroffenen Kunden sowie alle sonstigen Informationen mitzuteilen, um den Austausch der Teleclub-Set-Top-Boxen und Teleclub-SmartCards gegen Set-Top-Boxen und SmartCards der Beschwerdeführerin zu ermöglichen;

1.3 der Beschwerdeführerin innerhalb von zehn Tagen ab Gutheissung der vorliegenden Beschwerde in elektronischer Form sämtliche für die

Migration notwendigen Kundendaten der Betroffenen Kunden, insbesondere abonnierte Produkte und Services, mitzuteilen;

1.4 der Beschwerdeführerin innerhalb von zehn Tagen ab Gutheissung der vorliegenden Beschwerde in schriftlicher Form alle produktrelevanten Daten, insbesondere Produktnamen, Service Namen und Produktkonfiguration mitzuteilen, die die Beschwerdeführerin für die digitale Verbreitung der Teleclub-Pay-TV-Programme benötigt;

1.5 auf Anforderung der Beschwerdeführerin, spätestens aber 30 Tage nach Gutheissung der vorliegenden Beschwerde, der Beschwerdeführerin den digitalen Datenstrom mit den zum Zeitpunkt der Einreichung der vorliegenden Beschwerde übertragenen Teleclub-Pay-TV-Programmen in unverschlüsselter Form im Headend Zürich Leimbach zur Verfügung zu stellen;

1.6 auf Anforderung der Beschwerdeführerin, spätestens aber 30 Tage nach Gutheissung der vorliegenden Beschwerde, der Beschwerdeführerin über den digitalen Datenstrom in unverschlüsselter Form sämtliche sonstigen Daten zu übermitteln und im Headend Zürich Leimbach zur Verfügung zu stellen, die die Beschwerdeführerin zur Steuerung der Teleclub-Pay-TV-Programme oder sonst zur Verbreitung des digitalen Programmangebots von Teleclub benötigt, insbesondere die Daten für den elektronischen Programmführer;

1.7 auf Anforderung der Beschwerdeführerin im erforderlichen Umfang an den notwendigen Integrations- und Funktionstest für die Verbreitung der Teleclub-Pay-TV-Programme über die Set-Top-Boxen der Beschwerdeführerin mitzuwirken;

1.8 ihre Preisstruktur so anzupassen, dass den Betroffenen Kunden keine Kosten der Bereitstellung und der Verwaltung der Set-Top-Boxen mehr berechnet werden; die Betroffenen Kunden sind monatlich mindestens um den Betrag von CHF 15.- zu entlasten, welcher künftig von der Beschwerdeführerin für die Bereitstellung und Verwaltung der Set-Top-Boxen verrechnet wird;

1.9 zu dulden, dass die Beschwerdeführerin den ihr angelieferten digitalen Datenstrom verschlüsselt und nach dem Transcontrol-Prinzip verbreitet, so dass nach Massgabe der Kundendaten der Beschwerdeführerin die Betroffenen Kunden in der Lage sind, die von diesen abonnierten Teleclub-Pay-TV-Programme über die Set-Top-Box der Beschwerdeführerin zu entschlüsseln und zu empfangen;

1.10 zu dulden, dass die Beschwerdeführerin nach Massgabe einer zwischen der Beschwerdeführerin und Beschwerdegegnerin zu treffenden Vereinbarung zur technisch-infrastrukturbezogenen Verwaltung der Betroffenen Kunden alle nötigen Handlungen vornimmt, die erforderlich sind, um die vertragsgemässe Dienstleistung der Be-

schwerdegegnerin zu erbringen, und in dem dafür erforderlichen Umfange mitzuwirken;

2. eventualiter: die angefochtene Verfügung der Vorinstanz sei aufzuheben und gegenüber der Teleclub AG seien die Anordnungen gemäss Ziffer 1 hiervor unter der Auflage zulasten der Geschwisterin anzuordnen, dass diese alle nötigen Massnahmen trifft, um sicherzustellen, dass die Daten der Betroffenen Kunden nicht für die Bewerbung oder den Verkauf von Produkten der Beschwerdeführerin verwendet werden (ausgenommen die infrastrukturelle Kundenbeziehung bezüglich Kabelnetzanschluss und der zum Empfang digitaler Programme und Dienste nötigen Infrastruktur, insbesondere Set-Top-Box und SmartCard)

3. sub-eventualiter: die angefochtene Verfügung der Vorinstanz sei aufzuheben und die Streitsache sei an die Vorinstanz zurückzuweisen unter verbindlicher Weisung an die Vorinstanz, gegenüber der Teleclub AG die Anordnungen gemäss Ziffer 1 hiervor zu treffen.

4. sub-sub-eventualiter: die angefochtene Verfügung der Vorinstanz sei aufzuheben und die Streitsache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin."

Die Beschwerdeführerin beantragte ausserdem den Erlass folgender vorsorglicher Massnahmen:

"Die vorstehend in Ziffer 1 des Rechtsbegehrens aufgeführten Verhaltensanordnungen zulasten der Teleclub seien unverzüglich als vorsorgliche Anordnungen bereits während des laufenden Beschwerdeverfahrens auszusprechen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin."

Zur Begründung hielt die Beschwerdeführerin fest, die Teleclub AG (Beschwerdegegnerin) habe mit Hilfe rechtswidriger vorsorglicher Massnahmen der Wettbewerbskommission auf den Kabelnetzen der Cablecom eine eigene, abgeschottete Digital-Plattform einrichten können. Seit dem Bundesgerichtsentscheid vom 5. September 2003 bemühe sich die Beschwerdeführerin, eine einstweilige Migration der Verbreitung des Programms der Beschwerdegegnerin auf die Digital-Plattform der Cablecom zu erreichen. Jedoch weigere sich die Beschwerdegegnerin, zur Umsetzung des Bundesgerichtsurteils Hand zu bieten und versuche, die vom Bundesgericht präjudizierende Entwicklung der Wettbewerbsverhältnisse auszunützen, um so möglichst hohe Marktzutrittschranken im Pay-TV-Bereich aufrecht zu erhalten. Die Beschwerdegegnerin nehme unter Berufung auf eine falsche Interpretation des Bundesgerichtsurteils die Position ein, dass eine Migration nur in Frage käme, wenn - neben der Kundenverwaltung bezüglich der Teleclub-Programme - auch die technische Kundenadministration bei Teleclub verbliebe. Indessen könne sowohl aus kommerzieller als auch aus technischer Sicht eine Migrati-

on der Teleclub-Verbreitung auf die Digital-Plattform der Cablecom nur bedeuten, dass damit die Cablecom fortan die infrastrukturelle Kundenbeziehung unterhalte und die für die Verbreitung des Teleclub-Programms im Rahmen ihrer Digital-Plattform nötigen Systeme betreibe. Ohne infrastrukturelle Kundenbeziehung bestünde weiterhin eine separate, virtuelle Digital-Plattform der Beschwerdegegnerin auf dem Netz der Cablecom. Sie verlange von der Beschwerdegegnerin nicht die Abgabe der Kundenverwaltung. Die Trennung in eine infrastrukturelle und eine kommerzielle Kundenbeziehung sei keineswegs artifiziell, sondern entspreche bereits dem eingespielten Modell bei der analogen Verbreitung des Teleclub-Signals und dem Canal+-Modell. Dass die Cablecom bei der Erbringung der Verbreitungsdienstleistungen Kenntnis von Daten der betroffenen Teleclub-Kunden erhalte, sei in einer arbeitsteiligen Wirtschaft nichts Aussergewöhnliches. Solange die Beschwerdegegnerin in der Lage sei, sich gegen eine Migration zu sträuben, drohe unmittelbar eine nicht reversible Präjudizierung der Wettbewerbsverhältnisse. Durch die Kontrollübernahme Swisscom/Cinetrade/Teleclub enthalte die Swisscom im Ergebnis einen entbündelten Zugriff auf die Verbreitungsinfrastruktur der Cablecom. Die allgemeinen Voraussetzungen für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen (günstige Entscheidprognose, nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil, Dringlichkeit und Verhältnismässigkeit) könnten nicht unbesehen auf die vorliegende Verfahrenskonstellation angewendet werden. Denn die Beschwerdegegnerin profitiere nach wie vor von der tatsächlichen Situation, welche die Wettbewerbskommission mit den (zu unrecht) angeordneten vorsorglichen Massnahmen geschaffen hatte. Es gehe somit um die Wiederherstellung des Zustands, wie er sich ohne die unzulässigen vorsorglichen Massnahmen der Wettbewerbskommission präsentiert hätte. In der Literatur würden keine hinreichenden Gründe angeführt, weshalb vorsorgliche Massnahmen gegen Dritte, geschweige denn unmittelbar betroffene Parteien eines Verfahrens, a priori unzulässig sein sollten. Bei Teleclub handle es sich zudem um einen faktischen Adressaten des laufenden Untersuchungsverfahrens, denn Teleclub sei vom Ausgang dieses Verfahrens in gleichem Mass betroffen wie die Cablecom. Im Weiteren seien auch die übrigen Voraussetzungen für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen erfüllt. Der Betrieb einer eigenen Digital-Plattform der Beschwerdegegnerin diene dazu, ihre marktbeherrschende Stellung als Pay-TV-Anbieterin abzusichern. Ohne die beantragten Massnahmen habe die Beschwerdeführerin keine Chance, sich bei Kunden als Betreiberin einer Digital-Plattform und Anbieterin eigener Dienste zu etablieren. Jeder Tag ohne Migration erhöhe die Chance, dass es der Swisscom gelingen werde, die Marktstrukturen auf einen Schlag irreversibel zu ihren Gunsten zu verändern. Die Beschwerdegegnerin erleide durch die beantragten Massnahmen hingegen nur geringfügige Nachteile, welche laut Bundesgericht hinzunehmen seien.

C. Am 9. Dezember 2005 verzichtete die Wettbewerbskommission auf die Einreichung einer Stellung-

nahme zum Gesuch der Beschwerdeführerin um Erlass vorsorglicher Massnahmen und reichte die Vorakten ein.

Mit Vernehmlassung vom 21. Dezember 2005 zur Hauptsache hält die Wettbewerbskommission vollumfänglich an ihrem Entscheid vom 7. November 2005 fest und verweist auf ihre Argumentation in der angefochtenen Verfügung. Ergänzend weist sie darauf hin, dass die Beschwerdeführerin nicht, wie sie es formuliere, die Folgenbeseitigung der vorsorglichen Massnahmen oder die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes verlange. Die Folgen der von der Wettbewerbskommission 2002 erlassenen vorsorglichen Massnahmen seien bereits mit deren Aufhebung durch das Bundesgerichtsurteil vom 5. September 2003 beseitigt. Der ursprüngliche Zustand habe nicht darin bestanden, dass die Beschwerdegegnerin in der von der Beschwerdeführerin heute beantragten Weise in deren Plattform integriert gewesen sei. Die Beschwerdeführerin versuche mit dem vorliegenden Verfahren vielmehr, gestaltende vorsorgliche Massnahmen zu erwirken, welche das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien einstweilen neu regeln würden. Letztlich gehe es im vorliegenden Verfahren darum, die Beilegung des Streits zwischen den Parteien zu erwirken, wie weit der vom Bundesgericht vorgezeichnete unselbstständige Auftritt der Beschwerdegegnerin reichen solle beziehungsweise was die Kundenverwaltung alles umfasse. Aufgrund der vom Bundesgericht gestellten hohen Anforderungen an gestaltende vorsorgliche Massnahmen erscheine der Erlass solcher Massnahmen durch die Wettbewerbskommission weder zur Vollstreckung des Bundesgerichtsurteils noch zu dessen Erläuterung das probate Mittel. Die Beschwerdeführerin behauptete, die Wettbewerbskommission könne in der laufenden Untersuchung auch gegen Teleclub vorsorgliche Massnahmen erlassen und begründe dies mit zivilprozessualen Argumenten. Im Kartellverwaltungsrecht gehe es aber gerade nicht darum, ein privates Rechtsverhältnis zu regeln, sondern um den Schutz des wirksamen Wettbewerbs, also um ein öffentliches Interesse. Daher seien die von der Beschwerdeführerin gezogenen Schlussfolgerungen aus der zivilprozessualen Lehre nicht sachgerecht.

D. Am 4. Januar 2006 liess sich die Teleclub AG (Beschwerdegegnerin), vertreten durch die Rechtsanwältin [...] und [...], zum Gesuch betreffend Erlass vorsorglicher Massnahmen während des Beschwerdeverfahrens vernehmen. Sie beantragt, auf dieses Gesuch sei nicht einzutreten; soweit darauf einzutreten sei, sei es abzuweisen. Sofern die vorsorglichen Massnahmen während des Beschwerdeverfahrens ganz oder teilweise gewährt würden, sei einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung nicht zu entziehen und von Cablecom eine Sicherheitsleistung in Höhe von CHF 45 Mio. zu erbringen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin.

Mit Zwischenverfügung vom 13. Januar 2006 wies die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen das Gesuch um Erlass superprovisorisch wirksamer vorsorgli-

cher Massnahmen ab. Gegen diese Zwischenverfügung erhob die Beschwerdeführerin am 26. Januar 2006 Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht.

E. Mit Vernehmlassung vom 24. Januar 2006 nahm die Beschwerdegegnerin zur Hauptsache Stellung. Sie beantragt, auf die Verwaltungsbeschwerde der Cablecom sei nicht einzutreten; soweit darauf einzutreten sei, sei sie abzuweisen. Sofern die Verwaltungsbeschwerde gutgeheissen und die beantragten Massnahmen ganz oder teilweise gewährt würden, sei von Cablecom eine Sicherheitsleistung in Höhe von CHF 45 Mio. zu erbringen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin.

Zur Begründung hält die Beschwerdegegnerin im Wesentlichen fest, die Beschwerdeführerin habe weder ein schützenswertes Interesse an den beantragten Massnahmen noch könne sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil geltend machen. Keine der Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen sei vorliegend erfüllt. Der Erlass von vorsorglichen Massnahmen komme nur gegen die Adressaten der Endverfügung in Betracht. Die Endverfügung der Wettbewerbskommission betreffe allein das Verhalten der Beschwerdeführerin. Mit den beantragten vorsorglichen Massnahmen könne demzufolge die Wirksamkeit der Endverfügung gar nicht sichergestellt werden. Das von der Beschwerdeführerin konstruierte Gebilde des "faktischen Adressaten" beziehungsweise eines "Adressaten im materiellen Sinn" gebe es nicht. Andernfalls würden bei jeder Feststellung des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung sämtliche Opfer des marktmächtigen Unternehmens "faktische Adressaten" der Verfügung der Wettbewerbskommission und das marktmächtige Unternehmen hätte die Möglichkeit, gegen seine Opfer vorsorgliche Massnahmen zu verlangen, sofern es während der Untersuchung seine Marktmacht nicht ausspielen könne. Die beantragten vorsorglichen Massnahmen könnten schwer reversible Strukturveränderungen zur Folge haben. Bei einer Gutheissung würde der Wettbewerb behindert und Teleclub würde als Pay-TV-Veranstalter aus dem Markt gedrängt. Die Beschwerdeführerin verfolge mit den in der Beschwerde beantragten vorsorglichen Massnahmen reine Partikulärinteressen. Mit Hilfe der vorsorglichen Massnahmen versuche sie, an die Kundendaten von Teleclub zu gelangen. Die Unterscheidung in eine "infrastrukturelle" und "kommerzielle" Kundenverwaltung sei ein fadenscheiniges und konstruiertes Argument. Die Kundenverwaltung funktioniere nur über die Infrastruktur, das heisst SMS (Subscriber Management System), CAS (Conditional Access System) und die Smartcard. Im Verfahren vor der Wettbewerbskommission und der Rekurskommission im Jahre 2002 sei deshalb zu Recht nur die Kundenverwaltung thematisiert worden. Selbst die Beschwerdeführerin habe bis anhin nie zwischen verschiedenen Arten der Kundenverwaltung differenziert. Das Canal+-Verwaltungsmodell lasse sich nicht auf Teleclub übertragen, denn Canal+ nehme selber gar keine Kundenverwaltung vor. Dieses Geschäfts-

modell funktioniere bei Canal+ in der Romandie nur, weil es sich dabei nicht um deren Haupt- und Heimmarkt handle. Teleclub müsse die Kundenverwaltung selber vornehmen, um ihr Angebot vermarkten zu können. Ansonsten werde sie zum reinen Pay-TV-Kanallieferanten von Cablecom herabgestuft. Nach dem Bundesgerichtsurteil vom 5. September 2003 hätten die Parteien eine Übergangsregelung bis zum Abschluss des Kartellverwaltungsverfahrens abgeschlossen. Diese habe insbesondere vorgesehen, dass Teleclub weiterhin ihre Set-Top-Boxen auf den Kabelnetzen der Beschwerdeführerin einsetzen und die Kundenverwaltung behalten könne. Entsprechend dieser Vereinbarung habe die Teleclub ihre Set-Top-Boxen weiterhin eingesetzt und seither auch mehrere Tausend Boxen neu auf dem CATV-Netz der Beschwerdeführerin und ihren Partnernetzen installiert. Die aktuelle Situation hinsichtlich der Teleclub-Boxen ergebe sich nicht aus den vom Bundesgericht aufgehobenen Massnahmen der Wettbewerbskommission, sondern aus der zwischen den Parteien getroffenen Regelung. Für Streitigkeiten aus dieser vertraglichen Regelung sei der Zivilrichter zuständig. Zuständig für die beantragten vorsorglichen Massnahmen wäre somit höchstens das Handelsgericht Zürich im Rahmen des laufenden Zivilverfahrens. Dass die Beschwerdeführerin seit Juni 2005 plötzlich der Ansicht sei, dass die Entfernung der Teleclub-Boxen der Dringlichkeit von vorsorglichen Massnahmen bedürfe, lasse sich nur mit der Absicht der Cablecom erklären, ihre Monopolstellung im so genannten Triple Play zu zementieren, bevor Swisscom als Wettbewerber in diesen Markt eintreten könne.

F. Am 14. Februar 2006 wies die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die Parteien darauf hin, dass keine öffentliche Verhandlung durchgeführt werde.

Mit Schreiben vom 20. Februar 2006 bestritt die Beschwerdeführerin den Standpunkt der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, wonach das vorliegende Verfahren keine zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention zum Gegenstand habe. Sie verzichtete indessen ausdrücklich auf die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung und beantragte die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels. Die Beschwerdegegnerin habe in ihren Stellungnahmen vom 4. und 24. Januar 2006 mehrere Noven vorgebracht, zu denen die Beschwerdeführerin noch nicht Gelegenheit gehabt habe, sich zu äussern.

Mit Verfügung vom 28. Februar 2006 lud die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die Beschwerdeführerin ein, sich zu den geltend gemachten Noven vernehmen zu lassen.

Mit Stellungnahme vom 29. März 2006 machte die Beschwerdeführerin geltend, die Beschwerdegegnerin versuche mit zahlreichen Verfahren vor verschiedenen Behörden, eine zwingend notwendige Migration auf die Set-Top-Boxen von Cablecom zu verhindern. Teleclub habe mit den wichtigsten Anbietern von Premium-Content für Pay-TV-Exklusivverträge abgeschlossen. Cablecom könne daher keinen Premium-Content erwerben, trotz der allenfalls etwas ver-

stärkten Einkaufsmacht durch die Übernahme durch Liberty. Die soeben vom Parlament verabschiedete Totalrevision des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen sehe ausdrücklich vor, dass der Kabelnetzbetreiber die Set-Top-Box stelle. Der Programmveranstalter habe danach keinen Anspruch auf den Betrieb einer eigenen Digitalplattform. Das Verbreitungsmodell, das vom Bundesgericht vorgezeichnet worden sei und das von Cablecom für die Dauer des Verfahrens vor der Wettbewerbskommission gefordert werde, sei ein Revenue-Sharing-Modell. Das bedeute, dass Teleclub den Kontakt zu ihren Kunden behalte und nicht, wie von ihr befürchtet, zu einem Wholesaler werde. Alle Set-Top-Boxen der Cablecom hätten eine offene Software-Schnittstelle und erfüllten daher die Konzessionsauflagen des BAKOM. Ferner bestehe auch keine Beschränkung des Adressatenkreises vorsorglicher Massnahmen im Verwaltungsrecht.

In ihrer Stellungnahme vom 6. Juni 2006 hielt die Beschwerdegegnerin fest, die Cablecom habe im zweiten Schriftenwechsel keine Vorbringen und Fakten dargelegt, welche die Situation in Bezug auf die Voraussetzungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen ändere. Die Beschwerdeführerin sei zur Verwaltungsbeschwerde nicht legitimiert, weil die dafür notwendige Voraussetzung des nicht wieder gutzumachenden Nachteils fehle. Ausserdem stelle sie die vorsorglichen Massnahmen in einem gegen sie gerichteten Untersuchungsverfahren der Wettbewerbskommission. Der Endentscheid der Wettbewerbskommission könnte die beantragten Massnahmen somit gar nicht enthalten. Im Weiteren fehlten auch sämtliche materielle Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen.

Mit Schreiben vom 14. Juni 2006 stellte die Beschwerdeführerin ein Gesuch um Akteneinsicht in gewisse Beilagen zur Stellungnahme der Teleclub vom 6. Juni 2006.

Auf die einzelnen Vorbringen und die eingereichten Unterlagen wird - soweit sie für den Entscheid erheblich erscheinen - in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

#### ***Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zieht in Erwägung:***

1. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob auf eine Verwaltungsbeschwerde einzutreten ist (BGE 130 I 312 E. 1, 129 I 173 E. 1 je mit Hinweisen; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1983, S. 73).

1.1. Angefochten ist der Entscheid der Wettbewerbskommission vom 7. November 2005, der als erstinstanzliche Verfügung ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen ablehnt und daher, gleich wie im Verwaltungsbeschwerdeverfahren nach Artikel 45 Absatz 2 Buchstabe g des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) als Zwischenverfügung im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 VwVG zu qualifizieren ist (vgl. REKO/WEF 96/FB-001 E. 1, publiziert in: RPW 1997/2,

S. 243 ff.; REKO/WEF 97/FB-005 E. 1.1, publiziert in: RPW 1997/4, S. 602 ff.).

Diese Zwischenverfügung kann nach Artikel 44 des Kartellgesetzes (zitiert in E. 3) sowie im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege (Art. 44 ff. und Art. 71a VwVG i.V.m. Art. 20 ff. der Verordnung vom 3.2.1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen, VRSK, SR 173.31) mit Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen angefochten werden.

1.2. Zur Verwaltungsbeschwerde ist berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Bst. a VwVG). Handelt es sich bei der fraglichen Verfügung - wie vorliegend - um eine Zwischenverfügung, ist diese nur anfechtbar, wenn sie zusätzlich einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann. Andernfalls kann sie lediglich im Rahmen einer Beschwerde gegen die Endverfügung angefochten werden (Art. 5 Abs. 2 i.V.m. Art. 45 Abs. 1, 2 Bst. g und 3 VwVG und Art. 39 KG; vgl. BGE 127 II 132 E. 2a, 120 Ib 97 E. 1c; vgl. REKO/WEF 99/FB-007 E. 1.1, publiziert in: RPW 1999/4, S. 618 ff.).

Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts reicht für die Annahme eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils auch ein bloss wirtschaftliches Interesse aus, sofern es der beschwerdeführenden Partei nicht lediglich darum geht, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens zu verhindern (BGE 116 Ib 344 E. 1c, bestätigt in BGE 120 Ib 97 E. 1c; BGE 127 II 132 E. 2a, 125 II 613 E. 4; vgl. REKO/WEF 99/FB-007 E. 1.1, a.a.O.).

Im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist der Begriff des nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils demnach weniger streng auszulegen als bei der staatsrechtlichen Beschwerde (BGE 116 Ib 344 E. 1c).

Durch die beschränkte Anfechtbarkeit soll verhindert werden, dass Beschwerdeinstanzen Zwischenverfügungen beurteilen müssen, die durch einen günstigen Endentscheid für den Betroffenen keinen Nachteil mehr darstellen. Das Gericht soll sich nur einmal mit einer bestimmten Streitsache befassen müssen (BGE 116 Ib 344 E. 1c; REKO/WEF 99/FB-001 E. 1.2, publiziert in: RPW 2000/4, S. 703; vgl. auch SCHÄDLER, Vorsorgliche Massnahmen und einstweilige Anordnungen im Kartellverwaltungsverfahren der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft, Basel 2002, S. 214).

Die Beweislast für das Vorhandensein eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils trägt die Partei, welche die Zwischenverfügung anfecht, vorliegend also die Cablecom (vgl. BGE 125 II 613 E. 2a).

1.2.1. Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der angefochtenen Zwischenverfügung mit ihren Anträgen im vorinstanzlichen Verfahren unterlegen, weshalb sie formell beschwert ist.



Was die Voraussetzung des nicht wieder gutzumachenden Nachteils angeht, befürchtet sie im Wesentlichen, die Fortdauer des gegenwärtigen Zustandes (ohne die beantragte Anordnung vorsorglicher Massnahmen) ermögliche es der Beschwerdegegnerin, unter Benützung der Infrastruktur der Beschwerdeführerin eine proprietäre und gegen aussen abgeschottete Fernseh-Plattform zu betreiben und damit ihre marktbeherrschende Stellung als Pay-TV-Anbieterin abzusichern. Dadurch werde verhindert, dass die Beschwerdeführerin gegenüber Kunden, welche an digitalen Inhalten interessiert seien, eine Kundenbindung als Digital-Plattform-Betreiberin und Diensteanbieterin aufbauen könne. Die Beschwerdeführerin und andere potenzielle Konkurrenten der Beschwerdegegnerin würden durch die Existenz der Teleclub Set-Top-Boxen beziehungsweise der Teleclub Digital-Plattform vom Wettbewerb ausgeschlossen. Diese Wettbewerbsnachteile liessen sich, nicht zuletzt aufgrund der schweren Quantifizierbarkeit ihrer monetären Folgen und der haftungsrechtlichen Situation, welche es der Beschwerdeführerin nicht erlaube, die Vorinstanz oder die Beschwerdegegnerin für die entstandenen Nachteile zivilrechtlich haftbar zu machen, nicht mehr leicht wieder gutmachen. Die Gefahr irreversibler Marktstrukturveränderungen habe sich mit der Übernahme von Cinetrade/Teleclub durch Swisscom sprunghaft erhöht.

Die Beschwerdegegnerin erklärt hingegen, Teleclub verfüge über keine proprietäre und gegen aussen abgeschottete digitale Fernseh-Plattform. Die Teleclub-Boxen seien konzessionskonform und störten weder die Infrastruktur der Beschwerdeführerin noch hätten sie Auswirkung auf ihre Pay-TV-Aktivitäten. Die Beschwerdeführerin könne auch keinen finanziellen Nachteil geltend machen. Die Teleclub setze ihre Set-Top-Boxen - gemäss vertraglicher Vereinbarung zwischen den Parteien - ein und stelle sie im Rahmen der Abbonierung eines Pay-TV-Programms ihren Kunden zur Verfügung. Schliesslich erhalte die Swisscom auch keinen "entbündelten" Zugang auf die Infrastruktur und die Kundendaten der Cablecom. Die Swisscom erfahre über die Cablecom Kunden gar nichts. Demzufolge erwachse auch aus dem Zusammenschluss kein nicht wieder gutzumachender Nachteil für die Beschwerdeführerin. Inwiefern daher die Zwischenverfügung der Wettbewerbskommission, mit welcher im Grundsatz die vertragliche Regelung bestätigt worden sei, einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil für Cablecom bewirken könne, bleibe unbeantwortet.

1.2.2. Zur Untermauerung der Existenz eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils stellt die Beschwerdeführerin lediglich Behauptungen auf, die keineswegs bewiesen, sondern im Gegenteil umstritten sind und für deren tatsächliches Bestehen, wie nachfolgend aufgezeigt wird, keine Anhaltspunkte vorliegen.

Die Beschwerdeführerin ging nach dem Bundesgerichtsurteil vom 5. September 2003 (unveröffentlichter Entscheid 2A.142/2003) zuerst selbst davon aus, dass die Beschwerdegegnerin ihre eigenen Set-Top-

Boxen weiterhin verwenden dürfe. Hierzu erklärte sie in ihrem Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen vom 2. Juni 2005, Ziffer 13: "Ursprünglich glaubte die Gesuchstellerin an die Möglichkeit, die Migration unter der Verwendung der bisherigen Set-Top-Boxen der Teleclub vollziehen zu können, welche im System der Gesuchstellerin eingebettet worden wären. (...) An diesem ursprünglichen Plan kann unter den durch den Zusammenschluss Swisscom/Cinetrade geschaffenen, neuen Umständen nicht mehr festgehalten werden". Aufgrund der im Anschluss an das Bundesgerichtsurteil getroffenen Vereinbarungen zwischen den Parteien installierte die Teleclub seit September 2003 - nach ihren Angaben, welchen von der Cablecom nicht widersprochen wurde - 17'000 weitere Teleclub-Set-Top-Boxen auf den CATV-Netzen der Cablecom.

Der Umstand, dass die Beschwerdeführerin vertragliche Vereinbarungen traf, wonach die Teleclub ihre eigenen Set-Top-Boxen weiterhin benutzen darf, und dass sie während längerer Zeit sogar die Neuinstallation von solchen Boxen billigte, lässt die nun vorgebrachte Behauptung, durch die Existenz der Teleclub Set-Top-Boxen auf den Netzen der Cablecom entstünde ein Wettbewerbsnachteil für die Beschwerdeführerin oder sie würde dadurch gar vom Wettbewerb ausgeschlossen, nicht gerade glaubhaft erscheinen.

Die Beschwerdeführerin präzisiert im Weiteren nicht, was sie unter einer "proprietären und gegen aussen abgeschotteten Fernseh-Plattform" versteht, zumal auch von ihr nicht bestritten wird, dass die Teleclub Set-Top-Boxen über Common Interface Schnittstellen verfügen, womit ermöglicht wird, auch das Cablecom-Programm zu empfangen. Die Existenz zweier paralleler Plattformen führte bis anhin zu keinen technischen Problemen oder vermehrter Störunganfälligkeit, was von der Beschwerdeführerin in diesem Verfahren auch nicht mehr behauptet wird.

Inwiefern die Beschwerdeführerin gehindert wird, gegenüber Kunden, welche an digitalen Inhalten interessiert sind, eine Kundenbindung als Digital-Plattform-Betreiberin und Diensteanbieterin aufzubauen, bleibt im Weiteren unklar. Gegenüber den *eigenen* Kunden hat die Beschwerdeführerin alle Mittel in der Hand, eine solche Bindung aufzubauen und zu erhalten. Gegenüber den *Teleclub-Kunden* hat sie hingegen keinen vorrangigen Anspruch auf den Aufbau einer solchen Bindung; es steht ihr indessen selbstverständlich offen, diese und andere potenzielle Kunden mit den üblichen Mitteln von Werbung und Marketing zu erreichen und für sich zu gewinnen.

Es bestehen somit keine Anhaltspunkte dafür, dass die Cablecom durch die Abweisung des Erlasses von vorsorglichen Massnahmen in ihrer wettbewerbswirtschaftlichen Stellung im Markt im Vergleich mit der Teleclub und andern Konkurrenten benachteiligt würde. Sie kann ihre Dienste weiterhin ungehindert anbieten.

Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerin keineswegs gezwungen ist, die digitale Plattform der Beschwerdegegnerin zu dulden, denn gemäss dem Urteil des Bundesgerichts vom 5. September 2003 ist es der Teleclub zuzumuten, ihre Aktivität während der Dauer des Verfahrens über die "SwissFun"-Plattform der Cablecom abzuwickeln. Der Beschwerdeführerin steht es offen, diesen Anspruch - sofern es mittels einer zivilrechtlichen Vereinbarung nicht möglich sein sollte - durch Selbsthilfemassnahmen, wie die Abschaltung des Signaltons, durchzusetzen (vgl. dazu nachfolgende E. 5.2).

1.2.3. Nach dem Gesagten erscheint es äusserst fraglich, ob die angefochtene Zwischenverfügung für die Cablecom einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirkt.

Zugestehen ist der Beschwerdeführerin aber immerhin, dass durch die einstweilen bestehende Digital-Plattform der Teleclub auf dem Netz der Cablecom eine direkte Konkurrenzlage bei den digitalen Pay-TV-Angeboten besteht, womit der Beschwerdegegnerin unter Umständen ermöglicht wird, Marktanteile zu gewinnen (vgl. BGE 127 II 132 E. 2b). Insofern könnte die Beschwerdeführerin ein gewisses wirtschaftliches Interesse an der Anordnung der beantragten vorsorglichen Massnahmen haben. Gerade allfällige Kundenverluste vermögen in der Regel auch nur beschränkt rückgängig gemacht werden (vgl. REKO/WEF FB/2003-11 E. 1.4.2., publiziert in RPW 2003/3, S. 653 ff.; vgl. zur Haftungsfrage im Zusammenhang mit vorsorglichen Massnahmen auch REKO/WEF FB/2002-5 E. 1.2, publiziert in: RPW 2003/2, S. 406).

Nachdem die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen in bisher entschiedenen Streitigkeiten über vorsorgliche Massnahmen nicht sehr hohe Anforderungen an den Nachweis der Beschwerdelegitimation gestellt hat (vgl. beispielsweise FB/2003-11 E. 1.4 f., a.a.O.) und auch in der Literatur gewisse Zweifel darüber bestehen, ob das Erfordernis des nicht wieder gutzumachenden Nachteils gerechtfertigt ist (vgl. ISABELLE HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Referat zum schweizerischen Juristentag 1997, Basel 1997, S. 380 ff. und S. 376), rechtfertigt es sich, diesbezüglich auch im jetzigen Zeitpunkt nicht übermässige Strenge walten zu lassen und der Beschwerdeführerin ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Zwischenverfügung zuzuerkennen.

1.3. Die Beschwerdefrist (Art. 50 VwVG; die Beschwerdeführerin erhielt die angefochtene Verfügung vom 7.11.2005 am 14.11.2005) sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 52 Abs. 1 VwVG). Die Vertreter der Beschwerdeführerin haben sich rechtsgenügend durch Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt (Art. 46 ff. VwVG).

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2. Mit Schreiben vom 14. Juni 2006 stellte die Beschwerdeführerin ein Gesuch um Akteneinsicht in gewisse Beilagen zur Stellungnahme der Teleclub vom 6. Juni 2006. Einige dieser Beilagen enthalten nach Auffassung der Beschwerdegegnerin Geschäftsgeheimnisse, weshalb sie teilweise in dem der Beschwerdeführerin zur Kenntnis gegebenen Beilagenverzeichnis unkenntlich gemacht wurden, so dass für die Beschwerdeführerin nicht ersichtlich ist, um welche Beweisofferten es sich dabei handelt.

Die betreffenden Beilagen haben sich indessen als nicht entscheiderelevant erwiesen, da die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen sich in ihrem Entscheid auf andere Gesichtspunkte stützte (vgl. nachfolgende E. 5.3 und 5.4); sie dienten der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen in diesem Sinne nicht als Beweismittel (Art. 26 Abs. 1 Bst. b VwVG). Aus diesem Grund ist der Antrag der Beschwerdeführerin, Einsicht in die Beschwerdebeilagen 4, 6, 7, 8, 9 und 10 zu nehmen, abzuweisen. Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör liegt damit nicht vor.

3. Die angefochtene Zwischenverfügung erging gestützt auf das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251). Dieses Gesetz bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG). Es gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen, und ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden (vgl. Art. 2 KG).

Das Kartellgesetz behält Vorschriften vor, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen oder die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (vgl. Art. 3 Abs. 1 KG).

3.1. Dass im Bereich der Übertragung digitaler Fernsehsignale über Kabelnetze keine nach Artikel 3 KG vorbehaltenen Vorschriften existieren, welche einer Anwendung des Kartellgesetzes entgegenstehen, wurde bereits betreffend dieselbe Fallkonstellation im Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 20. März 2003 (FB/2002-5 E. 2, a.a.O.) festgestellt und auch vom Bundesgericht verschiedentlich bestätigt (Urteil vom 3.10.2001 i.S. Commcare AG c. Swisscom AG [2A.503/2000] E. 6c; Urteil vom 5.9.2003 i.S. Cablecom GmbH c. Teleclub AG [2A.142/2003] E. 4.1.3).

3.2. Die Wettbewerbskommission hat bei jedem Begehren auf Erlass von vorsorglichen Massnahmen von Amtes wegen zu prüfen, ob die beantragten Massnahmen zum Schutz des öffentlichen Interesses am

wirksamen Wettbewerb geboten sind oder ob sie lediglich im privaten Interesse der Gesuchsteller liegen. Nur wenn die angebehrten Massnahmen im öffentlichen Interesse liegen, hat die Wettbewerbskommission materiell auf das Gesuch einzugehen, ansonsten hat sie, mangels sachlicher Zuständigkeit, einen Nichteintretensentscheid zu fällen. Sowohl beim Begriff des öffentlichen Interesses wie auch beim Begriff des wirksamen Wettbewerbs handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe, bei dessen Auslegung der Wettbewerbskommission ein nicht unerheblicher Ermessensspielraum zukommt. Die Wettbewerbsbehörden haben eine Einzelfallbeurteilung unter Würdigung aller relevanten Umstände vorzunehmen (SCHÄDLER, a.a.O., S. 117 f.). Der Richter hat so lange nicht einzugreifen, als die Auslegung der Verwaltungsbehörde als vertretbar erscheint (vgl. statt vieler: BGE 119 Ib 254 E. 2b mit Hinweisen; HÄFELIN/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich 2002, Rz 454 f.).

Die Wettbewerbskommission hielt diesbezüglich unter Verweis auf die Rechtsprechung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen fest, da im vorliegenden Fall nicht ohne weiteres summarisch beurteilt werden könne, ob die vorläufige Sicherung des wirksamen Wettbewerbs oder ob Partikulärinteressen im Vordergrund stünden, es sei auf das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erlass vorsorglicher Massnahmen einzutreten. Die sachliche Zuständigkeit sei somit gegeben.

Die Frage, unter welchen Bedingungen die Programme der Teleclub über die Netze der Cablecom übertragen werden sollen und wie im deutschschweizerischen digitalen Pay-TV-Markt die einzusetzende Plattform wettbewerbsverträglich auszugestalten sei (hinsichtlich des Einsatzes und Betriebs der Set-Top-Boxen, Smartcards, SMS und CAS), bildet den Streitpunkt zwischen den Parteien seit nunmehr dreieinhalb Jahren. Dass die Wettbewerbskommission sich nicht im Rahmen der Eintretensvoraussetzungen darauf festlegen will, ob die in diesem Zusammenhang stehenden Forderungen der Cablecom primär der Sicherung des wirksamen Wettbewerbs dienen oder nur ihren eigenen Interessen, erscheint unter diesen Umständen vertretbar. Es sind auch keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass die Wettbewerbskommission mit ihrer Würdigung das ihr zugebilligte Ermessen über- oder unterschritten oder rechtsfehlerhaft ausgeübt hätte.

4. Am 23. September 2002 eröffnete die Wettbewerbskommission auf Ersuchen der Teleclub AG eine Untersuchung im Sinne von Artikel 27 KG gegen die Cablecom und ordnete als vorsorgliche Massnahme an, die Cablecom habe ab sofort die digitalen Fernsehsignale der Teleclub auf dem Cablecom Kabelnetz zu übertragen (Dispositiv Ziff. 2), und es werde ihr untersagt, diese Übertragung von der Abgabe der Kundenverwaltung an Cablecom (Dispositiv Ziff. 3) oder vom Einsatz der "SwissFun"-Set-Top-Box (Dispositiv Ziff. 4) abhängig zu machen. Die dagegen von Cablecom erhobene Beschwerde wies die Rekurs-

kommission für Wettbewerbsfragen am 20. März 2003 ab (Entscheid FB/2002-5, a.a.O.).

Das Bundesgericht hiess die gegen diesen Entscheid eingereichte Verwaltungsgerichtsbeschwerde hingegen am 5. September 2003 gut und hob den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vollständig sowie die Ziffern 2 und 4 der Verfügung der Wettbewerbskommission auf, die wie folgt lauten:

2. Cablecom GmbH wird im Sinne einer vorsorglichen Massnahme und unter Hinweis auf die gesetzlichen Sanktionsdrohungen gemäss Artikel 50 beziehungsweise 54 KG verpflichtet, ab sofort die digitalen Fernsehsignale der Teleclub AG auf dem Cablecom Kabelnetz zu übertragen.

4. Der Cablecom GmbH wird im Sinne einer vorsorglichen Massnahme und unter Hinweis auf die gesetzlichen Sanktionsdrohungen gemäss Artikel 50 beziehungsweise 54 KG untersagt, die Übertragung der digitalen Fernsehsignale über das Cablecom Kabelnetz vom Einsatz der SwissFun Set-Top-Box abhängig zu machen.

Zur Begründung hielt das Bundesgericht im Wesentlichen fest, es sei nicht mit der für den Erlass der angefochtenen vorsorglichen Massnahmen erforderlichen Wahrscheinlichkeit auszuschliessen, dass die von der Cablecom geltend gemachten "legitimate business reasons", welche im Einzelfall jeweils aufgrund der konkreten Umstände genau zu prüfen seien, tatsächlich bestünden. Es rechtfertige sich zudem eine gewisse Zurückhaltung der Wettbewerbsbehörden, weil Gegenstand der Auseinandersetzung *konzessionspflichtige* Tätigkeiten von zwei je marktmächtigen Parteien bildeten, welche nicht nur wettbewerbsrechtlichen, sondern auch gewissen medienpolitischen Vorgaben zu gehorchen hätten. Ohne vertiefte Abklärungen rechtfertige es sich nicht, über eine vorsorgliche, praktisch einem vorgezogenen Endentscheid gleichkommende Massnahme, wettbewerbsrechtlich einen Zustand zu schaffen, welcher den Spielraum der konzessionsrechtlichen Aufsichtsbehörden einzuengen geeignet sei. Es erscheine auch nicht zum Vornherein ausgeschlossen, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen ihre beanstandete Verhaltensweise damit rechtfertige, dass sie eine in einem anderen Bereich, hier dem Pay-TV-Markt, marktbeherrschende Anbieterin daran hindern wolle, ihrerseits Marktzutrittsschranken zu errichten und wirksamen Wettbewerb dort zu verunmöglichen. Bei der vorliegenden in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht unsicheren Ausgangslage erscheine es unverhältnismässig, die Cablecom vorsorglich zu verpflichten, die Teleclub mit deren eigenen Plattform auf ihren Netzen zuzulassen. Die Aufrechterhaltung der vorsorglichen Massnahmen könnte für die Dauer des Verfahrens bewirken, dass in einem weiten Bereich des von der Teleclub beherrschten Pay-TV-Markts Konkurrenzangebote ohne Chance blieben. Es werde mit der umstrittenen Massnahme ein technisch schwierig abschätzbarer Prozess vorweggenommen, der einer vertieften Abklärung in einem Untersuchungsverfahren bedürfe. Bestehen bleiben könne

die Anordnung der Wettbewerbskommission insoweit, als der Cablecom verboten worden sei, die Übertragung der digitalen Fernsehsignale über das Cablecom Kabelnetz von der Abgabe der Kundenverwaltung abhängig zu machen (Ziff. 3 der Verfügung der Wettbewerbskommission), was die Cablecom selber zugestehe und worauf bereits die Rekurskommission deshalb nicht mehr habe zurückkommen müssen.

Im Anschluss an das Bundesgerichtsurteil vom 5. September 2003 versuchten die beiden Parteien vorerst, die Auseinandersetzung einvernehmlich und definitiv zu regeln. Nachdem eine definitive Vereinbarung nicht erreicht werden konnte, nahmen die Parteien Verhandlungen für eine Übergangsregelung auf. Basis der Verhandlungen bildete ein von der Cablecom verfasstes "Term Sheet" vom 24. November 2003, welches unter anderem vorsah, dass die Teleclub weiterhin ihre eigenen Set-Top-Boxen verwenden könne. Am 13. Mai 2005 teilte die Cablecom der Teleclub mit, sie beharre auf der unverzüglichen und vollen Migration der Teleclub auf die Plattform der Cablecom. Es komme nur eine Migration in Frage, bei der die infrastrukturelle Kundenbeziehung voll auf die Cablecom übergehe. Die Teleclub wies diese Forderung der Cablecom am 27. Mai 2005 zurück.

Das in der Folge von der Cablecom bei der Wettbewerbskommission gestellte Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen wies letztere mit Zwischenverfügung vom 7. November 2005 ab.

5. Die Beschwerdeführerin erklärt in ihrer Beschwerde, die Beschwerdegegnerin habe mit Hilfe rechtswidriger vorsorglicher Massnahmen der Wettbewerbskommission auf den Kabelnetzen der Cablecom eine eigene, abgeschottete Digital-Plattform eingerichtet. Die allgemeinen Voraussetzungen für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen (günstige Entscheidprognose, nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil, Dringlichkeit und Verhältnismässigkeit) könnten nicht unbesehen auf die vorliegende Verfahrenskonstellation angewendet werden. Denn die Beschwerdegegnerin profitiere nach wie vor von der tatsächlichen Situation, welche die Wettbewerbskommission mit den (zu unrecht) angeordneten vorsorglichen Massnahmen geschaffen hatte. Es gehe somit um die Wiederherstellung des Zustands, wie er sich ohne die unzulässigen vorsorglichen Massnahmen der Wettbewerbskommission präsentiert hätte. Ohne die beantragten Massnahmen habe die Beschwerdeführerin keine Chance, sich bei Kunden als Betreiberin einer Digital-Plattform und Anbieterin eigener Dienste zu etablieren. Jeder Tag ohne Migration erhöhe die Chance, dass es der Swisscom gelingen werde, die Marktstrukturen auf einen Schlag irreversibel zu ihren Gunsten zu verändern. Die Beschwerdegegnerin erleide durch die beantragten Massnahmen hingegen nur geringfügige Nachteile, welche laut Bundesgericht hinzunehmen seien.

Die Beschwerdegegnerin macht demgegenüber geltend, das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erlass vorsorglicher Massnahmen ziele ausschliesslich darauf, Partikulärinteressen zu verfolgen, die die Exis-

tenz von Cablecom in keiner Art und Weise tangieren würden, weshalb über diese höchstens der Zivilrichter und nicht die Wettbewerbskommission zu befinden habe. Keine der Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen sei erfüllt. Bei einer Gutheissung würde der Wettbewerb behindert und Teleclub würde als Pay-TV-Veranstalter aus dem Markt gedrängt. Die Cablecom wolle ihre Monopolstellung im so genannten Triple Play (Telefon, Internet und TV) zementieren, bevor Swisscom als Wettbewerber in diesen Markt eintreten könne.

5.1. Die Wettbewerbskommission ist im Rahmen von Untersuchungen - in analoger Anwendung von Artikel 56 VwVG auf das erstinstanzliche Verfahren - befugt, zur Sicherung des wirksamen Wettbewerbs von Amtes wegen vorsorgliche Massnahmen anzuordnen, wenn die einschlägigen Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. diesbezüglich aus der reichhaltigen Rechtsprechung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen statt vieler Entscheide REKO/WEF FB/2002-5 E. 3, a.a.O.).

Über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen wird in einem summarischen Verfahren befunden (KÖLZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich 1998, Rz. 331). Aufgrund der Akten muss glaubhaft sein, dass in der Hauptsache eine *günstige Erfolgsprognose* gestellt werden kann, dass ein *nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil für den wirksamen Wettbewerb* (und subsidiär dazu für die von einer möglichen Wettbewerbsbeschränkung betroffenen Marktteilnehmer) besteht, dass *dringlicher Handlungsbedarf* besteht und dass die anzuordnende Massnahme den Grundsatz der *Verhältnismässigkeit* wahrt (vgl. REKO/WEF FB/2002-5 E. 5, a.a.O.; REKO/WEF FB/2003-11, E. 5.2, a.a.O.; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 2005, Rz. 1005; PATRICK SCHÄDLER, a.a.O., S. 127 ff.).

Für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen müssen die genannten vier Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein. Somit ist ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen bereits dann abzuweisen, wenn auch nur eine dieser Voraussetzungen nicht gegeben ist (vgl. beispielsweise die Zwischenverfügung der REKO/WEF vom 21.4.2005 i. S. C. [FB/2005-3]).

Nach der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die Anordnung vorsorglicher Massnahmen von einer Abklärung der Sach- und der Rechtslage abhängig zu machen, welche mit hinreichender Sicherheit ausschliesst, dass das in Frage stehende, möglicherweise kartellrechtswidrige Verhalten nicht sachlich gerechtfertigt beziehungsweise durch so genannte *legitimate business reasons* gedeckt ist (Urteil des Bundesgerichts vom 5.9.2003 [2A.142/2003] E. 3.3 und E. 5).

5.2. Wie oben dargelegt, annullierte das Bundesgericht in seinem Entscheid die von der Vorinstanz gegenüber der Beschwerdeführerin vorsorglich verfügte Aufschaltverpflichtung betreffend die digitalen Teleclub-Pay-TV-Programme (Dispositiv-Ziff. 2) sowie das vorsorglich verhängte Verbot, solche Fernsehübertra-

gungen vom Einsatz der "SwissFun"-Set-Top-Boxen abhängig zu machen (Dispositiv-Ziff. 4).

Es führte dazu in Erwägung 5.2.3 seines Entscheidendes Folgendes aus:

"Die Teleclub AG bietet als Deutschschweizer Programmveranstalterin Abonnementsfernsehen an; in dieser wirtschaftlichen Kerntätigkeit wird sie von der Beschwerdeführerin nicht behindert, soweit sie bereit ist, ihre Aktivität über die "SwissFun"-Plattform abzuwickeln.(...) Für die Dauer des Verfahrens sind dieser [der Teleclub] die sich für sie hieraus ergebenden Nachteile - insbesondere der von ihr befürchtete "unselbstständige Auftritt als Gesellschaft" - zuzumuten, nachdem nicht mehr umstritten ist, dass sie ihre Kundenverwaltung nicht an die Beschwerdeführerin abzutreten hat, und auch andere eigenständige "Pay-TV"-Anbieter (Canal+ usw.) zurzeit in diesem Rahmen über das Netz der Beschwerdeführerin verbreitet werden. Diese hat erklärt, dass sie die Beschwerdegegnerin im Rahmen ihrer Plattform sich durchaus als "selbstständige Programmveranstalterin" positionieren lassen wolle (eigenständiges Branding), worauf sie (vorläufig) zu behaften ist."

Nach diesem höchstrichterlichen Urteil ist der Beschwerdegegnerin somit zuzumuten, die "SwissFun"-Plattform zu benutzen; im Gegenzug muss die Cablecom das Teleclub-Angebot unter diskriminierungsfreien Bedingungen verbreiten.

Trotz dieser klaren Aussagen des Bundesgerichts verzichtete die Beschwerdeführerin, nachdem sich das Scheitern einer Einigung mit der Beschwerdegegnerin hinsichtlich der Modalitäten der Umsetzung des Bundesgerichtsurteils abzeichnete, darauf, die in ihrem Kabelnetz aufgeschalteten digitalen Teleclub-Pay-TV-Programme abzuschalten. Wie die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen bereits in ihrer Zwischenverfügung vom 13. Januar 2006 festhielt (S. 6 f.), wäre dies indessen technisch ohne weiteres realisierbar und nach dem besagten höchstrichterlichen Urteil kartellrechtlich (wie auch zivilrechtlich) zulässig gewesen.

Die Beschwerdeführerin selbst räumt denn auch ein, sie könne "ihren Anspruch auf Migration" ohne behördliche Massnahmen jedenfalls dann durchsetzen, wenn sie die Verbreitung des bisherigen Signaltons der Beschwerdegegnerin einstellen würde (vgl. insbesondere den Titel vor den Ziffern 114 ff. der Verwaltungsbeschwerde sowie Ziffer 26 und Ziffern 114 ff. der Verwaltungsbeschwerde). Sie hält dazu in Ziffer 115 ihrer Verwaltungsbeschwerde fest, "die Beschwerdeführerin hat bis heute davon abgesehen, aus dem taktierenden Verhalten der Teleclub die naheliegenden Konsequenzen zu ziehen und die Verbreitung des Teleclub-Signals zur Versorgung der Teleclub-Plattform einzustellen. Die Beschwerdeführerin ist überzeugt, dass eine Migration auf ihre Plattform für beide Parteien die bessere Lösung darstellen würde als die Unterbrechung der Signalversorgung für die Teleclub-Plattform".

5.3. Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen im Kartellverwaltungsverfahren setzt voraus, dass der Verhältnismässigkeitsgrundsatz gewahrt bleibt. Verhältnismässig sind vorsorgliche Massnahmen, wenn sie geeignet sind, den glaubhaft gemachten, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil abzuwenden, wenn sie ferner zur Abwendung dieses Nachteils erforderlich sind, wobei das mildeste Mittel gewählt werden muss, mit welchem das Ziel erreicht werden kann, und wenn die (öffentlichen und privaten) Interessen an der Anordnung der Massnahmen allfällige entgegenstehende Interessen überwiegen (vgl. SCHÄDLER, a a.O., S. 145 ff.).

Vorliegend fehlt es schon an der Erforderlichkeit der verlangten Massnahmen:

Die Beschwerdeführerin hat die Möglichkeiten und Mittel, um durchzusetzen, dass die Cablecom-Set-Top-Boxen anstatt der Set-Top-Boxen der Beschwerdegegnerin verwendet werden. Falls diesbezüglich keine vertragliche Vereinbarung getroffen werden kann, bliebe ihr als letztes Mittel wie gesagt (s. E. 5.2) die Einstellung der Verbreitung des Signaltons der Teleclub. Somit sind behördliche Massnahmen nicht notwendig.

Es kann nicht der Sinn vorsorglicher Massnahmen im Rahmen eines kartellverwaltungsrechtlichen Untersuchungsverfahrens sein, Streitigkeiten zu erledigen, welche auch auf vertragsrechtlicher Basis gelöst werden können. Damit würde das Kartellgesetz disfunktional eingesetzt, was nicht zuletzt den schützenswerten Interessen der Gegenparteien zuwiderliefe (vgl. REKO/WEF 97/FB-005 E. 2.2.6, a.a.O.).

Zwar macht die Beschwerdeführerin geltend, bei einer zwangsweisen Migration liesse sich eine Unterbrechung der Verbreitung des Teleclub-Programms nicht vermeiden. Da das Pay-per-Channel-Angebot von Teleclub ein Monopolprodukt sei, könne sie ihren Kunden aus kommerziellen Gründen das Teleclub-Programm nicht vorenthalten; die Cablecom könne es sich nicht leisten, gegenüber ihren Kabelnetzkunden ohne Premium Pay-TV dazustehen (Ziff. 26 und 115 der Verwaltungsbeschwerde vom 24.11.2005). Die vorsorglichen Massnahmen seien erforderlich, weil sie die einzig *praktikable* Möglichkeit darstellten, einer nicht reversiblen Beeinträchtigung des Wettbewerbs entgegenzuwirken (Ziff. 117 der Verwaltungsbeschwerde).

Bei dieser Argumentation verkennt die Beschwerdeführerin, dass die Teleclub für die Übertragung ihres Programms zwingend auf die CATV-Infrastruktur von Cablecom angewiesen ist, weil sich Fernsehsignale bisher nur über Kabelnetze grossflächig, in hoher Qualität und damit kommerziell verbreiten lassen und das Telefonnetz bis auf weiteres keine Alternative darstellt. Aus diesem Grund würden die Abschaltung des Signaltons und die vorübergehende Unterbrechung der Verbreitung des Teleclub-Programms für die Beschwerdegegnerin einen äusserst nachteiligen Zustand schaffen, den sie fraglos nicht lange hinnehmen würde und aus kommerziellen sowie finanziellen Gründen auch nicht könnte. Die für die

Beschwerdeführerin durch diesen Schritt eintretenden Nachteile (das Unvermögen, die eigenen Kunden mit dem Teleclub-Programm zu versorgen und die sich daraus ergebende Unzufriedenheit der Kunden) wären daher zweifellos nur von kurzer Dauer. Da sich die Beschwerdeführerin bei dieser Massnahme auf einen bundesgerichtlichen Urteilsspruch stützen könnte, wäre sie voraussichtlich, entgegen ihren Ausführungen in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 26. Januar 2006, auch nicht mit grösseren Imageschäden verbunden. Ohne Zweifel wäre der für die Teleclub aus der Abschaltung des Signaltons sich ergebende Schaden (Imageschaden wie auch finanzieller Schaden) grösser als die Nachteile, welche die Cablecom dabei vorübergehend hinzunehmen hätte, nicht zuletzt weil die Cablecom neben dem Teleclub-Programm auch noch andere (eigene) Programme verbreitet.

Es kann deshalb nicht gesagt werden, die Einstellung der Verbreitung des Teleclub-Signals zur Versorgung der Teleclub-Plattform stelle für die Beschwerdeführerin einen unzumutbaren Schritt der Selbsthilfe dar. Anhand dieser Selbsthilfe vermag die Beschwerdeführerin ihre Forderungen im Rahmen des Kartellgesetzes rechtmässig durchzusetzen, soweit sie die medienrechtlichen Konzessionsbestimmungen beachtet und nicht die Kundenverwaltung der Beschwerdegegnerin einverlangt (vgl. nachfolgende E. 6). Somit wäre es mangels Erforderlichkeit unverhältnismässig, die Interessen der Beschwerdeführerin mit autoritativen behördlichen Massnahmen durchzusetzen.

5.4. Im Weiteren ist auch die Dringlichkeit der beantragten vorsorglichen Massnahmen zu verneinen:

Dringlichkeit liegt dann vor, wenn davon ausgegangen werden muss, dass der nicht leicht wieder gutzumachende Nachteil vor dem Erlass des Hauptschiedes eintreten wird beziehungsweise dass mit der Massnahme nicht zugewartet werden kann, bis die Untersuchung nach Artikel 27 ff. KG abgeschlossen ist (DUCREY PATRIK, Vorsorgliche Massnahmen im Kartellverwaltungsrecht, sic! 1998 S. 289, mit Verweisen; FB/2002-5 E. 5.5, a.a.O.).

Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen wird in der Praxis abgelehnt, wenn der Gesuchsteller durch sein Verhalten zu erkennen gibt, dass keine Dringlichkeit besteht. Dies ist besonders der Fall, wenn er mit seinem Antrag, in Kenntnis der gegen ihn gerichteten Vorkehren, ohne triftige Gründe ungebührlich lange zuwartet (HOMBURGER, Kommentar zum Schweizerischen Kartellrecht, Zürich 1990, Ziff. 18 zur Art. 13 KG; vgl. auch HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Ziff. 17 zu Art. 17 KG [REGULA WALTER]; URS SCHENKER, Die vorsorgliche Massnahme im Lauterkeits- und Kartellrecht, Zürich 1985, S. 56). Diese Meinung wird auch von BORER vertreten, der in seinem Kommentar zum Kartellgesetz, (Ausgabe 2005, Ziff. 6 zu Art. 17 KG, S. 290) festhält, falls dem Gesuchsteller die Marktstörung bekannt sei und er dennoch mit der Einleitung des Massnahmeverfahrens zuwarte, sei davon auszugehen, dass keine besondere Dringlichkeit bestehe.

In diesem Fall tritt nach SCHENKER (a.a.O., S. 86) eine besondere prozessrechtliche Verwirkung ein. Der Antragsteller verliert durch sein Zuwarten das Recht auf die Durchführung des für dringende Fälle vorgesehenen Massnahmeverfahrens, denn die Einleitung eines schnellen Verfahrens nach längerem Zuwarten sei im Sinne des *venire contra factum proprium* rechtsmissbräuchlich. Ausserdem dürfe die Zeit, die der Antragsteller selbst versäumt habe, nicht durch die Durchführung eines Verfahrens ohne volle Richtigkeitsgarantien auf Kosten des Antraggegners aufgeholt werden.

Der Tatbestand des Rechtsmissbrauchs wird aber auch bei längerem Zuwarten nicht erfüllt, wenn der Antragsteller die Zeit nicht untätig vergehen liess, sondern versuchte, seinen Anspruch auf andere Weise durchzusetzen. Suchte der Antragsteller zuerst eine Einigung auf dem Vergleichsweg, so kann ihm der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs nicht gemacht werden, wenn er nach dem Scheitern derartiger Bemühungen doch noch einen Massnahmeantrag stellt, da er ja die ganze Zeit zum Ausdruck brachte, dass er seinen Anspruch durchsetzen wollte (SCHENKER, a.a.O., S. 87; HOMBURGER, a.a.O., Ziff. 18 zu Art. 13 KG). Lässt der Antragsteller hingegen trotz positiver Kenntnis der Verletzungshandlung untätig mehr Zeit verstreichen als zur Vorbereitung des Massnahmeantrags notwendig ist, so hat er sein Recht auf eine vorsorgliche Massnahme grundsätzlich verwirkt, ohne dass die Frage der objektiven Dringlichkeit noch geprüft und eine Interessenabwägung durchgeführt werden müsste. Die Zeitspanne für den Eintritt der Verwirkung kann dabei nicht allgemeingültig festgelegt werden. Nach der deutschen Praxis liegt sie in der Regel zwischen einem bis drei Monaten (SCHENKER, a.a.O., S. 87).

Vorliegend hat die Beschwerdeführerin nach dem Urteil des Bundesgerichts vom 5. September 2003 fast zwei Jahre zugewartet mit ihrem Antrag auf Erlass von vorsorglichen Massnahmen. Zwar hat sie in dieser Zeit Vergleichsverhandlungen mit der Beschwerdegegnerin durchgeführt. Folgende Anhaltspunkte stellen aber trotzdem zumindest Indizien dafür dar, dass eine grosse Dringlichkeit nicht besteht:

Die Beschwerdeführerin ging, wie oben (E. 1.2.2) dargelegt, nach dem Bundesgerichtsurteil vom 5. September 2003 davon aus, dass die Beschwerdegegnerin ihre eigenen Set-Top-Boxen weiterhin verwenden dürfe. Im November 2003 nahmen die beiden Parteien Vergleichsverhandlungen auf; Basis dieser Verhandlungen war, dass die Teleclub-Set-Top-Boxen bei den Teleclub-Abonnenten eingesetzt würden. Diese Grundlage war für beide Parteien bis Oktober 2004 unbestritten (vgl. "Term Sheet" vom 24.11.2003: "TC represents and warrants that all TC settop boxes are in full compliance with CC standards for software and hardware", "TC is solely responsible for the installation and provisioning of the Set Top boxes used by TC"; vgl. auch das Schreiben der Cablecom vom 6.10.2004).

In der Zeit seit September 2003 installierte die Teleclub Tausende weitere Teleclub-Set-Top-Boxen auf

den CATV-Netzen der Cablecom. Die Beschwerdeführerin erklärte dazu, sie hätte gegen die Installation neuer Teleclub-Set-Top-Boxen nichts tun können, weil ihr keine rechtlichen Mittel zur Verfügung gestanden seien, um dies zu verhindern.

In einem Schreiben vom 20. Dezember 2004 kündigte die Cablecom an, sie müsse die von der Teleclub vorgeschlagenen technischen Lösungsvarianten vor einer Fortsetzung des Migrationsprozesses im Detail überprüfen. Im Weiteren erklärte sie, dass das Verfahren der Fusionskontrolle in Sachen Swisscom/Cinetrade allenfalls noch einen Einfluss auf die in Rede stehende konkrete Umsetzung der Migration haben könnte. Daraufhin liess die Cablecom aber weitere fünf Monate verstreichen, bis sie der Teleclub mit Schreiben vom 13. Mai 2005 mitteilte, unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Teleclub die Absicht habe, enge Verbindungen mit Swisscom einzugehen, beharre sie auf der unverzüglichen und vollen Migration der Teleclub auf die Plattform der Cablecom. Unter diesen Verhältnissen komme nur eine Migration in Frage, bei der die infrastrukturelle Kundenbeziehung voll auf die Cablecom übergehe.

Unter Anbetracht dieses Zeitablaufs und des oben (E. 5.2) erörterten Umstands, dass der Beschwerdeführerin bereits seit dem Bundesgerichtsurteil vom 5. September 2003, also seit nunmehr fast drei Jahren, Mittel und Möglichkeiten zur Verfügung standen und stehen - wenn auch unter Inkaufnahme gewisser Nachteile -, die beantragte Migration selbst durchzusetzen, kann nicht von einer Dringlichkeit des Erlasses der angebotenen vorsorglichen Massnahmen gesprochen werden.

5.5. Somit sind die Voraussetzungen der Verhältnismässigkeit und der Dringlichkeit für den Erlass der beantragten vorsorglichen Massnahmen nicht erfüllt.

Unter diesen Umständen kann offenbleiben, ob auch die günstige Entscheidungsprognose zu verneinen ist, wie die Vorinstanz argumentiert. Dies umso mehr, als nach neuerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Hauptsachenprognose nur bei Eindeutigkeit zu berücksichtigen ist. Bei tatsächlichen und rechtlichen Unklarheiten dränge sich hingegen Zurückhaltung auf, weil in diesem Fall die erforderlichen Entscheidungsgrundlagen im Hauptverfahren erst noch beschafft werden müssten (BGE 130 II 149 E. 2.2; Urteil des Bundesgerichts vom 3.1.2006 [2A.397/2005] E. 2.2).

6. Was im Übrigen die Frage der "Kundenverwaltung" anbelangt, ist dazu Folgendes festzuhalten:

Das Bundesgericht hielt in seinem Entscheid vom 5. September 2003 bezüglich der Kundenverwaltung lediglich fest (E. 6.1 des Entscheids), die Anordnung der Wettbewerbskommission könne insoweit bestehen bleiben, als der Beschwerdeführerin verboten worden sei, die Übertragung der digitalen Fernsehsignale über das Cablecom Kabelnetz von der Abgabe der Kundenverwaltung abhängig zu machen, was die Beschwerdeführerin selber zugestehe und worauf bereits die Rekurskommission deshalb nicht mehr habe zurückkommen müssen. Wörtlich erklärte es etwas weiter oben (E. 5.2.2):

"Für die Dauer des Verfahrens sind dieser [der Teleclub] die sich für sie hieraus ergebenden Nachteile - insbesondere der von ihr befürchtete "unselbstständige Auftritt als Gesellschaft" - zuzumuten, nachdem nicht mehr umstritten ist, dass sie ihre Kundenverwaltung nicht an die Beschwerdeführerin abzutreten hat".

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ihrerseits führte in ihrem Entscheid vom 20. März 2003 (FB/2002-5, E. 5.3.1) aus:

"Da die Beschwerdeführerin die Aufschaltung der digitalen Teleclub-Programme in der Verwaltungsbeschwerde ausdrücklich nicht von der Abgabe der Kundenverwaltung abhängig macht, erübrigen sich weitere Überlegungen zu dieser Forderung"

Die Beschwerdeführerin stellt sich in ihrer Beschwerde nun auf den Standpunkt, sowohl aus kommerzieller wie auch aus technischer Sicht könne eine Migration der Teleclub-Verbreitung auf die Digital-Plattform der Cablecom nur bedeuten, dass die Cablecom fortan die infrastrukturelle Kundenbeziehung unterhalte und die für die Verbreitung des Teleclub-Programms im Rahmen ihrer Digital-Plattform nötigen Systeme betreibe. Ohne infrastrukturelle Kundenbeziehung bestünde weiterhin eine separate, virtuelle Digital-Plattform der Beschwerdegegnerin auf dem Netz der Cablecom. Sie verlange von der Beschwerdegegnerin nicht die Abgabe der Kundenverwaltung. Die Trennung in eine infrastrukturelle und eine kommerzielle Kundenbeziehung sei keineswegs artifiziell, sondern entspreche bereits dem eingespielten Modell bei der analogen Verbreitung des Teleclub-Signals und dem Canal+-Modell.

Die Beschwerdegegnerin erklärt demgegenüber, die Unterscheidung in eine "infrastrukturelle" und "kommerzielle" Kundenverwaltung sei ein fadenscheiniges und konstruiertes Argument. Die Kundenverwaltung funktioniere nur über die Infrastruktur, das heisst SMS, CAS und die Smartcard. Im Verfahren vor der Wettbewerbskommission und der Rekurskommission im Jahre 2002 sei deshalb zu Recht nur die Kundenverwaltung thematisiert worden. Selbst die Beschwerdeführerin habe bis anhin nie zwischen verschiedenen Arten der Kundenverwaltung differenziert. Das Canal+-Verwaltungsmodell lasse sich nicht auf Teleclub übertragen, denn Canal+ nehme selber gar keine Kundenverwaltung vor. Dieses Geschäftsmodell funktioniere bei Canal+ in der Romanie nur, weil es sich dabei nicht um deren Haupt- und Heimmarkt handle. Teleclub müsse die Kundenverwaltung selber vornehmen, um ihr Angebot vermarkten zu können. Ansonsten werde sie zum reinen Pay-TV-Kanallieferanten von Cablecom herabgestuft.

Nachdem die Frage, wie weit der vom Bundesgericht vorgezeichnete unselbstständige Auftritt der Geschwägerin reichen solle beziehungsweise was die Kundenverwaltung alles umfasse, bisher weder thematisiert noch in irgendeiner Weise behandelt worden ist, kann es nun nicht Aufgabe der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen sein, diesbezüglich in

einem Verfahren um Erlass vorsorglicher Massnahmen Präzisierungen vorzunehmen und die Beilegung des Streits zwischen den Parteien in diesem Punkt zu bewirken. Wie die Wettbewerbskommission in ihrer Vernehmlassung zu Recht festhält, erscheint "aufgrund der vom Bundesgericht gestellten hohen Anforderungen an gestaltende vorsorgliche Massnahmen der Erlass solcher Massnahmen durch die Wettbewerbskommission weder zur Vollstreckung des Bundesgerichtsurteils noch zu dessen Erläuterung das probate Mittel". Die Frage der Kundenverwaltung ist - falls sie sich nach allfälligen Selbsthilfemassnahmen von Seiten der Beschwerdeführerin (vgl. E. 5.3) überhaupt noch stellt - vielmehr auf vertragsrechtlicher Basis im Rahmen des bezüglich Dispositiv Ziffer 3 (Verbot, die Übertragung der digitalen Fernsehsignale der Teleclub auf dem Cablecom-Kabelnetz von der Abgabe der Kundenverwaltung an Cablecom abhängig zu machen) in Rechtskraft erwachsenen Entscheides der Wettbewerbskommission vom 23. September 2002 zu lösen.

7. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die einschlägigen Voraussetzungen für den Erlass der beantragten vorsorglichen Massnahmen nicht glaubhaft gemacht worden sind. Der angefochtene Zwischenentscheid der Wettbewerbskommission ist daher nicht zu beanstanden.

Somit ist die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

8. Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei zu betrachten. Sie hat daher die Verfahrenskosten, einschliesslich jener für die Zwischenverfügung vom 13. Januar 2006, zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese werden mit dem am 6. Dezember 2005 geleisteten Kostenvorschuss von CHF [...] verrechnet. Eine Parteientschädigung zu Gunsten der Beschwerdeführerin fällt ausser Betracht (Art. 64 Abs. 1 VwVG.).

Der obsiegenden Beschwerdegegnerin ist zulasten der unterliegenden Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung für die erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten der Vertretung zuzusprechen. Mangels einer detaillierten Kostennotte wird die Entschädigung von Amtes wegen und nach Ermessen festgesetzt (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 8 Abs. 1 und 2 Bst. a der Verordnung vom 10.9.1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren, SR 172.041.0).

***Demnach entscheidet die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen:***

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.  
2. Der Beschwerdeführerin werden folgende Kosten auferlegt:

- |   |           |
|---|-----------|
| a) die Spruchgebühr, bestimmt auf                       | CHF [...] |
| b) die Schreibgebühr von                                | CHF [...] |
| c) die Spruchgebühr der Zwischenverfügung, bestimmt auf | CHF [...] |
| d) die Schreibgebühr der Zwischenverfügung von          | CHF [...] |

***Total*** ***CHF [...]***

Die Verfahrenskosten von CHF [...] werden mit dem am 6. Dezember 2005 geleisteten Kostenvorschuss von CHF [...] verrechnet. Der Betrag von CHF [...] ist innert dreissig Tagen nach Eröffnung des Beschwerdeentscheides auf das Postkonto [...], REKO/WEF, 3202 Frauenkappelen, einzuzahlen.

3. Der Beschwerdegegnerin wird zulasten der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von CHF [...] (inkl. MwSt.) zugesprochen.

4. [Rechtsmittelbelehrung]

5. [Eröffnung]



B 3

2. **Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband SBVV, Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V./Weko**

**Beschwerdeentscheid (Geschäfts-Nr. FB/2005-4) vom 11. Juli 2006 in Sachen Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband SBVV (Beschwerdeführer 1) und Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V. (Beschwerdeführer 2) (Verwaltungsbeschwerde vom 15.4.2005) gegen Wettbewerbskommission (Weko) (Vorinstanz) (Verfügung vom 21.3.2005) betreffend unzulässige Wettbewerbsbeschränkung**

**Es hat sich ergeben:**

A. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission eröffnete am 28. September 1998 eine Untersuchung über die Preisbindung im Buchhandel für deutschsprachige Bücher. In dieser wurden der Schweizerische Buchhändler- und Verleger-Verband (SBVV) sowie der Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V. einbezogen.

Mit Verfügung vom 6. September 1999 stellte die Wettbewerbskommission fest, dass der Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagserzeugnisse in der Schweiz eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 Absätze 1 und 3 Buchstabe a des Kartellgesetzes darstelle. Sie verpflichtete die Verleger und Zwischenbuchhändler, ihre Abnehmer ohne Sammelrevers-Preisbindung zu beliefern, und erklärte die Buchhändler als nicht mehr an diese gebunden.

Die gegen diese Verfügung durch den SBVV und den Börsenverein, jeweils vertreten durch ihre Anwälte, am 8. beziehungsweise 20. Oktober 1999 an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen erhobenen Verwaltungsbeschwerden wies diese am 21. März 2006 ab, soweit darauf einzutreten sei. Sie hielt im Wesentlichen fest, die gesetzliche Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs könne nicht umgestossen werden. Demzufolge erweise sich die angefochtene Verfügung als rechtskonform. Mit den dargelegten Ausführungen sei zugleich begründet, dass der rechtserhebliche Sachverhalt vollständig und richtig festgestellt worden sei und die Streitsache auch nicht - im Sinne des Eventualantrags der Beschwerdeführer - an die Vorinstanz zurückzuweisen sei.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerden vom 21. Juni 2001 gelangten der SBVV und der Börsenverein an das Bundesgericht und beantragten, den Beschwerdeentscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen aufzuheben, eventuell sei die Sache zur Neubeurteilung an diese, subeventuell zur Ergänzung des Verfahrens an die Wettbewerbskommission selber zurückzuweisen.

Mit Urteil vom 14. August 2002 hiess das Bundesgericht die Verwaltungsgerichtsbeschwerden teilweise gut, hob den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 21. Mai 2001 auf und wies

die Sache zur neuen Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Wettbewerbskommission zurück.

Das Bundesgericht erwog im Wesentlichen, der Sammelrevers bilde unbestrittenermassen (zumindest) im vertikalen Verhältnis zwischen den Verlegern und den Buchhändlern eine rechtlich erzwingbare Vereinbarung, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecke oder bewirke; der Sammelrevers sei deshalb eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 des Kartellgesetzes (E. 4.). Dieses Bündel vertikaler Vereinbarungen führe zu einer horizontalen Preisabrede unter den Buchhändlern im Sinne einer abgestimmten Verhaltensweise. Die Vermutung, dass eine solche Preisabrede den Wettbewerb beseitige und damit unzulässig sei, könne durch den Nachweis widerlegt werden, dass trotz der Preisabrede ein funktionierender Innen- und Aussenwettbewerb bestehe. Entgegen der im Widerspruch mit dem Gesetz stehenden Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen könne auch bei einer horizontalen Preisabrede die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung durch den Nachweis widerlegt werden, dass auf einem konkreten Markt der Preis nicht der allein entscheidende Wettbewerbsparameter sei, und es daher trotz dessen Ausschaltens aufgrund anderer Faktoren (Qualität) noch zu einem Wettbewerb komme. Somit könne vorliegend die Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung auch widerlegt werden, wenn nachgewiesen werde, dass auf dem Buchhandelsmarkt trotz Ausschaltung des Preiswettbewerbs aufgrund anderer Parameter ein wirksamer (Rest- oder Teil-)Wettbewerb fortbestehe (E. 8.3.4.). Im Buchhandel komme zumindest bei einem erheblichen Teil der Buchkäufe Dienstleistungsfaktoren wie Sortimentsqualität und Beratung eine erhebliche Bedeutung zu (E. 9.4.3.). Es könne somit als erwiesen erachtet werden, dass auf dem Buchhandelsmarkt nebst dem Preis auch die Qualität eine erhebliche Bedeutung habe, so dass die Ausschaltung des Preiswettbewerbs nicht zwangsläufig den Wettbewerb an sich beseitige (E. 9.4.4., 9.5.1., 9.5.3., 9.5.5.). Der Wettbewerb werde durch den Sammelrevers erheblich und an sich in unzulässiger Weise beeinträchtigt, es sei denn, die Abrede erscheine aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz als gerechtfertigt (Art. 5 Abs. 2 KG); die Prüfung entsprechender Rechtfertigungsgründe setze neben der Beurteilung von Rechtsfragen Feststellungen sachverhaltlicher Natur voraus; die Sache sei hierzu an die Wettbewerbskommission zurückzuweisen (E. 10., 10.2.). Es könne davon ausgegangen werden, dass die Buchpreisbindung jedenfalls bezüglich einzelner Titel vertriebsförderlich und eine Rechtfertigung aus diesem Grund nicht zum Vorneherein ausgeschlossen sei (E. 10.3.1.). Sofern es so dann stimme, dass die Preisbindung die Zahl und Vielfalt der erhältlichen Bücher erhöhe, könnte dies eine Produktverbesserung im Sinne des Kartellgesetzes bilden (E. 10.3.2.). Wenn es auch zutrefte, dass

die Zahl der verfügbaren Fachbuchtitel durch die Preisbindung erhöht werde, sei nicht ausgeschlossen, diese mit dem Argument der Verbreitung von technischem und beruflichem Wissen zu rechtfertigen (E. 10.3.3.). Soweit der Sammelrevers aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sei, habe die Wettbewerbskommission ausserdem zu prüfen, ob die umstrittene Abrede notwendig sei, das heisst ob die angestrebten Ziele nicht auch mit anderen Mitteln als dem Sammelrevers 93 erreicht werden könnten (E. 10.4.). Des Weiteren habe die Wettbewerbskommission in ihrer Untersuchung abzuklären, inwiefern das völkerrechtliche Verbot der Marktabschottung der Zulässigkeit des Sammelrevers entgegenstehe. Dabei sei zu berücksichtigen, dass in Deutschland und Österreich ein analoger Sammelrevers angewendet werde und nationale Buchpreisbindungssysteme vor dem Recht der EU standhalten könnten (E. 10.5.).

B. Mit Schreiben vom 8. Januar 2003 wandte sich die Wettbewerbskommission an die Rechtsvertreter des SBVV und des Börsenvereins und teilte ihnen mit, dass sie die Untersuchung in Sachen "Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagserzeugnisse in der Schweiz" weiterführen werde, um die vom Schweizerischen Bundesgericht geforderten Abklärungen vorzunehmen. Mit Schreiben vom 27. Januar 2003 liess die Wettbewerbskommission den jeweiligen Rechtsvertretern einen Fragebogen zukommen und ersuchte sie um dessen Beantwortung. Am 9. Mai 2004 gingen die Antworten des SBVV und des Börsenvereins bei der Wettbewerbskommission ein. Am 25. März 2004 sandte die Wettbewerbskommission anderen Unternehmen und Verbänden einen Fragebogen. Dabei handelte es sich um 12 Verlage beziehungsweise Verlagsgruppen und 70 Buchhandlungen, wobei die Fragebogen von 46 Buchhandlungen und 11 Verlagen beantwortet wurden.

Am 16. April 2004 teilte der SBVV mit, er habe von verschiedenen in der Schweiz als Buchhändler und Verleger tätigen Unternehmen erfahren, dass sie vom Sekretariat der Wettbewerbskommission einen Fragebogen betreffend die Buchpreisbindungsuntersuchung der Wettbewerbskommission erhalten hätten. Indem sich das Sekretariat der Wettbewerbskommission direkt an die vom SBVV vertretenen Buchhandlungen und Verlage gewandt habe, habe es in Abweichung der Normen zur Vertretung im Verwaltungsverfahren (Art. 11 VwVG) gehandelt. Die gesetzliche Vertretungsfunktion des SBVV sei im Übrigen auch in Erwägung 1.1. des Urteils des Bundesgerichts vom 14. August 2002 ausdrücklich unter Berufung auf Artikel 11 VwVG bestätigt worden. Aus diesem Grund beantragte der SBVV, (1) dass die Wettbewerbskommission feststelle, dass die direkte Zustellung der fraglichen Fragebogen an vom SBVV obligatorisch vertretenen Buchhandlungen und Verlage rechtswidrig sei, (2) dass das Sekretariat der Wettbewerbskommission dem SBVV eine Liste mit einem Fragebogen direkt angeschriebener Buchhandlungen und Verlage übermittle, (3) dass das Sekretariat der Wettbewerbskommission den angeschriebenen Buchhandlungen und Verlagen mitteile, dass die Zustellung der Fragebogen rechtswidrig gewesen sei

und folglich keine Verpflichtung bestehe, den Fragebogen zu beantworten.

Mit rechtskräftiger Zwischenverfügung vom 27. April 2004 trat die Wettbewerbskommission auf die Begehren gemäss Ziffern 1 und 3 des Gesuchs nicht ein, gab jedoch dem Gesuch um Zustellung einer Liste mit den direkt am 25. März 2004 angeschriebenen Buchhandlungen und Verlagen statt.

Auf Ersuchen des Sekretariats der Wettbewerbskommission teilte der SBVV diesem am 17. Juni 2004 mit, er habe den betroffenen Buchhandlungen und Verlagen mit Schreiben vom 17. Mai 2004 Erläuterungen zum Fragebogen der Wettbewerbskommission sowie eine Kurzfassung des Prognos-Berichts "Buchmarkt und Buchpreisbindung in der Schweiz" vom September 2001 zugestellt.

Am 15. September 2004 erhielten der SBVV und der Börsenverein den Verfügungsentwurf. Mit Schreiben vom 9. November 2004 beantragte der Rechtsvertreter des SBVV, es seien das den Schweizer Buchhändler- und Verleger-Verband betreffende Untersuchungsverfahren und das den Börsenverein des deutschen Buchhandels betreffende Untersuchungsverfahren zu vereinigen. Am 10. November 2004 entsprach die Wettbewerbskommission diesem Antrag.

Die Parteien machten am 11. Oktober 2004 von ihrem Recht auf Akteneinsicht Gebrauch und nahmen am 18. Januar 2005 zum Verfügungsentwurf Stellung. Dabei stellten sie den Antrag, der Sammelrevers 1993 sei als im Sinne von Artikel 5 KG effiziente Abrede als zulässig zu qualifizieren und die Untersuchung betreffend Preisbindung im Buchhandel vorbehaltlos und ohne Kostenfolgen für die betroffenen Unternehmen einzustellen.

Am 21. Februar 2005 fand eine Anhörung der Parteien gemäss Artikel 30 Absatz 2 KG statt, an welcher insgesamt 11 Vertreter der Buchbranche teilnahmen.

Am 16. März 2005 ersuchten die Parteien die Wettbewerbskommission, das Sekretariat der Wettbewerbskommission sei im Sinne von Artikel 30 Absatz 2 KG zu beauftragen, mit den Branchenverbänden eine einvernehmliche Regelung im Sinne von Artikel 29 KG auszuarbeiten, welche sich an den Eckpunkten Flexibilisierung der Preisbindung durch einen Preiskorridor (Über- oder Unterschreitung des festgesetzten Endverkaufspreises um bis zu 5%), zeitliche Begrenzung der Preisbindung (d.h. Preisbildung entfällt für solche deutschsprachigen Bücher und Musikalien, deren Endverkaufspreis vor mehr als 24 Monaten zum ersten Mal bekannt gemacht wurde und deren Lieferzeitpunkt länger als sechs Monate zurückliegt) und Einstellung des Verfahrens auszurichten habe. Dieses Gesuch lehnte die Wettbewerbskommission an ihrer Sitzung vom 21. März 2005 aus zwei Gründen ab. Einerseits sei ein solches Gesuch um Aufnahme von Verhandlungen zwecks möglichen Abschlusses einer einvernehmlichen Regelung als verspätet zu erachten, denn es sei nach siebenjähriger Verfahrensdauer, nach Abschluss des Schriftenwechsels und nach Abhaltung einer einlässlichen Anhörung und unmittelbar vor der Entscheidung erfolgt. Andererseits sei das

Gesuch inhaltlich ungenügend bestimmt. Es habe keine konkreten Verpflichtungen der Parteien enthalten, sondern habe sich auf die Aufnahme zeitlich und materiell völlig offener Verhandlungen beschränkt.

Am 21. März 2005 erliess die Wettbewerbskommission eine Verfügung mit folgendem Dispositiv:

"1. Der Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagserzeugnisse in der Schweiz ist unzulässig nach Massgabe von Artikel 5 Absatz 1 KG.

2. Die Verleger und die Zwischenbuchhändler werden verpflichtet, ihre Abnehmer ohne Sammelrevers-Preisbindung zu beliefern.

3. Die Buchhändler sind an bestehende Sammelrevers-Preisbindungen nicht mehr gebunden.

4. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können von der Weko mit Sanktionen gemäss Artikel 50 beziehungsweise 54 KG geahndet werden.

5. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF [...], bestehend aus der Gebühr von CHF [...] und den Auslagen von CHF [...], werden den Adressaten der Verfügung zu gleichen Teilen, das heisst je CHF [...], und unter solidarischer Haftung auferlegt.

6. [Rechtsmittelbelehrung]

7. [Eröffnung]"

Zur Begründung erwog die Wettbewerbskommission im Wesentlichen, der Sammelrevers stelle eine erhebliche Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 5 Absatz 1 KG dar und könne nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Artikel 5 Absatz 2 KG gerechtfertigt werden. Folglich stelle der Sammelrevers eine unzulässige Wettbewerbsabrede dar.

Insbesondere hielt die Wettbewerbskommission fest, keiner der gesetzlichen Effizienzgründe sei in ausreichendem Ausmass gegeben. Gestützt auf Befragungen der involvierten Verbände, Buchhandlungen und Verlage, auf die Würdigung der Erfahrungen aus anderen Staaten mit und ohne Preisbindungssysteme sowie auf eine theoretische Analyse der juristischen und ökonomischen Aspekte kam die Wettbewerbskommission zum Schluss, die von den Parteien dem Sammelrevers zugeschriebene Verbesserung des Vertriebs (Senkung der Vertriebskosten) und Verbesserung des Produktesortiments (Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren) seien nicht rechtsgenügend nachgewiesen worden. Eine Rechtfertigung aufgrund einer Senkung der Herstellungskosten, aufgrund der Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen oder aufgrund einer rationellen Nutzung von Ressourcen sei in casu ausgeschlossen, da diese Rechtfertigungsgründe bereits in den eingehend geprüften Rechtfertigungsgründen der Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren und Senkung der Vertriebskosten enthalten seien. Auch könne ein rechtsgenügender Kausalzusammenhang zwischen den positiven Effizienzwirkungen und dem Sammelrevers nicht nachgewiesen werden. Die positi-

ven Effizienzwirkungen des Sammelrevers seien somit nicht genügend erstellt worden, vielmehr würden die mit der Preisbindung verbundenen negativen Wirkungen überwiegen.

Obwohl verschiedene Staaten Erfahrungen mit einem Wechsel von einem System mit Buchpreisbindung zu einem System ohne Buchpreisbindung oder umgekehrt gemacht hätten, liessen solche Erfahrungen keine klaren Schlüsse zu, ob sich eine Aufhebung des Sammelrevers aus ökonomischer Sicht eindeutig positiv oder negativ auswirken würde. Ein klarer kausaler Zusammenhang mit der Aufhebung oder Einführung der Buchpreisbindung sei nicht ersichtlich, weshalb die ausländischen Erfahrungen bloss als Indizien taugten. Aus den angestellten Quervergleichen zwischen Staaten mit oder ohne Buchpreisbindung lasse sich auch schwerlich eine zuverlässige Schlussfolgerung ziehen, die als Beweis für oder gegen die Effizienz des Sammelrevers verwendet werden könnte.

Bezüglich der *Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren* stellte sich die Wettbewerbskommission auf den Standpunkt, es sei nicht davon auszugehen, dass der Sammelrevers mit einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu einer erhöhten Sortimentsbreite beziehungsweise -tiefe und zu einer grösseren Titelvielfalt führe. Es sei insbesondere nicht ersichtlich und von den Parteien auch nicht dargelegt worden, inwiefern der Sammelrevers geeignet wäre, die Vorratshaltung der Buchhandlungen zu fördern. Zudem habe kein plausibler Zusammenhang zwischen Titelvielfalt und der Buchpreisbindung erstellt werden können. Hingegen sei nicht auszuschliessen, dass die Aufhebung des Sammelrevers zu einer Verstärkung der Konzentration auf Buchhandelsstufe führen würde, während kleinere Buchhandlungen sich vermehrt spezialisieren müssten. Ein solcher Konzentrationsprozess hätte hinsichtlich der wirtschaftlichen Effizienz wahrscheinlich positive Auswirkungen. So könnte die Aufnahme von Büchern in das Sortiment von Grossverteilern mit Verbundsvorteilen verbunden sein und die Entstehung grösserer Buchhandlungen oder die Bildung von Buchhandelsketten könnte zur Ausnutzung von Grössenvorteilen führen. Das Festhalten an einem klein strukturierten Buchhandel, wie dies von den Parteien geltend gemacht werde, stelle ein Argument dar, das ausschliesslich auf der Verteilung der Verhandlungsmacht beruhe und nicht als Effizienzgrund in Frage kommen könne.

Zum Rechtfertigungsgrund der *Senkung der Vertriebskosten* äusserte sich die Wettbewerbskommission dahingehend, der Sammelrevers zeitige absatzfördernde Wirkungen, die zumindest in gewissen Sparten eine Verbesserung des Vertriebs herbeizuführen vermochten. Dem seien die Kosten entgegenzuhalten, die der engmaschige und kleinstrukturierte Buchhandel in der deutschsprachigen Schweiz durch Verzicht auf Grössenvorteile (Buchhandelsketten) und Verbundvorteile (Grossverteilern, Warenhäuser usw.) verursache. Der bei einer Aufhebung des Sammelrevers eintretende Rückgang des Service- und Beratungsniveaus in den Buchhandlungen dürfte weniger aufgrund eines Trittbrettfahrerverhaltens als vielmehr

aufgrund der Aufgabe der Geschäftsstellen mit einem kleinen Einzugsgebiet zustande kommen, wobei teilweise eine Umlagerung der Service- und Beratungsleistungen auf die Verlage erfolgen könnte. Diejenigen Konsumenten, die heute "unfreiwillig" für Service- und Beratungsleistungen bezahlen, würden von schlankeren Buchhandelsstrukturen profitieren. Somit sei die mit dem Sammelrevers verbundene Verbesserung des Vertriebs aufgrund der nachteiligen Wirkungen nicht geeignet, eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz herbeizuführen.

Des Weiteren hielt die Wettbewerbskommission fest, der Sammelrevers führe nicht zu einer direkten **Senkung der Herstellungskosten**. Eine Senkung der durchschnittlichen Herstellungskosten könnte sich allenfalls als Nebeneffekt von anderen Effizienzgründen einstellen. Der Effizienzgrund "Senkung der Herstellungskosten" sei somit zumindest redundant, weshalb auf die Analyse der Rechtfertigungsgründe "Senkung der Vertriebskosten" und "Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren" verwiesen werde.

Ferner gelangte die Wettbewerbskommission zum Schluss, der Sammelrevers zeitige hinsichtlich der **Verbreitung von technischem und beruflichem Wissen sowie einer rationelleren Nutzung von Ressourcen** keine Effizienzwirkungen, die nicht schon unter der Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren oder der Senkung der Vertriebskosten erfasst worden wären. Eine Rechtfertigung aus den erstgenannten Gründen sei im Fall des Sammelrevers zumindest redundant.

Hinsichtlich der bundesgerichtlichen Weisung, wonach die Wettbewerbskommission bei der Effizienzprüfung auch die Beziehung zu den deutschsprachigen Buchmärkten im Ausland zu berücksichtigen habe, führte die Wettbewerbskommission aus, die EU-Kommission habe die Buchpreisbindung ausschliesslich im Hinblick auf die wettbewerbsrelevanten Auswirkungen im zwischenstaatlichen Verhältnis beurteilt. Die nationalen Buchpreisbindungen in Deutschland und in Österreich seien mittels Buchpreisbindungsgesetzen geregelt und dem Zugriff durch die nationalen Wettbewerbsbehörden entzogen worden. Ein solches Buchpreisbindungsgesetz existiere in der Schweiz nicht, weshalb das Kartellgesetz voll zur Anwendung komme. Die Auswirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen oder die Auswirkungen einer Aufhebung einer Wettbewerbsbeschränkung auf Drittstaaten würden vom Kartellgesetz nicht erfasst. Indessen könnte eine Aufhebung des Sammelrevers in der Schweiz Reaktionen aus Deutschland und Österreich hervorrufen, die Rückwirkungen auf die Schweiz zeitigten, welche möglicherweise kartellrechtlich unzulässig wären. Eine Wahrscheinlichkeit von Reimporten in grossem Umfang von der Schweiz nach Deutschland oder Österreich sei indes als gering einzustufen.

Schliesslich machte die Wettbewerbskommission die Parteien darauf aufmerksam, dass für sie die Möglichkeit bestehe, beim Bundesrat einen Antrag um Zulas-

sung des Sammelrevers aus überwiegenden öffentlichen Interessen, namentlich kultur- und bildungspolitischen Kriterien, zu stellen.

C. Gegen die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 21. März 2005 reichten der Schweizer Buchhändler- und Verleger-Verband (SBVV) und der Börsenverein des Deutschen Buchhandels (Beschwerdeführer), vertreten durch ihre Anwälte, am 15. April 2005 beziehungsweise 3. Mai 2005 Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ein. Sie beantragen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, die Aufhebung der angefochtenen Verfügung der Wettbewerbskommission und die Qualifizierung des Sammelrevers 1993 als zulässige, effiziente Abrede im Sinne von Artikel 5 KG.

Vorab sind die Beschwerdeführer der Meinung, die Wettbewerbskommission habe ihr Gesuch betreffend Aushandlung einer einvernehmlichen Regelung zu Unrecht abgewiesen.

Zur Begründung führten die Beschwerdeführer im Wesentlichen aus, die angefochtene Verfügung treffe die vom Bundesgericht ausdrücklich angeordneten Sachverhaltsaufklärungen nicht oder in unzureichender Weise und stütze ihre Argumentation deshalb auf keine ausreichende empirische Grundlage. Es sei vorab darauf hinzuweisen, dass die Wettbewerbskommission im Verfügungsentwurf ausdrücklich bestimmte Effizienzwirkungen des Sammelrevers anerkannt habe. Jedoch seien die entsprechenden Textpassagen in der endgültigen Fassung der Verfügung gestrichen worden. Der von der Wettbewerbskommission angewendete Effizienzbegriff sei zu eng. Einerseits stelle sie überzogene Anforderungen an den von den Beschwerdeführern zu erbringenden Nachweis der Effizienz. Andererseits unterstelle die Untersagungsverfügung ohne Nachweis von den Beschwerdeführern bestrittene negative Effekte des Sammelrevers, wobei widersprüchliche Annahmen zu den Preiseffekten einer Freigabe der Buchpreise zur Anwendung kämen. Hierdurch werde eine Rechtfertigung des Sammelrevers faktisch unmöglich gemacht. Die Wettbewerbskommission verstosse dadurch gegen die Untersuchungsmaxime, wonach sie verpflichtet sei, auch im Rahmen der Effizienzprüfung sämtliche Auswirkungen des Sammelrevers (positive und negative) zu ermitteln und nachzuweisen. Auch liege ein Verstoß gegen das Neutralitätsgebot vor, welches die Wettbewerbskommission zur Objektivität und Fairness gegenüber den Beteiligten eines Kartellverfahrens verpflichte. Dabei dürfe sie nicht unterschiedliche Massstäbe anwenden, je nachdem, ob es sich bei der Effizienzprüfung um positive oder negative Wirkungen handle. Beispielsweise lasse sich das Erfordernis einer Mengen- und Qualitätssteigerung aus Artikel 5 Absatz 2 KG nicht entnehmen.

Soweit die Wettbewerbskommission auf empirische Daten zugreife oder neue Daten in das Verfahren einführe, würden diese empirischen Befunde in unzutreffender Weise gewürdigt. Ausserdem sei der Effizienzbegriff der Untersagungsverfügung aus ökonomischer Sicht problematisch und inkonsistent, da er der Fiktion eines perfekten Marktes folge, ohne die

Effizienz sichernden Effekte von Regulierungen bei heterogenen Gütern gebührend zu würdigen. Alle Effizienzwirkungen würden entgegen anerkannten ökonomischen Paradigmen stets auf die Konsumenten bezogen, so dass etwa die Bedeutung monopolisierter Händlerstrukturen und die positiven externen Effekte von Büchern unterschätzt oder nur unzureichend untersucht und gewürdigt würden. Die Wettbewerbskommission lege ihrer Effizienzbetrachtung das Konzept der statischen Effizienz bei homogenen Gütern zugrunde, das aus Sicht der ökonomischen Theorie nicht mehr zeitgemäss und zudem bei einem heterogenen Gut wie einem Buch verfehlt sei. Statt einer Anwendung des Gesetzes entwickle die Untersagungsverfügung anhand von Meinungsströmungen im akademischen ökonomischen Schrifttum eigene aussergesetzliche Massstäbe wie Trittbrettfahrer-, Hold-up-Problematik sowie doppelte Marginalisierung und verenge dadurch in unzulässiger Weise den gesetzlich vorgegebenen Rahmen der Rechtfertigungsgründe. So gerieten die wichtigsten, sich aus den Gesetzmässigkeiten des Buchmarktes und des Produktes Buch ergebenden Effizienzwirkungen wie der Zusammenhang zwischen Sortimentstiefe und -breite und der hohen Bedeutung von Impulskäufen aus dem Blick. Schliesslich befürworte sie nach Prüfung der einzelnen Rechtfertigungsgründe eine gesetzlich nicht vorgesehene und deshalb unzulässige Abwägung der volkswirtschaftlichen Vor- und Nachteile der Buchpreisbindung. Statt die von den Beschwerdeführern geltend gemachten Effizienzen und deren Plausibilität anhand der festgestellten Marktergebnisse zu prüfen, setze die Wettbewerbskommission abstrakt bei ökonomischen Theorien zur Preisbindung der zweiten Hand an und versuche, den Sachverhalt an diese Theorien anzupassen. Auch finde eine Auseinandersetzung mit dem in das Verfahren eingeführten Datenmaterial, wenn überhaupt, nur in unzureichendem Masse statt. So setze sich die Wettbewerbskommission allenfalls partiell und methodologisch fehlerhaft mit der Buchhandelsdichte in verschiedenen Ländern, der Konzentration im Buchhandel und auf Verlagebene oder den durchschnittlichen Marktpreis im Landesvergleich auseinander. Die Erkenntnisse anerkannter Studien wie der Prognos-Bericht würden ausgeklammert oder ohne empirische Datenerhebung in Abrede gestellt. Ebenso wenig habe sich die Wettbewerbskommission mit dem Widerspruch auseinandergesetzt, wonach sie einerseits von einer überproportionalen Absatzsteigerung bei populären Titeln beziehungsweise einem Absatzrückgang bei weniger populären Titeln ausgehe, andererseits aber zu dem Ergebnis komme, dass die Verbraucher bereits heute realisierbare Kostenvorteile von 17%-22% im Verhältnis zu Deutschland nicht wahrnehmen. Zudem stehe der Ansatz der Wettbewerbskommission im Sinne einer Gesamtsaldierung aller volkswirtschaftlichen Vor- und Nachteile des Sammelrevers grundlegend im Widerspruch zum Kartellgesetz und den Vorgaben des Bundesgerichts und unterlaufe die Praxis der Wettbewerbskommission in Sachen Effizienzprüfung, die sie in der Untersuchung betreffend Feldschlösschen Getränke Holding/Coca Cola AG und Coca Cola Beverages AG vertreten habe. Das von der Wett-

bewerbskommission in die vorliegende Effizienzprüfung eingeführte Tatbestandsmerkmal der Auswirkungen der negativen Prüfungseffekte des Sammelrevers auf die Konsumenten sei gesetzeswidrig. Gleiches gelte für das in den Mittelpunkt gestellte Kriterium der Absatzsteigerung, bei welchem die absatzsteigernden Wirkungen von Preissenkungen im Fall einer Aufhebung des Sammelrevers überschätzt würden. Da der Faktor Preis für die meisten Leser beim Erwerb eines Buches unstreitig nachgeordnet sei, seien von Preissenkungen für einige Bestseller keine spürbaren Absatzsteigerungen zu erwarten. Umgekehrt berücksichtige die Untersagungsverfügung nicht hinreichend, dass der Sammelrevers absatzerhöhend wirke.

Insbesondere bewirke der Sammelrevers eine im Vergleich zur Lage ohne Preisbindung grössere Titelvielfalt sowohl in der Tiefe als auch in der Breite und vergrössere so die Auswahlmöglichkeiten der Verbraucher und verbessere die Befriedigung ihrer Bedürfnisse im Hinblick auf die Vermittlung von Wissen, geistiger Anregung und Unterhaltung, was unmittelbare ökonomische und nicht kulturelle Relevanz habe. Dies sei mittels eines Vergleichs der Titelvielfalt in Ländern mit und ohne Preisbindung empirisch belegbar. Der Sammelrevers erleichtere die verlegerische Mischkalkulation und beuge gleichzeitig einer übermässigen Konzentration auf Verlagebene vor. Die Existenz einer grossen Anzahl kleiner und grosser Verlage fördere zwangsläufig die Vielfalt des Titelangebots. Damit stehe fest, dass jedenfalls der Effizienzgrund der Produktverbesserung vorliege und der Sammelrevers somit schon unter diesem Aspekt gerechtfertigt sei.

Die Beschwerdeführer führen ausserdem aus, der Sammelrevers erfülle auch den Rechtfertigungsgrund der Senkung der Herstellungs- und Vertriebskosten, da er den Vertrieb von Büchern über die Gewährleistung eines engmaschigen Netzes breit sortierter Sortimentsbuchhandlungen fördere. So werde die Pluralität des Sortiments auf Einzelhandelsebene gefördert und die gebundenen Endverkaufspreise böten den Buchhändlern einen Anreiz zur Vorhaltung eines breiten Sortiments, was dem Kunden eine breite Auswahl und eine unmittelbare Befriedigung seines Kaufwunsches ermögliche. Gleichzeitig werde die Möglichkeit von Impulskäufen erhöht. Beratungsleistungen und die Präsentation von Büchern ermöglichten den Absatz von zunächst noch unbekanntem Autoren und Titeln. Die Wettbewerbskommission behaupte indessen zu Unrecht, dass die Preisbindung die Entwicklung alternativer Vertriebswege wie Warenhäuser, Discounter, Internetanbieter oder Kioske hemme. Ihr sei entgegenzuhalten, dass sich sämtliche dieser Vertriebswege auch in Ländern mit Preisbindung entwickelt hätten. Zudem würde selbst ein Wachstum alternativer Vertriebswege die negativen Konsequenzen auf Seiten des klassischen Buchhandels nicht kompensieren können.

Die empirisch belegbare Förderung der Titelvielfalt durch die Buchpreisbindung gelte auch für technische, wissenschaftliche und berufliche Fachliteratur. Der Sammelrevers erfülle daher auch die Rechtfertigungsgründe der Verbreitung von technischem und berufli-

chem Wissen sowie der rationelleren Nutzung von Ressourcen. Entgegen der Meinung der Wettbewerbskommission, welche diesen Rechtfertigungsgrund als redundant erachte, handle es sich dabei um eine eigenständige Effizienz: Die Titelvielfalt führe einerseits zu einer Verbesserung des Produktes Buch, da den Lesewünschen der Konsumenten in differenzierter und umfänglicher Weise Rechnung getragen werde. Andererseits bringe die Titelvielfalt auch Externalitäten wie eine grössere Wissensverbreitung mit sich. Dies sei somit eine zusätzliche, und nicht dieselbe Effizienzwirkung.

Im Übrigen erfülle der Sammelrevers auch die übrigen gesetzlichen Voraussetzungen, da er zur Erzielung der Effizienzen notwendig sei und den beteiligten Verlagen und Buchhändlern nicht die Möglichkeit gebe, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

D. Mit Vernehmlassung vom 4. Juni 2005 beantragt die Wettbewerbskommission (Vorinstanz) die kostenfällige Abweisung der Beschwerde.

Zur Begründung führt sie aus, die materiellen Differenzen zwischen dem vom Sekretariat erstellten Verfügungsentwurf und der von der Wettbewerbskommission erlassenen Verfügung seien bloss geringfügiger Natur. Obwohl sie im Endergebnis dem Antrag des Sekretariats vollumfänglich folge, sei sie nicht an diesen gebunden und könne eine andere Gewichtung vornehmen.

Dem Vorwurf der Beschwerdeführer, sie habe die Untersuchungsmaxime verletzt, hält die Wettbewerbskommission entgegen, sie habe in der angefochtenen Verfügung die möglichen volkswirtschaftlich schädlichen Auswirkungen beschrieben, die Ausfluss der auch vom Bundesgericht als erheblich anerkannten Wettbewerbsbeeinträchtigung seien. Neben der Erläuterung und Präzisierungen der negativen Effekte habe sie im Rahmen der Effizienzprüfung sämtliche positiven Effizienzwirkungen des Sammelrevers überprüft und umfassend gewürdigt, wobei sie zum Schluss gelangt sei, dass die positiven Effizienzwirkungen nicht genügend erstellt werden könnten.

Es treffe ebenso wenig zu, dass sie den bundesgerichtlichen Aufforderungen zur weiteren Sachverhaltsfeststellung und -vertiefung nicht oder in unzureichender Weise nachgekommen sei. Denn sie habe zu den Befragungen der Verlage und Buchhandlungen, deren Aussagekraft durch nahezu vom SBVV verfasste Standardantworten beeinträchtigt worden sei, auch umfangreiches empirisches und theoretisches Material zur Buchpreisbindung in die Verfügung einbezogen. Dieses Gesamtbild sei dem Bundesgericht im Zeitpunkt seines Entscheids vom 14. August 2002 nicht zur Verfügung gestanden.

Ebenfalls nicht zutreffend sei die Behauptung der Beschwerdeführer, die Wettbewerbskommission habe einen eigenständigen Massstab für die Effizienzprüfung des Sammelrevers eingeführt. Vorauszuschicken sei, dass der vorliegende Fall der erste sei, in welchem sie sich vertieft mit der Effizienzprüfung zu befassen habe, was eine klare und umfassende Erläuterung der Problematik als angebracht erscheinen lasse. Der Effi-

zientzbegriff im Kartellgesetz sei volkswirtschaftlich zu verstehen. Den gesetzlichen Rechtfertigungsgründen sei deshalb gemein, dass eine Rechtfertigung nur dann gegeben sein könne, wenn ein gegebener Output mit Hilfe einer Wettbewerbsbeschränkung kostengünstiger hergestellt werden könne oder wenn mit gegebenen Inputs in quantitativer oder qualitativer Hinsicht ein Mehr an Output generiert werden könne. Diesem Umstand trage die Verfügung Rechnung. Diese setze sich im Übrigen ausgiebig mit den auf dem Buchhandelsmarkt bestehenden Transaktionskostenproblemen auseinander und enthalte alle relevanten industrieökonomischen Ansätze, deren Wesensmerkmal gerade die Annahme nicht perfekter Märkte sei, wie dies die Beschwerdeführer sähen.

Entgegen der Meinung der Beschwerdeführer habe die Wettbewerbskommission keine Bewertung hinsichtlich der Gewichtung der anfallenden Konsumenten- und Produzentenrenten vorgenommen, sondern geprüft, ob mindestens einer der im Kartellgesetz aufgezählten Rechtfertigungsgründe in dem Sinne vorliege, dass durch den Sammelrevers ein gegebener Output mit Hilfe einer Wettbewerbsbeschränkung kostengünstiger hergestellt werden könne oder dass mit gegebenen Inputs in quantitativer oder qualitativer Hinsicht ein Mehr an Output generiert werden könne. Indem die Wettbewerbskommission zum Schluss gekommen sei, dass bei einer allfälligen Aufhebung der Buchpreisbindung der Konzentrationsprozess auf Buchhandelsstufe möglicherweise verstärkt würde, wobei eine solche Entwicklung unter Effizienzgesichtspunkten nicht generell als negativ zu beurteilen sei, habe sie den Zusammenhang zwischen gebundenen Bücherpreisen und monopolisierten Händlerstrukturen ausreichend gewürdigt. Die Wettbewerbskommission vertrete die Auffassung, dass die Wissensdiffusion, die auf der Stufe der Konsumenten und somit ausserhalb der Branche erfolge, nicht von der Effizienzprüfung erfasst werde. Zudem sei die Absatz fördernde Wirkung des Sammelrevers, die eine Grundvoraussetzung für eine erhöhte Wissensdiffusion darstelle, nicht in ausreichendem Masse gegeben.

Die Wettbewerbskommission teilte die Auffassung der Beschwerdeführer nicht, wonach sie sich in der angefochtenen Verfügung auf einige, für den Büchermarkt wenig relevante Konzepte beschränkt habe und dadurch den gesetzlich vorgegebenen Rahmen der Rechtfertigungsgründe verengt habe. Vielmehr habe sie einer möglichen Rechtfertigung aus Effizienzgründen den grösst möglichen Spielraum eingeräumt und alle in Betracht kommenden Gründe geprüft. Bei den genannten Aspekten der Trittbrettfahrer- und Hold-up-Problematik sowie doppelte Marginalisierung handle es sich um die im ökonomischen Schrifttum im Zusammenhang mit vertikalen Restriktionen am häufigsten genannten Rechtfertigungsgründe.

Dem Einwand der Beschwerdeführer, die Anforderungen an den positiven Auswirkungen des Sammelrevers seien überspannt, hält die Wettbewerbskommission entgegen, vorliegend stelle sich nicht die Frage der Beweisanforderungen an die negativen Aus-

wirkungen des Sammelrevers, da bereits letztinstanzlich festgestellt worden sei, dass der Sammelrevers eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung darstelle. In der angefochtenen Verfügung sei die Wettbewerbskommission den verwaltungsrechtlichen Beweisanforderungsprinzipien gefolgt, wonach eine Verwaltungsbehörde eine Tatsache grundsätzlich erst als bewiesen annehmen darf, wenn der volle Beweis erbracht sei, das heisst, wenn sie von deren Vorhandensein derart überzeugt sei, dass das Gegenteil als unwahrscheinlich erscheine.

Des Weiteren habe die Wettbewerbskommission bei der Beurteilung der Ergebnisse der ausländischen Buchhandelsmärkte eine Vielzahl von Studien inklusive der Prognos-Studie verwendet, ungeachtet dessen, ob diese Studien hinsichtlich einer allfälligen Aufhebung der Buchpreisbindung zu einer günstigen Prognose gelangten oder nicht. Die Prognos-Studie könne nicht als allgemein gültiger Massstab berücksichtigt werden, da bei der Anfertigung derselben in erster Linie Vertreter der schweizerischen Buchbranche als Experten mitgewirkt hätten. Die Auswahl der Quellen sei mit der grösstmöglichen Sorgfalt und Ausgewogenheit erfolgt und der Einwand der Beschwerdeführer erweise sich als unberechtigt.

Die Wettbewerbskommission weist die von den Beschwerdeführern vorgebrachte Kritik an dem von ihr angestellten Preisvergleich zwischen Deutschland und der Schweiz von der Hand. Zweck dieses Vergleichs sei es nicht gewesen, durchschnittliche Preisunterschiede zwischen der Schweiz und Deutschland zu ermitteln, sondern zu zeigen, welches maximale Einsparpotenzial sich einem preisbewussten Buchkäufer biete.

Die Wettbewerbskommission führt bezüglich der geltend gemachten Mängel des von ihr angestellten Preisvergleichs zwischen Deutschland und England aus, dass ein solcher nicht dazu geeignet sei, allgemeine Aussagen über die durchschnittlichen Preise und Preisdifferenzen zu machen. Da der in der Verfügung gezogene Preisvergleich von einem anderen Aggregationsniveau als dasjenige der Beschwerdeführer ausgehe, liessen sich daraus zusätzliche Informationen gewinnen, beispielsweise dass in einzelnen Fällen Preisnachlässe von bis zu 36% gewährt würden im Gegensatz zum von den Beschwerdeführern vorgebrachten Durchschnittsrabatt von 12,5%.

Ebenso wenig sei ein Widerspruch in der Argumentation der Wettbewerbskommission ersichtlich, denn es sei anerkannt, dass populäre Titel tendenziell eine grössere Preiselastizität der Nachfrage aufwiesen als anspruchsvolle Titel. Werde davon ausgegangen, dass populäre Titel nach einer Aufhebung der Preisbindung tendenziell günstiger, anspruchsvolle Titel tendenziell teurer würden, bedeute dies, dass die Absatzzunahme populärer Titel prozentual grösser ausfalle als der Absatzrückgang bei anspruchsvollen Titeln.

Zur angeblichen Gesamtabwägung volkswirtschaftlicher Vor- und Nachteile äussert sich die Wettbewerbskommission dahingehend, es treffe nicht zu, dass sie in der angefochtenen Verfügung eine neue

Saldomethode propagiert habe. Vielmehr sei bei jedem einzelnen der im Kartellgesetz abschliessend aufgezählten Rechtfertigungsgrund festgehalten worden, dass eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz nicht gegeben sei. Wie der Botschaft zu entnehmen sei, sei dies der Fall, wenn die aus einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung erwachsenden negativen Wirkungen nicht durch positive Wirkungen kompensiert oder überkompensiert würden.

Auch habe die Wettbewerbskommission ihre Praxis nicht verletzt. Die Vorgehensweise im vorliegenden Fall unterscheide sich grundsätzlich nicht von derjenigen im Fall Feldschlösschen Getränke Holding/Coca Cola AG und Coca Cola Beverages AG. Aufgrund der unterschiedlichen Sachlage sei einzig die kartellrechtliche Beurteilung unterschiedlich ausgefallen. Es seien keine Gründe ersichtlich dafür, die beim Getränkevertrieb festgestellten Effizienzwirkungen auf den Buchhandel zu übertragen.

Der Behauptung der Beschwerdeführer, der Faktor Preis spiele beim Erwerb eines Buches für die meisten Leser eine untergeordnete Bedeutung, sei entgegenzuhalten, dass gemäss den Ausführungen von Vertretern der Beschwerdeführer anlässlich der Anhörung auf dem Markt Schwellenwerte für Bücher bestünden. Der Umstand, dass für viele Kunden, die ein bestimmtes Buch erworben hätten, der Preis nicht der wichtigste Entscheidparameter sei, sei nicht gleichzusetzen mit der Frage, ob mittels Preissenkungen neue Kunden gewonnen werden könnten oder nicht.

Zum abgewiesenen Gesuch um Einleitung von Verhandlungen zur Erzielung einer einvernehmlichen Regelung führt die Wettbewerbskommission ergänzend aus, der SBVV habe sich anlässlich einer erstmaligen Aufnahme der Verhandlungen mit dem Sekretariat verbandsintern auf keine gemeinsame Linie einigen können. Aufgrund dessen sei das Verfahren um mehrere Monate verzögert worden. Es sei offensichtlich, dass die Wettbewerbskommission einer neuerlichen Verhandlungsrunde skeptisch gegenüber gestanden sei, zumal das Gesuch zwei Tage vor der entscheidenden Kommissionssitzung eingegangen sei, während die Beschwerdeführer die Anklagepunkte seit dem Versand des Verfügungsentwurfes gekannt hätten.

E. Mit Schreiben vom 29. Juni 2006 teilte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen den Parteien mit, dass von einer öffentlichen Verhandlung abgesehen werde.

Auf die einzelnen Vorbringen und die eingereichten Unterlagen wird, soweit sie für den Entscheid wesentlich sind, in den folgenden Erwägungen eingegangen.

#### ***Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zieht in Erwägung:***

1. Der Entscheid der Wettbewerbskommission vom 21. März 2005 ist eine Verfügung im Sinne des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021; Art. 5 Abs. 1 Bst. a). Diese Verfügung kann nach Artikel 44 KG (zit. in E. 2)

im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege mit Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen angefochten werden (Art. 44 ff. und Art. 71a VwVG i.V.m. Art. 20 ff. der Verordnung vom 3.2.1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen, VRSK, SR 173.31).

Die Beschwerdeführer sind durch die angefochtene Verfügung berührt und haben ein als schutzwürdig anzuerkennendes Interesse an deren Aufhebung. Sie sind daher zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Bst. a VwVG). Ihr Vertreter hat sich rechtsgenügend durch Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG). Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind erfüllt (Art. 46 ff. VwVG).

Auf die Verwaltungsbeschwerde ist somit einzutreten.

2. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) bezweckt volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG; vgl. Art. 96 Abs. 1 BV). Das Gesetz wurde 2003 teilrevidiert (Fassung vom 20.6.2003; AS 2004 1385), die Änderungen sind am 1. April 2004 in Kraft getreten.

2.1. Die Anwendbarkeit neuen Rechts auf hängige Verfahren bestimmt sich in erster Linie nach den übergangsrechtlichen Vorschriften; sehen diese - wie im konkreten Fall - nichts Besonderes vor, sind die allgemeinen intertemporalrechtlichen Regeln heranzuziehen, wobei zu unterscheiden ist, ob sich geltendes Recht in materieller und/oder in verfahrensrechtlicher Hinsicht geändert hat. Insoweit folgt die Anwendbarkeit neuen Rechts unterschiedlichen übergangsrechtlichen Regeln (ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Auflage, 1998, Rz. 78; FRITZ GYGI, *Verwaltungsrecht*, Bern 1986, S. 112 f.; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. Auflage, Zürich 2002, Rz. 322 ff.). Demnach beurteilt sich die Frage, welches Recht nach einer Rechtsänderung Anwendung findet, nach dem Grundsatz, dass diejenigen (materiellen) Rechtssätze massgebend sind, die bei der Erfüllung des rechtlich zu ordnenden oder zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 126 III 431 E. 2a, 125 II 591 E. 4e/aa, 120 Ib 317 E. 2b, 107 Ib 133 E. 2a und 2b). Das Verfahren betreffende, formelle Bestimmungen des geänderten Rechts sind indessen nach den intertemporalen Regeln sofort anzuwenden, sofern einschlägige Übergangsbestimmungen nicht etwas anderes vorsehen und die Kontinuität des bisherigen (materiellen) Rechts dadurch nicht gefährdet wird (BGE 126 III 431 E. 2b, 120 Ia 101 E. 1b).

Gegenstand der Untersuchung der Wettbewerbskommission war einzig die - auf Anweisung des Bundesgerichts hin vorzunehmende - Prüfung, ob die durch den Sammelrevers verursachte erhebliche Wettbewerbsabrede aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann. Auch wenn die Wettbewerbskommission zum Ergebnis gelangte, der Sammelrevers stelle eine erhebliche Wettbewerbsabrede dar und könne nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden, ist davon auszugehen, dass der Sammelrevers zwischen der Schweiz, Deutschland und Österreich nach wie vor weiter angewendet wird. Dieser Sachverhalt, der zum ersten Mal im Jahr 1998 der Wettbewerbskommission zur Beurteilung unterbreitet wurde, dauert in die Gegenwart weiter und stellt demnach einen so genannten Dauersachverhalt dar. Für die rechtliche Beurteilung der Streitsache ist daher auf die neuen Bestimmungen des Kartellgesetzes in der Fassung vom 20. Juni 2003 abzustellen.

2.2. Das Gesetz gilt für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG).

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).

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).

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

(b) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen (Art. 5 Abs. 2 KG).

Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen:

a. Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen;



b. Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen;

c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern (Art. 5 Abs. 3 KG).

Die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs wird auch vermutet bei Abreden zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen über Mindest- oder Festpreise sowie bei Abreden in Vertriebsverträgen über die Zuweisung von Gebieten, soweit Verkäufe in diese durch gebietsfremde Vertriebspartner ausgeschlossen werden (Art. 5 Abs. 4 KG).

3. Als nächster Schritt ist der Streitgegenstand für das vorliegende Beschwerdeverfahren zu definieren.

3.1. Mit Urteil vom 14. Juli 2002 hiess das Bundesgericht die von den Beschwerdeführern erhobenen Verwaltungsgerichtsbeschwerden teilweise gut, hob den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 21. Mai 2001 auf und wies die Sache zur neuen Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Wettbewerbskommission zurück. Das Urteil des Bundesgerichts erwuchs in Rechtskraft, weil dagegen keine Rechtsmittel ergriffen werden können.

3.2. Die Rechtskraft eines Urteils bezieht sich grundsätzlich auf das Dispositiv, nicht auf die Erwägungen. Anders verhält es sich jedoch, wenn eine obere Instanz das Urteil einer unteren aufhebt und die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen zurückweist. In diesem Fall sind mit der Rückweisung regelmässig inhaltliche Anordnungen verbunden, die bei der Neuurteilung zu befolgen sind. Insoweit sind diese Rechtsfragen für den konkreten Streitfall endgültig entschieden; wird der neue Entscheid der unteren Instanz wiederum weitergezogen, so ist dann die obere Instanz ebenfalls an die Erwägungen gebunden, mit denen sie zuvor die Rückweisung begründet hat (BGE vom 18.6.2002 [2A.200/2001] E. 2.3., 112 II 172 E. I. 1. S. 175, 99 Ib 519 E. 1b S. 520). Wegen dieser Bindung der Gerichte ist es den Parteien auch verwehrt, im Falle einer erneuten Anfechtung der Beurteilung des Rechtsstreits einen neuen Sachverhalt zu unterstellen oder die Sache unter rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen, die im Rückweisungsentscheid ausdrücklich abgelehnt oder gar nicht in Erwägung gezogen worden sind (BGE 111 II 94 E. 2 S. 95). Dies würde dem Grundsatz der Prozessökonomie krass zuwider laufen (BGE vom 18.6.2002, a.a.O., E. 2.3. i. f.).

In der Lehre wird die Meinung vertreten, dass die angewiesene Behörde über neue Aspekte befinden darf, die im Rückweisungsentscheid nicht berücksichtigt wurden; das ist beispielsweise nur der Fall, wenn sich die Tatsachen- oder Rechtslage nach dem rechtskräftigen Urteil des Bundesgerichts geändert hat (GYGI, a.a.O., S. 324; PIERRE MOOR, *Droit administratif*, vol. II, Berne 2002, S. 693, KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Nr. 715).

3.3. Im Urteil vom 14. Juli 2002 definierte das Bundesgericht den Sammelrevers als eine im vertikalen Verhältnis zwischen Verlegern und Buchhändlern rechtlich erzwingbare Vereinbarung, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt und bewirkt, weshalb

er eine Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG darstelle (E. 4.). Des Weiteren bejahte es das Vorliegen einer horizontalen Abrede auf Händlerstufe, da der Sammelrevers dazu führe, dass alle angeschlossenen Buchhandlungen den gleichen vom Verlag festgesetzten Preis einhielten. Demnach sei die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG zu vermuten. Das Bundesgericht erachtete es jedoch als erwiesen, dass auf dem Buchhandelsmarkt nebst dem Preis auch die Qualität eine erhebliche Bedeutung habe, so dass die Ausschaltung des Preiswettbewerbs nicht zwangsläufig den Wettbewerb an sich beseitige (E. 9.4.4.). Ein zentrales Kriterium für die Beurteilung konkreter Wettbewerbsbeschränkungen seien die Ein- und Austrittsbedingungen auf dem Markt. Es werde von keiner Seite behauptet, dass der Marktzutritt für neue Buchhandlungen durch den Sammelrevers erschwert oder verunmöglicht werde. Im Gegenteil sei aktenmässig erstellt und unbestritten, dass die Zahl der Sortimentsbuchhandlungen stark schwanke. Trotz Preisbindung träten somit in der Realität in einem erheblichen Ausmass Wettbewerber auf dem Markt ein und aus, und es komme zu Verlagerungen in den relativen Umsatzanteilen. Derartige Schwankungen im Bestand der Marktteilnehmer und ihren Marktanteilen wären nicht erklärlich, gäbe es nicht zumindest einen wirksamen (Teil-)Wettbewerb zwischen den Buchhandlungen. Damit sei die Vermutung von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG widerlegt (E. 9.5.5.). Der Wettbewerb werde durch den Sammelrevers aber erheblich und damit an sich in unzulässiger Weise beeinträchtigt, es sei denn, die Abrede erscheine aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz als gerechtfertigt (Art. 5 Abs. 1 und 2 KG) (E. 10.). Die Prüfung entsprechender Rechtfertigungsgründe setze neben der Beurteilung von Rechtsfragen Feststellungen sachverhaltlicher Natur voraus. Anders als bezüglich der Beseitigung des Wettbewerbs lägen zurzeit insofern keine hinreichenden Grundlagen vor, welche es dem Bundesgericht erlaubten, die Frage abschliessend zu beurteilen. Es könne nicht Sache des Bundesgerichts sein, die von den Beschwerdeführern erhobenen Einwände erstinstanzlich zu prüfen. Die Sache sei hierzu an die Wettbewerbskommission zurückzuweisen. Davon könne nur abgesehen werden, wenn sich im Rahmen einer summarischen Prüfung bereits heute ergäbe, dass eine entsprechende Rechtfertigung zum Vorneherein ausser Betracht falle; dem sei indessen nicht so (E. 10.2.).

Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen hat das Bundesgericht die Rechtsfrage der Definition des Sammelrevers als vertikale Abrede zwischen Verlegern und Buchhändlern sowie als horizontale Abrede auf Händlerstufe beziehungsweise die Rechtsfrage der Widerlegbarkeit der Vermutung der Wettbewerbsbeseitigung endgültig entschieden. Auf diese Fragen ist die Wettbewerbskommission zu Recht nicht zurückgekommen, da sie als angewiesene Behörde an die Beurteilung des Bundesgerichts gebunden ist. Daraus folgt, dass der Streitgegenstand der Untersuchung beziehungsweise des vorliegenden Beschwerdeverfahrens lediglich auf die Prüfung beschränkt ist, ob

sich der Sammelrevers durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 KG rechtfertigen lässt.

Eine weitergehende Bindung an die Erwägungen des Bundesgerichts zu den allenfalls für den Sammelrevers in Frage kommenden Rechtfertigungsgründen, wie dies die Beschwerdeführer gerne sähen, steht insofern ausser Diskussion, als das Bundesgericht die Frage des Vorliegens von Gründen der wirtschaftlichen Effizienz aufgrund unzureichender Sachverhaltselemente nicht abschliessend entscheiden wollte. Wie sich der Vernehmlassung der Wettbewerbskommission vom 4. Juli 2005 entnehmen lässt, ist zudem dem Umstand Rechnung zu tragen, dass zurzeit des Urteils des Bundesgerichts zwar eine grosse Vielfalt an Publikationen zur Buchpreisbindung vorhanden war, jedoch konnten diese lediglich anlässlich der zweiten Untersuchung der Wettbewerbskommission in ihrer Gesamtheit ausgewertet werden. Damit erklärt sich, warum sich das Bundesgericht zurückhaltend zu den negativen Effekten des Sammelrevers geäussert hat. Entsprechende Rügen der Beschwerdeführer, die Wettbewerbskommission habe sich nicht an die Vorgaben des Bundesgerichts gehalten, erweisen sich unter diesen Umständen als nicht stichhaltig. Ob und inwiefern die Wettbewerbskommission ihrer Sachverhaltsfeststellung alle relevanten Faktoren zugrunde gelegt hat, wird an anderer Stelle zu prüfen sein (vgl. nachfolgend E. 9.).

3.4. Nach dem rechtskräftigen Urteil des Bundesgerichts hat sich die Rechtslage insofern geändert, als die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs neu auch bei Vertikalabreden vermutet wird (Art. 5 Abs. 4 KG). Es stellt sich somit die Frage, ob die Wettbewerbskommission in ihrer Untersuchung die Prüfung des Vermutungstatbestands von Artikel 5 Absatz 4 KG hätte mit einbeziehen sollen.

Die oben (E. 3.2.) zitierte Praxis des Bundesgerichts spricht nicht dagegen. Im Gegenteil, der vom Bundesgericht zur Begründung angerufene Grundsatz der Prozessökonomie verlangt die Anwendung neuen Rechts, denn eine Beurteilung des Sachverhalts nur nach dem alten Recht müsste folgenlos bleiben, wenn - wie das vorliegend der Fall ist (vgl. E. 2.1.) - nach den übergangsrechtlichen Regeln das neue Recht auf den fortbestehenden Sachverhalt anzuwenden ist.

Das Bundesgericht hält zwar fest, dass der Sammelrevers "unbestrittenermassen (zumindest) im vertikalen Verhältnis zwischen den Verlegern und Buchhändlern eine rechtlich erzwingbare Vereinbarung" bilde, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecke und bewirke (E. 4.). Massgeblich für den Entscheid war aber das mit den Instrumenten des Sammelrevers horizontal abgestimmte Verhalten der Buchhändler (E. 6.5.5.). Den Vertikalabreden zwischen Verlegern und Buchhändlern kommt demgegenüber keine selbstständige Bedeutung zu (vgl. hierzu auch ALAIN RAEMY/MONIQUE LUDER, Horizontale oder vertikale Abrede in Jusletter 17. Oktober 2005, insbesondere Rz. 33; MARIEL HOCH CLASSEN, Vertikale Wettbewerbsabreden im Kartellrecht, Zürich 2003, S. 250 ff. mit Hinweisen). Sie losgelöst von der horizontalen Verknüpfung als Vereinbarungen zwischen den einzelnen Verlegern und Buch-

händlern zu beurteilen, wurde von der Wettbewerbskommission und demzufolge auch von den Beschwerdeinstanzen nicht erwogen und müsste deshalb Gegenstand einer neuen Untersuchung sein.

Somit braucht auf die eingangs aufgeworfene Frage nicht weiter eingegangen zu werden. Es ist insofern nicht zu beanstanden, dass die Wettbewerbskommission in ihrer aufgrund des Bundesgerichtsurteils durchgeführten Untersuchung den Streitgegenstand nicht auch auf die Prüfung des Vermutungstatbestands im Sinne von Artikel 5 Absatz 4 KG ausgedehnt hat.

4. Gemäss der angefochtenen Verfügung lehnte die Wettbewerbskommission das Gesuch der Beschwerdeführer betreffend Aushandlung einer einvernehmlichen Regelung an ihrer Sitzung vom 21. März 2005 ab. Zur Begründung führte sie einerseits aus, das Gesuch um Aufnahme von Verhandlungen sei als verspätet zu erachten, da es nach siebenjähriger Verfahrensdauer, nach Abschluss des Schriftenwechsels und nach Abhaltung einer einlässlichen Anhörung unmittelbar vor der Entscheidung erfolgt sei. Andererseits sei das Gesuch inhaltlich ungenügend bestimmt, da es keine konkreten Verpflichtungen der Parteien beinhalte, sondern sich auf die Aufnahme zeitlich und materiell völlig offener Verhandlungen beschränkt habe.

Die Beschwerdeführer vertreten die Ansicht, die Wettbewerbskommission habe das von ihnen am 16. März 2005 gestellte Gesuch betreffend Aushandlung einer einvernehmlichen Regelung zu Unrecht abgewiesen. Denn sie hätten erst mit der Zustellung des Verfügungsentwurfs nach dem 15. September 2004 in Erfahrung gebracht, welche Schlussfolgerungen das Sekretariat gezogen habe und welchen Antrag dieses an die Wettbewerbskommission stellen würde. Auch sei der Vorschlag hinreichend bestimmt, entspreche dieser doch fast wörtlich der gesetzlichen Regelung der Preisbindung in Österreich.

In der Vernehmlassung wies die Wettbewerbskommission diesbezüglich darauf hin, dass der SBVV bereits einmal Verhandlungen für eine einvernehmliche Regelung mit dem Sekretariat aufgenommen habe, wobei dieser sich verbandsintern auf keine gemeinsame Linie habe einigen können. In der Folge habe sich das Verfahren um mehrere Monate verzögert. Es liege auf der Hand, dass die Wettbewerbskommission einer neuerlichen Verhandlungsrunde skeptisch gegenüber gestanden sei. Denn das Gesuch sei zwei Tage vor der entscheidenden Kommissionssitzung eingegangen, wenn auch den Beschwerdeführern die Anklagepunkte seit dem Versand des Verfügungsentwurfes bereits im Oktober 2004 bekannt gewesen seien.

4.1. Erachtet das Sekretariat eine Wettbewerbsbeschränkung für unzulässig, so kann es den Beteiligten eine einvernehmliche Regelung über die Art und Weise ihrer Beseitigung vorschlagen (Art. 29 Abs. 1 KG). Die einvernehmliche Regelung wird schriftlich abgefasst und bedarf der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (Art. 29 Abs. 2 KG). Die Wettbewerbskommission entscheidet auf Antrag des Sekreta-

riats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung (Art. 30 Abs. 1 KG). Die am Verfahren Beteiligten können schriftlich zum Antrag des Sekretariats Stellung nehmen. Die Wettbewerbskommission kann eine Anhörung beschliessen und das Sekretariat mit zusätzlichen Untersuchungsmassnahmen beauftragen (Art. 30 Abs. 2 KG). Haben sich die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse wesentlich geändert, so kann die Wettbewerbskommission auf Antrag des Sekretariats oder der Betroffenen den Entscheid widerrufen oder ändern (Art. 30 Abs. 3 KG).

4.2. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission kann in jedem Stadium des Untersuchungsverfahrens mit den Beteiligten eine einvernehmliche Regelung anstreben, wie der Botschaftstext zum Ausdruck bringt (Botschaft zum KG vom 23.11.1994 Ziff. 254.23). ZÄCH vertritt stattdessen die Ansicht, wonach einvernehmliche Regelungen in einem frühen Stadium der Untersuchung zustande kommen sollten, wenn auch es häufig vorkomme, dass diese nach praktisch abgeschlossener Untersuchung vereinbart werden (ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Auflage, 2005, Nr. 995, mit Hinweisen auf die kartellrechtlichen Untersuchungen i.S. Fahrerschule Graubünden [RPW 2003/2, S. 276 f., Rz. 20] bzw. Tierarzneimittel gemäss Medienmitteilung der Wettbewerbskommission vom 28.10.2004). Dem Grundsatz der jederzeitigen Möglichkeit des Vorschlags einer einvernehmlichen Regelung im Rahmen der Untersuchung sollten allerdings dann Schranken gesetzt werden, wenn die beteiligten Parteien damit eine Verzögerung beabsichtigen. Vorliegend trifft es zu, dass der SBVV bereits mit Schreiben vom 9. Mai 2003 der Wettbewerbskommission ankündigte, verbandsintern Diskussionen über allfällige Anpassungen des Sammelrevers zu führen. Auch wenn dieser in der nachfolgenden Korrespondenz zusicherte, per Anfang Februar 2004 über die Ergebnisse dieser Diskussionen zu berichten, blieben die entsprechenden Informationen jedoch aus. Aus diesem Grund lässt sich die Skepsis der Wettbewerbskommission im Hinblick auf den neuen Antrag der Beschwerdeführer durchaus nachvollziehen.

Inwiefern der Antrag der Beschwerdeführer als verspätet bezeichnet werden kann beziehungsweise inwiefern dessen Inhalt hinreichend bestimmt ist, kann im vorliegenden Fall dennoch offenbleiben. Mit der Inkraftsetzung der Teilrevision des Kartellgesetzes am 1. April 2004, welche auf diesen Fall ebenfalls Anwendung findet (vgl. vorstehend E. 2.), wurden direkte Sanktionen eingeführt (Art. 49a und Art. 27 KG). Dadurch wird sich die Zahl jener Untersuchungen verringern, die durch einvernehmliche Regelungen abgeschlossen werden können. Denn der Anwendungsbereich der einvernehmlichen Regelung schliesst die Frage der Zulässigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen nicht ein, sondern lediglich die Frage, wie eine als unzulässig diagnostizierte Wettbewerbsbeschränkung beseitigt werden kann (PAUL RICHLI, Kartellverfahren in SIWR 2000, S. 435). Mit anderen Worten ist in einer Untersuchung, die wegen Bestehens von Anhaltspunkten für unzulässige Wettbe-

werbsbeschränkungen eröffnet wurde, die Frage der Unzulässigkeit positiv oder negativ zu entscheiden, so dass für einvernehmliche Regelungen kein Raum mehr bleibt (vgl. ZÄCH, a.a.O., Nr. 994). Gleiches sollte auch für Untersuchungen gelten, die zur Prüfung der wirtschaftlichen Effizienz unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen eröffnet wurden. Denn entweder lassen sich solche Wettbewerbsbeschränkungen durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen oder nicht. Demnach erübrigen sich Weiterungen zu diesem Einwand der Beschwerdeführer.

5. Die Beschwerdeführer stossen sich daran, dass die Wettbewerbskommission im Verfügungsentwurf zwar ausdrücklich bestimmte Effizienzwirkungen des Sammelrevers anerkannt habe (vgl. Z. 85, 141 des Verfügungsentwurfs), jedoch die entsprechenden Textpassagen in der endgültigen Fassung der Verfügung gestrichen worden seien.

Diesem Vorwurf der Beschwerdeführer hält die Wettbewerbskommission entgegen, es treffe nicht zu, dass sie zusätzliche, in der Verfügung vom 21. März 2005 nicht enthaltene Effizienzwirkungen im Verfügungsentwurf anerkannt habe. Es sei einerseits darauf hinzuweisen, dass die materiellen Differenzen zwischen dem vom Sekretariat unterbreiteten Verfügungsentwurf geringfügiger Natur seien. Andererseits folge die Wettbewerbskommission vollumfänglich dem Antrag des Sekretariats und sei nicht an dessen Antrag gebunden.

Für die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen sind gestützt auf die Akten keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Wettbewerbskommission im angefochtenen Entscheid die vom Sekretariat im Verfügungsentwurf vorgenommene materielle Würdigung, welche im Ergebnis das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen gemäss Artikel 5 Absatz 2 KG verneinte, beziehungsweise das Dispositiv des Verfügungsentwurfs geändert oder allenfalls ergänzt hat. Diesbezügliche Einwendungen wurden auf Seiten der Beschwerdeführer auch keine erhoben. Vielmehr sind diese einzig mit der nachträglichen Streichung von zwei Passagen des Verfügungsentwurfs nicht einverstanden, weshalb der Wettbewerbskommission grundsätzlich beizupflichten ist, wenn sie von einer geringfügigen Änderung spricht. Denn die von den Beschwerdeführern beanstandete Streichung von zwei Passagen des Verfügungsentwurfs zeitigt keine nennenswerten Konsequenzen im Hinblick auf den gesamten Inhalt des Verfügungsentwurfs und dürfte vor dem Hintergrund, dass die Wettbewerbskommission an den Antrag des Sekretariats nicht gebunden ist, nicht zu beanstanden sein.

Bereits in formeller Hinsicht geben geringfügige Änderungen des Verfügungsentwurfs den Parteien eines Untersuchungsverfahrens auch keinen Anspruch auf eine zweite Stellungnahme zum Verfügungsentwurf (vgl. zu diesem Thema REKO/WEF [99/FB-011] E. 4.4, publiziert in: RPW 2001/2, S. 381 ff.; Urteil des Bundesgerichts vom 21.4.2006 i.S. S., 2A.450/2005, E. 4.2., RICHLI, a.a.O., S. 467; BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses

zwischen kartellrechtlichem Sonderverfahrensrecht und allgemeinem Verwaltungsverfahrensrecht, Diss., Freiburg i.Ue. 2002, S. 275 und S. 277 f.). Ein solcher Antrag wird von den Beschwerdeführern im Übrigen auch nicht gestellt. Vielmehr scheinen sie in der Ausklammerung der erwähnten Textstellen eine Reduktion der Argumente für das Vorliegen der von ihnen geltend gemachten Rechtfertigungsgründe zu erblicken. Diese Frage beschlägt die materielle Würdigung der wirtschaftlichen Effizienz des Sammelrevers durch die Wettbewerbskommission und bildet insofern Gegenstand der nachfolgenden Erwägungen (vgl. E. 9.-9.5.4.).

6. Als Nächstes ist die Frage zu beurteilen, ob sich die Wettbewerbskommission an die relevanten verfahrensrechtlichen Bestimmungen gehalten hat.

6.1. Bezüglich der *Beweisführung* ist mit der Wettbewerbskommission davon auszugehen, dass im Kartellverwaltungsverfahren der Untersuchungsgrundsatz gilt. Danach hat die Rechtsanwendungsbehörde den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären (Art. 39 KG i.V.m. Art. 12 VwVG). Dies bedeutet, dass die Wettbewerbsbehörde für die Beschaffung der Entscheidungsgrundlagen verantwortlich ist, allen relevanten Tatsachen nachzugehen hat und dass sie sich nicht auf die Aussagen, Informationen und Beweismittel von Verfahrensbeteiligten beschränken darf. Sie muss vielmehr aus eigener Initiative erforderliche Sachverhaltselemente aufklären. Dies gilt sowohl für den Nachweis von unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen, als auch für Elemente, welche deren Rechtfertigung ermöglichen (Art. 5 Abs. 2 bis 4 KG). Dieser Pflicht der Wettbewerbsbehörden steht nach Artikel 13 Absatz 1 Buchstabe c VwVG eine bedeutende Mitwirkungspflicht der Parteien gegenüber (vgl. Botschaft zum KG, a.a.O., Ziff. 256.1; BORER, a.a.O., Rz. 6 zu Art. 39 KG; ZÄCH, a.a.O., Rz. 309 und Rz. 670; PAUL RICHLI, Kartellverwaltungsverfahren in Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, V/2 Kartellrecht, 2000, S. 460; WALTER A. STOFFEL, Wettbewerbsabreden, in Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, V/2 Kartellrecht, S. 115; MARCEL DIETRICH, in Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Rz. 66 zu Art. 39 KG; BENOÎT CARRON, Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2002, Rz. 30 f. zu Art. 39 KG).

6.1.1. Die Beschwerdeführer machen eine Verletzung der Untersuchungsmaxime und des Neutralitätsgebots geltend, da die Wettbewerbskommission in der angefochtenen Verfügung (Rz. 32 f.) nachteilige Auswirkungen des Sammelrevers unterstelle, ohne dies zu begründen. Da das Bundesgericht in seinem Entscheid die erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch den Sammelrevers einzig damit begründet habe, dass dieser die Preisgestaltungsfreiheit der Buchhändler einenge, könne die Wettbewerbskommission ihre Ausführungen nicht auf diesen stützen. Davon ausgehend, dass die Vorinstanz die nachteiligen Auswirkungen des Sammelrevers im Rahmen der Effizienzprüfung ermitteln und nachweisen muss, sofern sie das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrunds ablehnen möchte, genüge die angefochtene Verfügung

diesen Anforderungen nicht. Damit habe die Wettbewerbskommission ihre Pflicht zur Objektivität missachtet.

6.1.2. Hierzu gilt es festzuhalten, dass die Wettbewerbskommission unter dem vorausgehenden Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts, welches den Wettbewerb durch den Sammelrevers als erheblich beeinträchtigt erachtete, eine Reihe negativer volkswirtschaftlicher Effekte des Sammelrevers effektiv aufgelistet hat. Diese Ausführungen - und nur auf diese bezieht sich die Rüge der Beschwerdeführer, die die entsprechenden Ziffern der angefochtenen Verfügung genau zitieren - befinden sich in der angefochtenen Verfügung chronologisch vor der eigentlichen Prüfung des Vorliegens von Rechtfertigungsgründen im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 KG. Unter der Berücksichtigung, dass der Wettbewerb im Normalfall und Wettbewerbsbeschränkungen nur im Ausnahmefall wirtschaftlich effiziente Ergebnisse erzeugen, erscheint es nicht als unangebracht, wenn die Wettbewerbskommission im Vorfeld der Prüfung der wirtschaftlichen Effizienz des Sammelrevers auf die diesem vorgeworfenen negativen wirtschaftlichen Aspekte hinweist. Dies umso mehr, als sie von der Gesetzsystematik her grundsätzlich von den wirtschaftlich negativen Auswirkungen des Sammelrevers ausgehen durfte. Aus diesem Grund kann den geltend gemachten Verletzungen der Untersuchungsmaxime und dem Neutralitätsgebot nicht gefolgt werden.

6.2. Im Weiteren gilt im Kartellverwaltungsverfahren auch der Grundsatz der freien *Beweiswürdigung* (Art. 39 KG i.V.m. Art. 19 VwVG und Art. 40 Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess, BZP; SR 273). Demnach zieht der Richter aus dem Beweisergebnis nach freier Überzeugung die Schlüsse darüber, was er als bewiesen erachtet. Frei ist die Beweiswürdigung vor allem darin, dass sie nicht an bestimmte starre Beweisregeln gebunden ist, die dem Richter genau vorschreiben, wie ein gültiger Beweis zustande kommt. Für das Beschwerdeverfahren bedeutet dies, dass der Richter alle Beweismittel unabhängig davon, von wem sie stammen, objektiv zu prüfen und danach zu entscheiden hat, ob die verfügbaren Unterlagen eine zuverlässige Beurteilung des streitigen Rechtsanspruches gestatten (BGE 125 V 351 E. 3a). Der Beweis ist erbracht, wenn der Richter gestützt auf die Beweiswürdigung zur Überzeugung gelangt ist, dass sich der rechtserhebliche Sachumstand verwirklicht hat. Es braucht nicht absolute Gewissheit zu resultieren, unter Umständen genügt der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (REKO/WEF FB/2002-1, E. 8., publiziert in RPW 2005/1, S. 183 ff.). Dies erscheint im wettbewerbsrechtlichen Zusammenhang als besonders angezeigt, zumal ökonomische Erkenntnisse immer mit einer gewissen Unsicherheit behaftet sind (vgl. BILGER, a.a.O., S. 305 f., RICHLI, a.a.O., S. 454).

Im vorliegenden Fall geht es darum, nach Artikel 5 Absatz 2 KG die wirtschaftliche Effizienz des Sammelrevers zu beurteilen. Das heisst, es gilt festzustellen, ob der Sammelrevers mindestens eine der in Artikel 5 Absatz 2 Buchstabe a KG genannten Wirkungen hat und dadurch die nachteiligen Folgen der Wettbe-

werbsbeschränkung aufzuwiegen vermag. Es sind somit nicht nur die positiven Wirkungen der Wettbewerbsbeschränkung festzustellen, sondern diese sind auch mit dem Zustand ohne Wettbewerbsbeschränkung zu vergleichen (vgl. ROGER ZÄCH, a.a.O., Rz. 404; GUGLER/ZURKINDEN, Commentaire Romand, Rz. 94, 103 f. ad Art. 5 KG, STOFFEL in SIWR V/2, S. 102, 104; FRANZ HOFFET, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 1997, Rz. 96 ad Art. 5 KG; ZIMMERLI, Literatur oder Wettbewerb - die Gefahr aufgedrängter Wohltaten im Kartellrecht, in ZBJV 139 (2003), S. 290 ff., S. 316; MARIEL HOCH CLASSEN, a.a.O., S. 281). Beides ist nicht mit absoluter Gewissheit zu beweisen. Einerseits erfordert die Ermittlung der Wirkungen einer Abrede den Nachweis von Kausalitäten, die sich bei wirtschaftlichen Sachverhalten immer nur auf Annahmen stützen können. Andererseits beruht der Vergleich des Zustandes mit und ohne Wettbewerbsbeschränkung auf einer Gegenüberstellung des gegebenen Zustandes mit der Wettbewerbsbeschränkung und einer bloss als Hypothese darstellbaren Situation ohne Wettbewerbsbeschränkung, die noch weniger zweifelsfrei nachweisbar ist. Diese Gegebenheiten sind bei den Beweisanforderungen zu berücksichtigen, sonst müsste jegliche Anwendung von Artikel 5 Absatz 1 KG scheitern, was dem Gesetzeszweck offensichtlich zuwiderlaufen würde. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen geht deshalb vom Erfordernis der überwiegenden Wahrscheinlichkeit aus. Dabei kann offenbleiben, ob dieses Beweismass im Fall von Sanktionen nach Artikel 49a KG ausreichen würde (vgl. MARC AMSTUTZ/STEFAN KELLER/MANI REINERT, "Si unus cum una", Vom Beweismass im Kartellrecht in BR 2005, S. 114 ff.).

Nicht anders verhält es sich im Europäischen Wettbewerbsrecht. Dort werden ebenfalls eine reale, schon bestehende, den Wettbewerb beschränkende sowie eine hypothetische zu erwartende, wirtschaftlich effiziente Situation verglichen. Da eine solche Prognose nicht mit absoluter Sicherheit getroffen werden kann, muss es genügen, wenn der Eintritt bestimmter Folgen in hohem Masse wahrscheinlich ist (vgl. SCHRÖTER/JAKOB/MEDERER, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, 2003, Rz. 342 ff. ad Art. 81 Abs. 1 EGV; AICHER/SCHUMACHER Nr. 2271-2273 zu Art. 81 EGV in GRABITZ/HILF, das Recht der europäischen Union, Kommentar, Ergänzungslieferung Stand Juni 2005).

Die Beschwerdeführer weisen auf die Uneinheitlichkeit in der Terminologie der Wettbewerbskommission zum Beweismass hin. Einmal sei von "überwiegender", einmal von "hinreichender" Wahrscheinlichkeit die Rede. An anderer Stelle lege sie bei den Beweisanforderungen den strengeren Massstab der Eindeutigkeit an (Rz. 78 der angefochtenen Verfügung). Es wird bei der Prüfung der Rechtfertigungsgründe im Einzelnen zu untersuchen sein, ob die Terminologie der Wettbewerbskommission ein ungerechtfertigtes Beweismass widerspiegelt.

7. Beeinträchtigt eine Abrede den Wettbewerb erheblich, so ist sie bloss dann unzulässig, wenn sie nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 KG gerechtfertigt werden

kann. Die Rechtfertigung einer Abrede aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz ist gegeben, wenn kumulativ folgende drei Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. ZÄCH, a.a.O., Nr. 404):

(1) Es muss sich um eine Abrede handeln

- zur Senkung der Herstellungs- oder Vertriebskosten oder
- zur Verbesserung der Produkte oder Produktionsverfahren oder
- zur Förderung der Forschung oder der Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen oder
- zur rationelleren Nutzung von Ressourcen

Von diesen vier Voraussetzungen braucht nur eine erfüllt zu sein. Sind mehrere erfüllt, so kann dies die Rechtfertigung verstärken.

(2) Die Abrede muss notwendig sein, um eines der genannten Ziele zu verwirklichen.

(3) Die Abrede darf den beteiligten Unternehmen zudem keine Möglichkeit zur Beseitigung wirklichen Wettbewerbs eröffnen.

Bei der Prüfung der in Artikel 5 Absatz 2 abschliessend aufgezählten Effizienzgründe sind die wirtschaftlichen Resultate eines Zustandes mit und ohne Wettbewerb zu vergleichen. Erzeugt die fragliche Kooperation dabei nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit bessere Ergebnisse als der wirksame Wettbewerb, ist im Zweifel für den Wettbewerb zu entscheiden (STOFFEL, a.a.O., S. 105, ZÄCH, a.a.O., Rz. 404, ZIMMERLI, a.a.O., ZBJV 2003, S. 316). Die Berufung auf ausserökonomische Gründe ist ausgeschlossen. Weitergehende Rechtfertigungsgründe, die sich beispielsweise auf kulturelle oder auch politische Aspekte beziehen könnten, können nicht im Rahmen von Artikel 5 Absatz 2 KG berücksichtigt werden, sondern allenfalls in einem Verfahren gemäss Artikel 8 KG vor dem Schweizerischen Bundesrat (JÜRGEN BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Ausgabe 1998, Nr. 33 ad Art. 5 KG).

Die Wettbewerbskommission hat das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen im Sinne von Voraussetzung (1) verneint und infolgedessen von einer Prüfung der Voraussetzungen (2) und (3) verständlicherweise abgesehen. Gegenstand der nachfolgenden Erwägungen ist die Frage, ob die von der Wettbewerbskommission vorgenommene Prüfung im Einklang mit dem Gesetz steht.

8. Die Beschwerdeführer kritisieren den von der Wettbewerbskommission verwendeten Effizienzbegriff. Als Erstes ist deshalb dieser Begriff zu klären.

8.1. Wirtschaftliche Tätigkeit ist effizient, wenn sie mit dem geringstmöglichen Aufwand an Produktionsfaktoren einen bestimmten Nutzen für die Nachfrager erbringt. In diesem Fall erhält der Nachfrager zum Preis, den er gerade noch zu entrichten bereit ist, das nachgefragte Gut in der besten Art und der grössten Menge. Der Leistungserbringer weist der Produktion diejenigen Faktoren zu, die zur Erbringung des nach-

gefragten Gutes zu diesem Preis gerade genügen. Das Resultat ist optimale Bedürfnisbefriedigung bei optimaler Ressourcenallokation (STOFFEL, SIWR V/2, S. 103; ZIMMERLI, a.a.O., S. 316; ZÄCH, a.a.O., Rz. 30, 404 mit weiteren Hinweisen, HUBERT STÖCKLI: Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung - Ein Beitrag zum Kartellzivilrecht, Freiburg 1999, S.110 mit Hinweis auf KLEINERWERFERS, Ökonomische Theorie des Rechts, in: FS SCHÜRMAN, Freiburg 1987, S. 94).

8.2. Die Beschwerdeführer machen geltend, dass die Wettbewerbskommission ihrer Verfügung einen problematischen und inkonsistenten Effizienzbegriff zugrunde lege (vgl. Ziff. 46 Beschwerde). Die Widerspruchlichkeit bestehe darin, dass zwar auf einige Probleme des Marktversagens verwiesen werde, bei der Effizienzbeurteilung aber letztlich der Fiktion eines perfekten Marktes oder Leitbildes des funktionsfähigen Wettbewerbs gefolgt werde, ohne die Effizienz sichernden Effekte von Regulierungen bei heterogenen Gütern, Hold-up-Problemen, externen Effekten und asymmetrischen Informationen gebührend zu würdigen. Problematisch sei der angewendete Effizienzbegriff auch insofern, als die Effizienzwirkungen stets auf die Konsumenten bezogen würden (vgl. Ziff. 47 Beschwerde).

Die Wettbewerbskommission definiert die wirtschaftliche Effizienz als ein Maximum an Bedürfnisbefriedigung aus den gegebenen Mitteln beziehungsweise als die Befriedigung der vorhandenen Bedürfnisse mit einem Minimum an Aufwand (Rz. 61). Insofern deckt sich ihre Definition der wirtschaftlichen Effizienz mit den von der Lehre aufgestellten Grundsätzen (vgl. E. 8.1. hiervor). Ebenso ist die Unterscheidung von allokativer, produktiver und dynamischer Effizienz gebräuchlich und unbestritten (Rz. 61). In der Folge teilt sie entsprechend der ökonomischen Betrachtung von vertikalen Restriktionen in der Literatur die Rechtfertigungsgründe in drei Kategorien ein: Trittbrettfahrerproblem, Hold-up-Problem und doppelte Marginalisierung (Rz. 63-66). Es trifft zwar zu, dass die Wettbewerbskommission entsprechend dem Sinn von Artikel 5 Absatz 2 KG eine Marktsituation, in welcher Wettbewerb herrscht, als grundsätzlichen Idealfall für die wirtschaftliche Effizienz und die den Wettbewerb erheblich beeinträchtigende Preisbindung als Ausnahme von diesem Grundsatz erachtet. Ihr aber deshalb eine perfekte und statische Sicht des Marktes vorzuwerfen, wird ihrer Beurteilung der wirtschaftlichen Effizienz im vorliegenden Fall keineswegs gerecht. Im Zentrum ihrer Analyse stehen nämlich nicht nur allgemeine ökonomische Kriterien der wirtschaftlichen Effizienz bei Vertikalabreden (Rz. 61-83), sondern auch spezifisch auf den Buchmarkt zugeschnittene Aspekte, die für oder gegen eine Effizienz erhöhende Wirkung der Buchpreisbindung sprechen. So werden die in der einschlägigen Literatur zur Buchpreisbindung als positiv gewertete Wirkungen der Buchpreisbindung (vgl. statt vieler HENNING STUMPP, Die Preisbindung für Verlagserzeugnisse: Wettbewerbsbeschränkung oder Regulierung zur Beseitigung von Marktunvollkommenheiten?, Baden-Baden, 1999, S. 106 ff., 115 ff.; BERT RÜRUP, Die Buchpreisbindung im Lichte der ökonomischen Analyse, Hrsg. Börsenverein

des deutschen Buchhandels, Frankfurt am Main, 1997, S. 63 ff. und 73 ff.) wie die Erhöhung der Verkaufsstellenanzahl (Rz. 115 ff.), die Erhöhung des Serviceneiveaus (Rz. 84 ff.), die Reduzierung der Transaktionskosten (Rz. 98 ff.) und die Qualitätssignalisierung (Rz. 104 ff.) gründlich abgehandelt. Ebenso wenig fehlen Ausführungen zu den negativen Wirkungen der Buchpreisbindung wie die Stärkung von Händlerkartellen (z.B. Rz. 82) beziehungsweise von Herstellerkartellen (Rz. 81) und die Sicherung von Monopolrenten (Rz. 83). Zugleich werden Komplexität und Beschaffenheit von Büchern als Erfahrungsgüter berücksichtigt (Rz. 87). Ob und inwiefern die Wettbewerbskommission diese Themen in gebührender Weise gewürdigt hat, wird - soweit hier interessierend - in den Erwägungen zu den einzelnen Rechtfertigungsgründen untersucht. Gleiches gilt für die von den Beschwerdeführern erhobenen Vorwürfe, die Untersagungsverfügung verkenne wesentliche Spezifika des Gutes Buch, unterschätze die Bedeutung monopolisierter Händlerstrukturen und reduziere die effizienz erhöhenden Wirkungen des Sammelrevers auf die Beseitigung des Trittbrettfahrerproblems.

Dass die Wettbewerbskommission sämtliche Effizienzwirkungen stets auf die Konsumenten bezogen habe, wie dies die Beschwerdeführer geltend machen, lässt sich der angefochtenen Verfügung nicht entnehmen. Eine Mitberücksichtigung der Auswirkungen der Wettbewerbsbeschränkung auf die Konsumenten liegt je nach der konkreten Sachlage auf der Hand, da die wirtschaftliche Effizienz im Sinne des Kartellgesetzes nicht zuletzt den Interessen der Konsumenten beziehungsweise deren Bedürfnisbefriedigung zu dienen hat (vgl. statt vieler STOFFEL, a.a.O., S. 103).

9. Als Nächstes ist zu prüfen, ob es zutrifft, dass keiner der vier Effizienzgründe gemäss Artikel 5 Absatz 2 KG in rechtsgenügender Weise nachzuweisen ist, wie dies die Wettbewerbskommission in der angefochtenen Verfügung festhält (Rz. 195 ff.).

9.1. An erster Stelle behandelt die Wettbewerbskommission den Effizienzgrund der Verbesserung der Produkte und des Produktionsverfahrens (vgl. hierzu ZÄCH, a.a.O., Nr. 407 ff.). Dieser umfasst neben der genannten Verbesserung von Produkten und Produktionsverfahren auch die Verbreiterung des Angebots (z.B. Vereinbarungen, die die Beteiligten zur Anwendung von bestimmten Standards verpflichten) und die Verbesserung des Vertriebs (z.B. Verpflichtung zur fachkundigen Beratung der Kundschaft, zu ausreichender Lagerhaltung sowie zur Gewährleistung eines guten Kundendienstes, Vereinbarungen über die Lagerhaltung, die Erweiterung des Sortiments oder die Erhöhung der Zahl der Verkaufsstellen). Solche Abreden ermöglichen es dem Abnehmer, das für ihn geeignete Produkt zu finden, oder sie verbessern die Benutzungsmöglichkeiten des Produkts. Abreden, die eine Verbesserung des Vertriebs bewirken, finden sich vor allem in Absatzverträgen mit Ausschliesslichkeitsabreden wie Alleinvertriebs-, Selektivvertriebs-, Alleinbezugs- oder Franchiseverträgen. Massgebend für die Qualität des Vertriebs ist nicht die Zahl der Händler, sondern die geschäftliche Flexibilität und die Fä-

higkeit, auf Wünsche der Hersteller und Verbraucher einzugehen. Diese Art der Effizienzvorteile sind jedoch schwieriger abzuschätzen als solche, die sich aus der Kostensenkung (vgl. E. 9.2.) ergeben und machen deshalb den Vergleich zwischen ihrer Bedeutung und derjenigen der Beeinträchtigung des Wettbewerbs durch die Abrede problematisch (GUGLER/ZURKINDEN, *Commentaire romand*, Nr. 113 ad Art. 5 KG).

Die Botschaft nennt als mögliche Rechtfertigungsgründe einer Preisbindung die Erweiterung des Produktesortiments und die Hebung des Qualitätsniveaus einzelner Produkte (Botschaft 1994, S. 92). Massgebend für die Qualität des Vertriebs sind die geschäftliche Flexibilität und die Fähigkeit, auf Wünsche der Hersteller und Verbraucher einzugehen, mit anderen Worten müssen Produktvielfalt und Qualität nachgefragt werden (vgl. ZÄCH, a.a.O., Rz. 411 i. f.).

Die Beschwerdeführer bringen diesbezüglich vor, der Sammelrevers bewirke eine im Vergleich zur Lage ohne Preisbindung grössere Titelvielfalt sowohl in der Tiefe als auch in der Breite und vergrössere so die Auswahlmöglichkeiten der Verbraucher und verbessere die Befriedigung ihrer Bedürfnisse im Hinblick auf die Vermittlung von Wissen, geistiger Anregung und Unterhaltung, was unmittelbare ökonomische und nicht kulturelle Relevanz habe. Die Buchpreisbindung erhöhe die Zahl der Neuerscheinungen und insbesondere das Angebotsspektrum an Titeln für besondere Interessentengruppen. Dies sei mittels eines Vergleichs der Titelvielfalt in Ländern mit und ohne Preisbindung empirisch belegbar. Der Sammelrevers erleichtere die verlegerische Mischkalkulation und beuge gleichzeitig einer übermässigen Konzentration auf Verlagebene vor. Die Existenz einer grossen Anzahl kleiner und grosser Verlage fördere zwangsläufig die Vielfalt des Titelangebots. Damit stehe fest, dass jedenfalls der Effizienzgrund der Produktverbesserung vorliege und der Sammelrevers somit schon unter diesem Aspekt gerechtfertigt sei.

Die Wettbewerbskommission hat sich mit dem Argument der Erhöhung der Titelvielfalt anhand von Erfahrungen und Quervergleichen aus dem Ausland sowie den französisch- und italienischsprachigen Landesteilen der Schweiz befasst und ist zum Schluss gekommen, dass der Sammelrevers nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu einer grösseren Titelvielfalt führe. Die Ausführungen der Wettbewerbskommission stützen sich grösstenteils auf den Prognos-Bericht (FELIX NEIGER/JOSEF TRAPPEL, *Buchmarkt und Buchpreisbindung in der Schweiz*, Gutachten der Prognos AG für das Bundesamt für Kultur, Bern, 2002 - in Buchform; sowie Schlussbericht *Buchmarkt und Buchpreisbindung in der Schweiz* für das Bundesamt für Kultur, Bern 2001 - in Skriptform), auf das Gutachten der Monopolkommission (Hauptgutachten der Monopolkommission XIII, 1998/1999, *Wettbewerbspolitik in Netzstrukturen*, S. 376 ff.) und auf den OECD Roundtable on Resale Price Maintenance (1997).

9.1.1. Allerdings meldet die Wettbewerbskommission vorweg Zweifel an, ob die Vergrösserung der Titelzahl an sich in jedem Fall als wirtschaftlich effizient anzusehen sei (Tz. 151 letzter Satz mit Literaturverweisen).

Eine grössere Zahl von Titeln, die ein und dasselbe Bedürfnis befriedigen, zum Beispiel Reiseführer für die Stadt Rom, zeugt nicht unbedingt von einem optimalen Ressourceneinsatz, sondern kann ebenso sehr eine Ressourcenverschwendung bedeuten, wenn das Angebot nicht einem Bedürfnis entspricht, sondern nur dank einer Wettbewerbsbeschränkung entstanden ist (vgl. Monopolkommission, a.a.O., S. 394, S. 408).

Die Beschwerdeführer halten dem entgegen, aus dem Entscheid des Bundesgerichtes folge zwingend, dass eine Erhöhung der Zahl und Vielfalt der erhältlichen Titel als relevante Produktverbesserung zu bewerten sei (Rz. 128 ff.). Der zitierte Passus lautet: "Sofern es stimmt, dass die Preisbindung die Zahl und Vielfalt der erhältlichen Titel erhöht (was eine noch abzuklärende Sachverhaltsfrage ist), könnte dies eine Produktverbesserung (Breite und Qualität des Buchsortiments) bilden." (E. 10.3.2). Mit dem Verb "könnte" macht das Bundesgericht jedoch klar, dass nicht nur die Bedingung ("sofern"), sondern auch die Folge ("Produktverbesserung im Sinne des Gesetzes") abzuklären ist.

Die Beschwerdeführer machen ferner geltend, dass im Unterschied zu Gebrauchsgütern beim Buch als Geistesprodukt die möglichst grosse Titelzahl sich wohlfahrtsökonomisch positiv auf die Befriedigung der Bedürfnisse des Verbrauchers auswirke. In einem Markt, der durch externe Effekte gekennzeichnet sei, würde naturgemäss nicht das gesamtwirtschaftlich erwünschte Versorgungsniveau bereitgestellt (Rz. 131 ff.). Die Beschwerdeführer sehen diese positiven externen Effekte darin, dass Bücher einer Verbreitung des Wissens dienen, die über den die Kaufentscheidung bestimmenden Nutzen des Buchkäufer hinausgeht. Würde der Markt allein durch den Nutzen des Käufers und die Produktionskosten bestimmt, gäbe es einen Grossteil des relevanten und effizienten Bücherangebots nicht (Rz. 50 f.). Das sind jedoch Annahmen, die weder belegt noch plausibel sind. Der Nutzen, den der Käufer eines Buches aus dem Besitz des Buches zu ziehen vermag, schliesst die Weiterverbreitung seines Wissens mit ein und spielt bei seinem Kaufentscheid auch für ihn eine Rolle. Es liegt kein Marktversagen vor, das mit privaten wettbewerbsbeschränkenden Massnahmen zu beheben wäre (vgl. Monopolkommission, a.a.O., S. 394). Allerdings mag es aus kulturpolitischen Gründen erwünscht sein, mehr Bücher auf den Markt zu bringen, als unter Wettbewerbsbedingungen produziert werden, doch ist dies nach dem Kartellgesetz kein Rechtfertigungsgrund für Wettbewerbsbeschränkungen, sondern allenfalls ein Grund für den Bundesrat, eine Wettbewerbsabrede aus überwiegenden öffentlichen Interessen nach Artikel 8 KG zuzulassen.

Selbst wenn es zutreffen würde, dass die Verbreitung des Wissens durch Bücher positive externe Effekte erzeugt, die in einer Wettbewerbsordnung nur unzureichend verwirklicht werden, wäre immer noch nachzuweisen, dass der Sammelrevers ein effizientes Instrument ist, um dieses Ziel zu erreichen. Die Literatur zur Neuen Institutionenökonomik, auf die von den

Beschwerdeführern in diesem Zusammenhang hingewiesen wird (Beschwerde Rz. 51, Rz. 55, Rz. 57), vermag zu diesem Nachweis nichts beizutragen. Die von den Beschwerdeführern genannten Publikationen befassen sich in sehr allgemeiner Weise mit kognitiven Prozessen und der Wissensverbreitung innerhalb von wissenschaftlichen Organisationen und von Unternehmen. Im Sammelband von HELMSTÄDTER zum Beispiel wird ein einziges Mal von einem Marktversagen bei der Verbreitung neuen Wissens gesprochen, doch wird gleichzeitig festgehalten, dass es an besseren institutionellen Alternativen fehle (ERNST HELMSTÄDTER, *The Economics of Knowledge Sharing*, Cheltenham (UK), Northampton (USA), 2003, S. 96). Etwas konkreter sind die Analysen der Wissensverbreitung durch das Internet (S. 147 ff., S. 170 ff.). Dabei wird auch auf den Buchmarkt verwiesen, und zwar als Beispiel dafür, wie durch "Institutionen" wie Arbeitsteilung zwischen Produzenten und Händlern, Urheberrecht oder die Qualitätsgewährleistung durch Kritik und Reputation die Wissensvermittlung mittels gedruckter Medien gefördert werde (S. 157, S. 166). Dass es zusätzlich private Wettbewerbsbeschränkungen braucht, wird nicht gesagt und ist aus den Analysen nicht abzuleiten.

9.1.2. Die Wettbewerbskommission hält des Weiteren fest, Vergleiche mit anderen Ländern seien grundsätzlich problematisch aufgrund der jeweiligen Ausgestaltung der Buchpreisbindung sowie zahlreicher Unterschiede wie Sprache, Kultur, Wohlstands- und Bildungsniveau, Grösse des Marktes, Angebot alternativer Informationsträger, Freizeitgestaltungsmöglichkeiten und Ähnlichem. In Anbetracht dieser Differenzen erachtet es die Wettbewerbskommission mit Recht als schwer möglich, direkte Rückschlüsse auf den deutschsprachigen Buchhandelsmarkt in der Schweiz zu ziehen (Rz. 126 mit Literaturverweisen).

Dies gilt im besonderen Masse für den von den Beschwerdeführern angestellten Vergleich zwischen dem deutschsprachigen und dem amerikanischen Buchhandelsmarkt, zumal für den US-Buchmarkt andere Voraussetzungen gelten (in diesem Sinne auch ULRICH EVERLING, *Buchpreisbindung im deutschsprachigen Raum und europäisches Gemeinschaftsrecht*, Hrsg. Börsenverein des deutschen Buchhandels, Frankfurt am Main, 1997, S. 53. Dieser Autor stellt sich auf den Standpunkt, ein Verweis auf die Situation in den USA oder Kanada, wo andere Voraussetzungen gelten, sei insofern nicht nötig, als Studien über die Wirkung des Wegfalls der Buchpreisbindung in EG-Mitgliedstaaten vorliegen).

Die Beschwerdeführer legen dar, dass es im deutschen Sprachraum ein deutlich grösseres Titelangebot zu Spezialthemen (z.B. Kirchengeschichte, Philosophie und Rezeptionsgeschichte des Aristoteles, Pietismus, Homosexualität und Sportliteratur für körperlich Behinderte) gebe als in den preisbindungslosen USA. Zudem sei die gesamte Anzahl der lieferbaren Titel im angloamerikanischen Sprachraum im Verhältnis zur Bevölkerungszahl viel kleiner als im deutschsprachigen Raum (5'771 gegen 8'323 auf eine Million Einwohner). Daraus lässt sich aber nicht der Schluss zie-

hen, dass die grössere Titelvielfalt im deutschsprachigen Raum allein oder in wesentlichem Masse der Buchpreisbindung zuzuschreiben wäre. Ohne Berücksichtigung der in den USA herrschenden Verhältnisse hinsichtlich Marktsituation, Kultur, Konsumentenverhalten usw. bleiben die Gründe für diese Unterschiede jedoch offen. Hätten die Beschwerdeführer Recht, wie liesse es sich dann erklären, dass in Schweden die höchste Titelrate pro Kopf der Bevölkerung gemessen wurde, obwohl schon seit 1970 keine Preisbindung mehr besteht (MARTIN ENGELMANN, *Die Zukunft der Buchpreisbindung im Europäischen Binnenmarkt*, Dargestellt anhand des Systems der deutsch-österreichischen Buchpreisbindung, Berlin 2002, S. 153 f.)? Schweden verfügt zwar über ein Subventionssystem zur Förderung der Buchproduktion sowie Distribution (vgl. zum Ganzen Monopolkommission, S. 387). Jedoch lässt sich nicht klar sagen, ob die gemessene höchste Titelrate pro Kopf diesem Subventionssystem zu verdanken ist. Die Förderung der Buchproduktion stellt nämlich keine schwedische Besonderheit dar, sondern wird in vielen europäischen Ländern vorgenommen. Die Förderung der Distribution wird gestützt auf eine Studie von Euromonitor nicht nur in Schweden, sondern auch in Finnland und Frankreich praktiziert. Sodann ist zu beachten, dass Schweden bis 2002 Bücher mit dem höchsten Mehrwertsteuersatz von 25% belastete und die Subventionierung nur etwa 20% des Steuerertrags ausmachte (vgl. Monopolkommission, S. 387, Prognos-Bericht - Skriptform -, S. 67 f.). Dies zeigt, wie wenig aussagekräftig Ländervergleiche sind, wenn sie nur darauf abstellen, ob eine Buchpreisbindung angewandt wird oder nicht. Am schwedischen Beispiel wird ebenso ersichtlich, dass rein auf Zahlen beruhende Vergleiche zu völlig entgegengesetzten Ergebnissen führen können. Deshalb lässt sich aus den Angaben der Beschwerdeführer zur Titelvielfalt im deutschen und angloamerikanischen Sprachraum kein hinreichender Anhaltspunkt zu Gunsten der wirtschaftlichen Effizienz des Sammelrevers ableiten.

Aufschlussreicher ist die Entwicklung in Ländern, welche das System gewechselt haben, indem sie die Buchpreisbindung aufgehoben oder eingeführt haben. In Grossbritannien und Schweden nahm die Zahl der jährlich verlegten Bücher mit der Einführung der freien Buchpreise nicht ab, sondern wuchs im Gegenteil an (vgl. Prognos-Bericht, S. 68, 74, Buchfassung S. 18 ff., S. 102 ff., S. 113). In Frankreich wurde die Buchpreisbindung 1982 von Gesetzes wegen ("Loi Lang") eingeführt. Vorher war die vertikale Preisbindung verboten. Der Buchhandel hielt sich aber weitgehend an die Preisempfehlungen der Verlage, während Grossverteiler mit Rabatten Marktanteile gewannen. Auf Verlangen der Buchhändler wurden 1979 Preisempfehlungen verboten. Die Anzahl der Neuerscheinungen veränderte sich nach Aufgabe der freien Buchpreise kaum. Was die gesamte Anzahl Titel anbelangt, stieg diese auf dem freien Buchmarkt (von 1974 bis 1979) durchschnittlich um 600 Bücher pro Jahr. Lediglich während des Verbotes der Preisempfehlungen in den Jahren 1979 und 1980 war ein Rückgang von insgesamt etwa 1'000 Titeln zu ver-



zeichnen, was aber wohl auf die Verunsicherung der Märkte angesichts der neuen Situation zurückzuführen ist (vgl. Monopolkommission, S. 402).

Die Beschwerdeführer weisen ferner auf die Auswirkungen der Systemänderungen in drei weiteren Ländern hin. Danach wurde in Spanien die Buchpreisbindung 1990 gesetzlich eingeführt und in Griechenland 1995. Schon vor der Einführung der Preisbindung stieg die Zahl der Neuerscheinungen in beiden Ländern, wenn auch in Griechenland mit gewissen Einbrüchen. Nach Einführung der Preisbindung wuchs die Zahl der Neuerscheinungen in der Beobachtungsperiode bis 1998 stärker an, doch lässt sich nicht ausmachen, wie weit das der Systemänderung oder anderen Einflüssen, wie konjunkturellen Schwankungen, Nachholeffekten oder zeitweiligen Verunsicherungen der Märkte, zuzuschreiben ist. Gleiches gilt für das flämische Belgien, wo die Buchpreisbindung infolge einer Entscheidung der Europäischen Kommission und eines Urteils des Europäischen Gerichtshofes 1984 aufgehoben wurde. Zwar sank die Titelneuproduktion im folgenden Jahr, nahm dann aber wieder - wenn auch langsam - zu (Verfügung Tz. 149, Beschwerde Rz. 148 ff.).

Finnland hat die Preisbindung 1971 abgeschafft. 1973-1978 stagnierte die Titelproduktion, während sie vorher und nachher zunahm. Die Beschwerdeführer machen die fehlende Preisbindung für die Stagnationsperiode verantwortlich, während sie die Gründe für die Titelzunahme über den ganzen Zeitraum in anderen - ungenannten - Faktoren sehen.

Zusammenfassend ist somit festzustellen, dass positive Auswirkungen der Buchpreisbindung auf die Titelvielfalt empirisch nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachzuweisen sind.

9.1.3. Die Beschwerdeführer machen weiter geltend, der Sammelrevers habe einen positiven Einfluss auf die verlegerische Risikostruktur eines Verlages bei seinen Veröffentlichungsentscheidungen. Insbesondere erleichtere dieser die Mischkalkulation der Verlage und wirke der Verlagskonzentration und der Ausdünnung des Netzes von Buchhändlern mit breiten Sortimenten entgegen. Die Möglichkeit der Mischkalkulation gestatte den Verlegern, ein breites Sortiment von Titeln herauszugeben, bei denen sie damit rechnen müssten, mit vielen von ihnen keine Kostendeckung zu erreichen. Zur Kompensation der bei schwer verkäuflichen Titeln anfallenden Verluste könnten sie (ex post) Gewinne aus dem Verkauf gut gehender Titel verwenden. Da Verleger lediglich mit einem kleinen Anteil ihrer Bücher Gewinne erwirtschaften würden, sei die Risikostreuung in der Buchbranche nötiger als in anderen Wirtschaftsbereichen. Zudem würden bei Aufhebung der Buchpreisbindung die Nachfragemacht der Buchhandelsketten steigen und die Gewinne der Verlage aus gut verkäuflichen Büchern zurückgehen. Auch sei mit einer Verschlechterung der Absatzchancen von schwer verkäuflichen Titeln und mit einer Beschränkung der Verleger auf eine geringere Titelvielfalt zu rechnen. Dem allfälligen sinkenden Preisniveau bei Bestsellern werde keine den Einnahmeausfall der Verleger ausgleichende Gesamtnach-

frage nach Bestsellern gegenüberstehen, da die Preiselastizität der Verbraucher nach Büchern absolut sei und auch im Vergleich zu anderen Waren relativ niedrig. Beispielsweise führten die in den USA verbreiteten Bestseller-Discounts nicht zu einem hohen Leseranteil. So bewirke der Preiswettbewerb lediglich eine Verlagerung und nicht eine Erhöhung des Absatzes zwischen einzelnen Vertriebsformen des Handels (vgl. Beschwerde, Rz. 189 ff., Rz. 201 ff.).

Die Wettbewerbskommission vertritt die Auffassung, dass sich aus der Förderung schwer verkäuflicher Bücher keine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz, sondern eher der Kulturpolitik ableiten lasse. Dem Argument der Erleichterung der verlegerischen Mischkalkulation begegnet sie mit Skepsis, denn es sei davon auszugehen, dass populäre Titel tendenziell eine höhere Preiselastizität der Nachfrage aufwiesen als anspruchsvolle Titel. Eine Preissetzung, die sich an wirtschaftlichen Effizienzkriterien orientieren würde (Ramsey-Pricing), würde eher eine entgegengesetzte Preispolitik verfolgen, indem Titel mit einer hohen Nachfrageelastizität zu relativ günstigeren Preisen verkauft würden. Schliesslich verwirft die Wettbewerbskommission das Argument der Mischkalkulation unter Hinweis auf den Prognosebericht und das Gutachten der Monopolkommission (vgl. Verfügung Tz. 176).

Mit der Monopolkommission ist zwischen Ex-ante- und Ex-post-Quersubventionierung zu unterscheiden (vgl. Monopolkommission, S. 396). Eine Ex-ante-Quersubventionierung liegt vor, wenn ein Verleger Titel produziert, von denen er im Voraus annimmt, dass er mit deren Verkauf seine Kosten nicht decken kann, und diese deshalb aus dem Erlös besser verkäuflicher Titel finanziert. In der Diskussion um die Buchpreisbindung wird zwar ab und zu mit einem solch selbstlosen, im Dienste der Literatur stehenden Verhalten der Verleger argumentiert, die so zum Beispiel für den Druck fast unverkäuflicher Lyrik sorgen würden. Eine derartige Förderung kann aber durchaus nicht nur der Liebe zu wenig verbreiteter Literatur, sondern ebenso sehr dem Interesse des Verlages entspringen, sich eine entsprechende Reputation aufzubauen und damit die Werbung für das ganze Verlagsprogramm zu unterstützen. Einem solchen Verhalten kann somit ein betriebswirtschaftliches Kalkül zugrunde liegen, das keine Unterstützung durch Wettbeschränkungen rechtfertigt (vgl. Monopolkommission a.a.O.). Die Beschwerdeführer suchen denn auch die Rechtfertigung nicht in der Erleichterung der Ex-ante-Subventionierung.

Vielmehr sehen sie in der Möglichkeit der Ex-post-Quersubventionierung ein geeignetes Mittel zur Förderung der Titelvielfalt. Der Verleger produziert eine Vielzahl von Titeln, von denen er nicht weiss, wie erfolgreich sie sein werden. Die erfolgreichen Titel helfen ihm, die Kosten der weniger erfolgreichen zu decken. Je mehr Titel der Verleger zu produzieren in der Lage ist, desto breiter ist sein Risiko gestreut.

Solche Mischkalkulationen sind jedoch keine Besonderheit der Buchbranche. Das gestehen auch die Beschwerdeführer ein. Sie machen jedoch geltend, dass

die Verleger in höherem Masse als die Hersteller anderer Produkte davon abhängig seien, da der Erfolg von Büchern weniger gut abschätzbar sei, und Verleger eine sehr grosse Zahl von Büchern herausbringen müssten, um mit den wenigen Titeln, die sich als erfolgreich erweisen, die Gesamtkosten decken zu können. Damit ist zwar die Nützlichkeit einer möglichst breit abgestützten Mischkalkulation für die Verleger dargetan, aber es bleibt die Frage, was die Preisbindung dazu beiträgt. Dass diese Frage berechtigt ist, zeigt schon ein Vergleich mit der Tonträgerindustrie, wo das Problem der schwierigen Risikoabschätzung und der möglichst breiten Risikostreuung durch eine Vielzahl von Titeln in gleicher Weise gegeben ist. Auch dort findet die Quersubventionierung statt, aber ohne Preisbindung (ELISABETH WOLF-CSANÁDY, Kulturgut versus Ware Buch: Die deutsche Buchpreisbindung im Spannungsfeld zwischen Kulturpolitik, Lobbyismus und europäischer Wettbewerbspolitik, in: Czada, ROLAND UND SUSANNE LÜTZ (Hrsg.), Die Politische Konstitution von Märkten, Wiesbaden: Westdeutscher Verlag, 2000, S. 203). Im Übrigen können sich Verleger bei der Begründung der Ex-Post-Subvention nicht immer auf das Argument berufen, sie würden nicht wissen, wie erfolgreich ein Teil der publizierten Titel sein werde. Das gilt insbesondere für Märkte, in welchen ein grosser Anteil der publizierten Bücher aus Übersetzungen von Büchern besteht, die im Ausland sehr erfolgreich waren. Beispielsweise in der Sparte Bestseller entfallen in Deutschland 45% der verlegten Titel auf Übersetzungen (vgl. ENGELMANN, a.a.O., S. 151).

Die Beschwerdeführer sehen die Bedeutung der Preisbindung für die Risikostreuung einerseits darin, dass damit eine grössere Verkaufsstellenzahl mit einer höheren Bevorratungsbereitschaft erhalten werden könne, was für die Absatzchancen des grossen Teils an Büchern, die weder von einem bekannten Autor stammen noch durch besondere Werbekampagnen gefördert würden, entscheidend sei (Beschwerde Rz. 191). Andererseits würden ohne Preisbindung die Margen auf Büchern gedrückt, die sich im Nachhinein als Bestseller erweisen, da der Handel durch eine Senkung der Verlagsabgabepreise Spielraum für den Preiswettbewerb zu gewinnen suche, und durch die zu erwartende Konzentration auch mehr Nachfragemacht gegenüber den Verlagen ausüben könne (Beschwerde Rz. 192).

Diese beiden Argumente sind im Folgenden näher zu prüfen.

9.1.4. Die Beschwerdeführer machen geltend, die Bedeutung eines flächendeckenden Netzes breit sortierter Buchhandlungen ergebe sich aus den produktspezifischen Besonderheiten von Büchern. Diese bestünden einerseits in den Informationsdefiziten der Buchkäufer, beziehungsweise in der Informationsasymmetrie zwischen Käufer und Verkäufer, und andererseits in der hohen Bedeutung von Impulskäufen (Beschwerde Rz. 220).

9.1.4.1. Der Buchkäufer muss sich über Inhalt und Ausstattung der angebotenen Bücher informieren, und er tut dies nach Meinung der Beschwerdeführer "in ganz wesentlichem Umfang dadurch, dass ein bestimmtes

Buch 'in die Hand genommen' wird und so erlebt werden kann" (Beschwerde Rz. 221). Es liegt nur eine Erhebung vor, die gewisse Rückschlüsse darauf erlaubt, wie Buchkäufer sich informieren. In der St. Galler Studie wurden 682 Kunden von Buchhandlungen gefragt, welche Art von Beratungsleistungen sie wünschen (URS FÜGLISTALLER, ANDREAS GRÜNDER, CRISTIAN RUSCH, Dienstleistungscompetenz und Dienstleistungscontrolling im Schweizer Buchhandel, Schlussbericht einer Erhebung bei 82 Buchhandlungen und 693 Kunden im Mai 2001, S. 33). Danach verlangen 26% eine intensive Beratung, 45% zusätzliche Informationen über Autoren oder Bücher und 88% erwarten Hilfe zum Auffinden von Büchern. Der geringe Anteil von Kunden, die eine intensive Beratung wünschen, lässt darauf schliessen, dass die grosse Mehrheit der Buchkäufer andere Informationsquellen benützt und diese für sie sehr viel wichtiger sind als die Beratung in der Buchhandlung. Selbst für diese 26% der befragten Buchhandlungskunden sagt die Antwort wenig aus über die Bedeutung der Buchläden und ihrer Serviceleistungen für deren Kaufentscheide. Würde - wie die Beschwerdeführer behaupten - sich die Zahl der Buchhandlungen und deren Beratungsqualität als Folge einer Aufhebung des Sammelrevers vermindern, würde der am Buch Interessierte sich nach anderen Mitteln umsehen, um seine Informationsbedürfnisse zu befriedigen. Diese anderen Mittel würden durch Verlage und Medien bereitgestellt, soweit ein tatsächliches Bedürfnis besteht. Die Medien leben davon, Informationsbedürfnisse zu befriedigen und die Verlage sind an der Kundeninformation interessiert, um durch ein möglichst grosses Titelangebot das Risiko zu streuen. Dass diese Informationen mit der - nach Meinung der Beschwerdeführer - durch den Sammelrevers erzielten Buchhandlungsdichte und Servicequalität kostengünstiger angeboten werden, ist nicht erwiesen. Dieser Nachweis ist mit Umfragen auch nicht zu erbringen, denn es ist nicht möglich, zuverlässig zu erfragen, wie sich Anbieter und Nachfrager verhalten, wenn der Sammelrevers wegfallen würde und dadurch möglicherweise die Ausgestaltung und Benutzung der verschiedenen Informationskanäle verändert würden (zur Aussagekraft von Umfragen bei einem Vergleich eines gegebenen mit einem fiktiven Zustand vgl. auch ZIMMERLI, a.a.O., S. 301).

9.1.4.2. Zu prüfen ist weiter die Behauptung der Beschwerdeführer, dass Buchhandlungsdichte und Servicequalität deshalb die Titelvielfalt zu fördern vermögen, weil Bücher in bedeutendem Umfang durch Impulskäufe erworben würden. Als einziger Beleg für die Bedeutung der Impulskäufe dient den Beschwerdeführern der Hinweis auf eine in Deutschland durchgeführte Umfrage, deren Ergebnisse 1993 publiziert worden sind (Beschwerde Rz. 223, Beschwerde-Beilage 27). Angaben über die Repräsentativität der Umfrage fehlen. Es ist nicht ersichtlich, nach welchen Auswahlkriterien wann, wo und wie viele Personen befragt worden sind. Die Umfrage ist auch angesichts ihres Alters von fraglichem Wert. Erst in den der Publikation folgenden Jahren hat sich das Internet als Informations- und Handelsmedium etabliert und die Einkaufsgewohnheiten im Detailhandel haben sich

mit dem Wachstum grossflächiger Zentren stark gewandelt, so dass heute jedenfalls die Frage nach der Beurteilung alternativer Informations- und Bezugsmöglichkeiten gestellt werden müsste. Dabei ergäbe sich auch hier das Problem, dass Nachfrager und Anbieter danach zu befragen wären, wie sie sich verhalten würden, wenn weniger kleinere Buchhandlungen am Markt wären. Sie könnten diese Frage nicht beantworten, weil die Nachfrager nicht in der Lage wären zu beurteilen, welche anderen Informationskanäle angeboten würden und die Anbieter erst aufgrund praktischer Erfahrungen sagen könnten, welche anderen Informationsmedien geeignet wären.

Auch für die damalige Zeit gibt die Umfrage keinerlei Aufschluss über die Handlungsalternativen. Sie besagt lediglich, dass 57% der Buchkäufer erst in der Buchhandlung auf das gekaufte Buch aufmerksam geworden seien und dass 80% der Besucher, welche die Buchhandlung ohne Kauf verliessen, das Geschäft nicht mit der Absicht betreten hätten, ein Buch zu kaufen, sondern nur weil sie sich "zu einem Thema informieren" (17,4%) oder bloss "sich umsehen" (62,5%) wollten. Die Beschwerdeführer schliessen daraus, dass - wie etwa bei Kioskverkäufen von Eiscreme oder Schokoriegeln - die meisten Buchkäufe überhaupt nicht getätigt würden, wenn die Verbraucher nicht zuvor mit dem betreffenden Buch über das dichte Buchhandelsnetz in Berührung kämen (Beschwerde Rz. 223). Selbst wenn diese Umfragergebnisse als erheblich anzusehen wären, würde damit die Bedeutung der Buchhandlungsdichte für den Buchabsatz nicht bewiesen. Beim zitierten Vergleich mit dem Kioskhandel oder auch in Warenhäusern und Grossläden mit breitem Warenangebot handelt es sich um Impulskäufe im engeren Sinne, bei denen der Käufer beim Vorbeigehen oder im Geschäft auf ein Produkt aufmerksam gemacht wird, das zu kaufen er vorher keinerlei Absicht hatte. Der Besucher einer Buchhandlung dagegen ist daran interessiert, mehr über im Handel erhältliche Bücher zu erfahren und er ist auch sehr wohl bereit, ein Buch zu kaufen, das ihn anspricht, sonst hätte sein Besuch weder für ihn noch den Buchhändler einen Sinn. Gäbe es weniger Buchhandlungen und in den Buchhandlungen weniger Beratungsleistungen, wäre das Interesse des potenziellen Käufers an Informationen über das Bücherangebot trotzdem in gleichem Masse vorhanden und er wäre daher bereit, auch andere Informationsquellen zu benutzen und es würden ihm solche auch vermehrt angeboten, wenn es denn für ihn wegen einer geringeren Zahl von Buchhandlungen tatsächlich aufwändiger würde, eine Buchhandlung aufzusuchen. Dass die gewünschten Informationen - nach Meinung der Beschwerdeführer dank dem Sammelrevers - heute in einer grossen Zahl von Buchhandlungen angeboten und auch benutzt werden, heisst noch nicht, dass bei einer geringeren Zahl von Buchhandlungen andere Informationskanäle den Käufer nicht mindestens ebenso effizient zum Kaufentscheid zu führen vermögen.

Etwas anderes könnte gelten für den Impulskäufer im engeren Sinn, das heisst für Personen, die unterwegs sind, nicht daran denken, ein Buch zu kaufen, an ei-

ner Buchhandlung vorbeikommen, dadurch angeregt werden, sich über das Angebot informieren und auch gerade Zeit haben, sich im Geschäft umzusehen und sich zu erkundigen. Sofern potenziell viele solche Impulskäufer vorhanden sein sollten, müssten die Verlage eigentlich alles Interesse daran haben, den Buchverkauf nicht auf den Fachhandel zu beschränken, sondern auch dort Bücher anzubieten, wo niemand danach sucht. Dass dies heute nur in geringem Umfang geschieht, zeigt, dass das Potenzial dieser Art von Impulskäufern für die Buchbranche vernachlässigbar gering ist. Anders könnte sich die Situation für den Buchvertrieb darstellen, wenn der Preiswettbewerb möglich wäre. Für Verleger und branchenfremde Detailhändler könnte es dann vorteilhaft werden, vermehrt Gelegenheiten für solche Impulskäufe zu schaffen, weil der Preis als zusätzliches Element den Kaufanreiz steigern würde.

Es ist somit nicht hinreichend nachgewiesen, dass der Sammelrevers mit den als Besonderheiten des Buchmarktes angeführten Informationsdefiziten und Impulskäufen zu rechtfertigen ist.

9.1.5. Die Beschwerdeführer behaupten, eine Aufhebung der Buchpreisbindung führe zu einer Steigerung der Nachfragemacht der Buchhandelsketten, die zu einer Schmälerung der Gewinne der Verleger führen würde, was eine Verringerung der Zahl der verlegten Titel zur Folge hätte. Sie verweisen dafür auf Erfahrungen von Verlegern in Grossbritannien und USA (Beschwerde Rz. 193 ff.). Auch die Monopolkommission sieht dies als eine mögliche Entwicklung infolge der ihrer Meinung nach zu erwartenden Konzentration im Buchhandel an (a.a.O., S. 397).

Schon heute sind aber die Verleger mit der Nachfragemacht grösserer Buchhandlungen konfrontiert. Sie gewähren je nach Abnehmer unterschiedliche Preisrabatte. Dazu kommen Naturalrabatte in Form von Gratisexemplaren je nach Umfang der Bestellung und andere Vergünstigungen (vgl. WALTER KELLER, Die Buchpreisbindung ist ein schlechtes kulturpolitisches Instrument, NZZ vom 27.1.2006, S. 15). Bessere Bezugsbedingungen vergrössern den Handlungsspielraum des Buchhändlers, sei es, dass er diese Rabatte bei unveränderten Verkaufspreisen für Massnahmen zur Umsatzsteigerung einsetzt oder höhere Gewinne einbehält. Ohne Preisbindung wäre er wohl eher gezwungen, die Rabatte durch tiefere Verkaufspreise an den Konsumenten weiterzugeben. Mit oder ohne Preisbindung werden jedoch der Wettbewerbsdruck und das Gewinnstreben die Buchhändler dazu antreiben, möglichst grosse Rabatte auszuhandeln. Mit oder ohne Preisbindung ist deshalb der kleinere Buchhändler, falls er nur geringere Rabatte erhält, gegenüber dem grösseren benachteiligt. Die Buchhändler mit grösseren Rabatten hätten mehr Mittel, um bessere Geschäftslagen, grössere und attraktivere Verkaufsflächen und Personal in grösserer Zahl und mit besseren Qualifikationen zu finanzieren. Dazu kommt, dass, selbst wenn ohne Preisbindung die Konzentration im Buchhandel sich beschleunigen würde (vgl. dazu unten E. 9.2.), wie oben dargelegt (E. 9.1.4.), allein dadurch die Titelvielfalt nicht beeinträchtigt wäre.

Die Beschwerdeführer sehen die Beeinträchtigung der Titelvielfalt auch darin, dass bei einer grösseren Nachfragemacht der Buchhandelsketten die Gewinnmargen der Verleger auf den erfolgreichen Titeln schwinden würden. Da in der Folge den Verlegern weniger Mittel zur Verfügung stünden, könnten sie Titel mit ungewissen Erfolgsaussichten nur noch in geringerer Zahl herausbringen.

Die Wettbewerbskommission wendet dagegen ein, dass als Folge der grösseren Preiselastizität bei populären Titeln die Verleger einen Ausgleich durch höhere Umsätze fänden.

Die Beschwerdeführer halten dem entgegen, die Wettbewerbskommission überbewerte die Preiselastizität bei populären Büchern. Dieser Vorwurf ist unberechtigt. Selbst die Monopolkommission hat unter Hinweis auf Euromonitor festgehalten, dass Bestseller eine höhere Preiselastizität aufweisen würden (Monopolkommission, S. 399). Gestützt darauf zieht sie den Schluss, dass auf die Grenzkosten der nachfrageelastischen Güter ein geringerer prozentualer Aufschlag zu erheben sei als auf die Grenzkosten der nachfrageunelastischen Güter. Aufgrund der höheren Preissensibilität sei der Wohlfahrtsgewinn bei dem vergleichsweise elastischen Gut grösser als der Wohlfahrtsverlust bei dem vergleichsweise unelastischen Gut (Monopolkommission, S. 399 f.). Diese Grundsätze der Wirtschaftstheorie prognostizieren die Erhöhung der sozialen Wohlfahrt, indem der Preis eines nachfrageelastischen Guts relativ gesenkt und der Preis eines nachfrageunelastischen Guts relativ erhöht wird. In diese Richtung gehen auch die Ausführungen der Wettbewerbskommission, wonach eine Preissenkung um 1% bei einem populären Titel zu einer grösseren Mengenanpassung führen würde als eine Preiserhöhung um 1% bei einem anspruchsvollen Titel. Wie bereits oben angeführt, verlangen grössere Buchhandlungen von den Verlegern grosse Rabatte auf Titeln, die sich als Erfolg erweisen. Das führt zu einer Verminderung der Verlegergewinne. Dadurch steht den Verlegern weniger Geld für die Verbreiterung des Sortiments zur Verfügung. Die Buchhändler werden ihrerseits die aus dem Verkauf von Bestsellern erzielten Gewinne zumeist in der Absatzförderung einsetzen. Die auf populäre Titel bezogenen Fördermassnahmen führen zur Erzielung höherer Umsätze, von welchen auch die Verleger profitieren können. Gelten diese Fördermassnahmen dagegen weniger bekannten Titeln, wird damit die Nachfrage nach solchen Titeln beim Verleger steigen. Vor dem Hintergrund, dass die Nachfragemacht grösserer Buchhandlungen mit oder ohne Buchpreisbindung einen grossen Einfluss auf die Höhe der Verlegergewinne haben kann, erweist sich der Einwand der Beschwerdeführer nach dem Gesagten als unbegründet.

9.1.6. Zusammenfassend ergibt sich, dass die von den Beschwerdeführern geltend gemachte Verbesserung der Produkte im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 KG durch eine mit Hilfe der Buchpreisbindung erhöhte Titelvielfalt nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit gegeben ist.

9.2. An zweiter Stelle prüft die Wettbewerbskommission in der angefochtenen Verfügung den Rechtfertigungsgrund der Senkung der Vertriebskosten (Tz. 168-177). Das Bundesgericht hat die Prüfung dieses Rechtfertigungsgrundes verlangt, indem es feststellte, dass nach der von allen Beteiligten geteilten Auffassung davon ausgegangen werden könne, "dass die Buchpreisbindung jedenfalls bezüglich einzelner Titel vertriebsförderlich und eine Rechtfertigung insofern deshalb nicht zum Vornherein ausgeschlossen ist" (E. 10.3.1). Die Wettbewerbskommission kommt zum Schluss, dass sich die absatzfördernden Wirkungen des Sammelrevers in gewissen Sparten bestätigen lassen, dass dies aber die Kostenersparnisse nicht aufzuwiegen vermöge, die durch die Grössenvorteile von Buchhandelsketten und die Verbundvorteile von Grossverteilern und Warenhäusern zu erzielen seien und die bei Preiswettbewerb vermehrt zum Zuge kämen (Verfügung Tz. 177).

Dem Rechtfertigungsgrund der Senkung von Vertriebskosten werden auch Umfang und Qualität des Kundendienstes zugeordnet (Botschaft S. 92; HOFFET, a.a.O., Nr. 100 f. zu Art. 5 KG, STOFFEL, a.a.O. S. 105 ff., ZÄCH, a.a.O., Nr. 405). Die Wettbewerbskommission ist der Auffassung, dass die heute angebotenen Serviceleistungen bei einer Aufhebung des Sammelrevers zurückgehen könnten. Dies wäre aber mehr eine Folge der beschleunigten Konzentration des Buchhandels und nicht der Trittbrettfahrvorteile von Billig-Anbietern. Die Serviceleistungen könnten vermehrt durch Verlage und jedenfalls gezielter angeboten werden (Verfügung Tz. 177).

Die Beschwerdeführer begründen das Vorliegen dieses Rechtfertigungsgrunds damit, dass die Buchpreisbindung (1) eine flächendeckende Buchhandelsstruktur gewährleiste, (2) die Konzentration auf der Buchhandelsebene verlangsame, (3) den Vertrieb neuer Verlagserzeugnisse erleichtere und (4) das buchhändlerische Serviceangebot im Gesamtgebiet der deutschsprachigen Schweiz sicherstelle.

Es ist nachfolgend zu prüfen, ob der Sammelrevers geeignet ist, ein flächendeckendes Netz von Buchhandlungen (vgl. E. 9.2.1. hiernach) sowie ein hohes Niveau von Serviceleistungen (vgl. E. 9.2.2. hiernach) zu gewährleisten, und ob diese Wirkungen auf wirtschaftlich effiziente Weise erreicht werden, um im Sinne des Gesetzes als gerechtfertigt zu gelten.

9.2.1. Es wird in der ökonomischen Analyse der Buchpreisbindung die These aufgestellt, wonach die Preisbindung zu einer Erhöhung der Verkaufsstellenanzahl führt (STUMPP, a.a.O., S. 116 ff.; RÜRUP, a.a.O., S. 73 ff.). Die Wettbewerbskommission hat diesen Aspekt in der angefochtenen Verfügung gewürdigt (Rz. 115 ff.). Sie hielt unter Hinweis auf die Erkenntnisse im Prognosebericht und die Befragungen der Buchhandlungen fest, es sei nicht ersichtlich, ob die Aufhebung der Buchpreisbindung zu weit reichenden strukturellen Veränderungen führe. Zu bedenken sei, dass die Anzahl Buchhandlungen bereits heute Schwankungen ausgesetzt sei und sich Konzentrationstendenzen in den letzten Jahren trotz Bestehen der Buchpreisbindung deutlich abzeichnen liessen. Von einer Aufhe-

bung der Buchpreisbindung seien vor allem kleinere Buchhandlungen in und um Agglomerationsgebieten sowie in kleineren Städten betroffen. Die befragten Buchhandlungen rechneten mit einer Verringerung der Buchhandelsdichte, falls der Sammelrevers aufgehoben würde. Ob die Konzentration im Buchhandel zu einem wirtschaftlich weniger effizienten Ergebnis führe, hänge insbesondere von der Struktur der Nachfrage ab. Da die Nachfrage nach Büchern keinesfalls preisunelastisch sei, liessen sich Absatzsteigerungen nicht nur mit einer Steigerung der Verkaufsstellenanzahl, sondern auch mit Preissenkungen erzielen. Insgesamt liesse sich auch aus den Erfahrungen mit ausländischen Buchhandelsmärkten nicht klar ableiten, dass ein Rückgang der Anzahl Verkaufsstellen aufgrund der Aufhebung der Buchpreisbindung zu weniger effizienten Resultaten führe.

9.2.1.1. Es ist unbestritten, dass die Buchpreisbindung auf kleine und mittlere Buchhandlungen strukturkonservierend wirkt. Konzentrationstendenzen im Buchhandel sind aber auch unter dem Regime der Buchpreisbindung vorhanden. Darauf wurde bereits in der Prognos-Studie hingewiesen (Gutachten der Prognos AG, S. 21 f., S. 71, S. 145 - Buchfassung, S. 20, S. 73 f., S. 79 f., S. 95 - Skriptfassung). Diese Konzentrations-tendenzen können auch nicht durch die Buchpreisbindung aufgehalten werden. Die Erfahrungen in Ländern mit Buchpreisbindung sind zu unterschiedlich, als dass sich daraus ableiten liesse, dass die dortigen kleinen Buchhändler ihre Marktanteile dank der Preisbindung beibehalten konnten. Zum Beispiel ging in Schweden bereits vor Aufhebung der Buchpreisbindung die Anzahl der Buchhandlungen in den ländlichen Gebieten zurück (ENGELMANN, S. 149 f. mit Hinweisen). In Frankreich hat sich die Konzentration der Buchhandlungen in der Zeit vor der Buchpreisbindung in Grenzen gehalten (Verlust von 5% von Marktanteil bis 1981 auf 50%). Nach Eintreten der Buchpreisbindung bis zum Jahre 1994 verloren die Sortimentsbuchhandlungen trotzdem weiter an Marktanteilen, währenddessen Discounter und Supermärkte weiter zulegen (+8% auf 18%, FNAC + 2% auf 5%). Bis zum Jahre 1994 hat sich diese Entwicklung fortgesetzt. Der Sortimentsbuchhandel verlor in dieser Zeit 16%-Punkte. Hyper- und Supermärkte gewannen 7%-Punkte (Monopolkommission, S. 402). Der Marktanteil des französischen Sortimentsbuchhandels soll inzwischen 21% betragen (vgl. CHERVEL THIERRY, Wer hat Angst vor Bertelsmann? Die Konzentration auf dem französischen Buchmarkt schreitet unablässig voran, zitiert in ENGELMANN, a.a.O., S. 149). In Frankreich neigen Supermarkt- und Hypermarktketten neuerdings offenbar dazu, billige Taschenbücher selber herzustellen, womit sie die Buchpreisbindung quasi zu umgehen versuchen. Mit dieser Methode vermochten sie auf jeden Fall Marktanteile zu gewinnen (vgl. THOMAS KAUFMANN, Probleme der Buchpreisbindung nach europäischem Kartellrecht, Aufzeichnung seiner Rede vom 29.1.1998, abrufbar im Internet unter der Adresse: [http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp1998\\_013\\_de.html](http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp1998_013_de.html), S. 4).

In Deutschland erzielten Zeitungsverlage mit Billigausgaben beachtliche Umsätze, und zwar sowohl im

Direktversand als auch durch den Verkauf in Buchhandlungen (vgl. Die Buchpreisbindung hält vom Lesen ab, NZZ Nr. 246 vom 21.10.2005, S. 23).

Die Beschwerdeführer weisen darauf hin, dass in Städten mit 20'000 bis 50'000 Einwohnern die mittlere Buchhandlungszahl in Ländern mit Preisbindung durchschnittlich dreimal so gross wie in Ländern ohne Buchpreisbindung sei (in Österreich mache es durchschnittlich fast 5 Buchhandlungen aus, in der Schweiz ungefähr 4,5, in Deutschland mehr als 3, in Frankreich fast drei gegen - mehr oder weniger - eine Buchhandlung in Schweden sowie in den USA). In den Gemeinden unter 20'000 sei die Anzahl der Buchhandlungen pro 1'000 Einwohner in Deutschland und Österreich deutlich höher als in den preisbindungslosen USA oder in Schweden.

Auf die Problematik der Vergleichbarkeit des deutschsprachigen europäischen mit dem amerikanischen Buchmarkt wurde bereits hingewiesen (vgl. E. 9.1.2.). Mit Bezug auf die Situation in preisbindungsfreiem Schweden hat die Wettbewerbskommission gestützt auf den Prognos-Bericht, das Gutachten der Monopolkommission und den OECD Roundtable on Resale Maintenance festgehalten (Rz. 142 f.), dass die Abnahme der Anzahl Buchhandlungen nicht allein der Aufhebung der Buchpreisbindung zuzuschreiben sei, sondern auch auf dem Wegfall des Qualitätsmonopols von Buchhandlungen beruhe (Prognos-Bericht - Skriptfassung, S. 68). Aus dem Gutachten der Monopolkommission geht weiter hervor, dass die Abschaffung der Buchpreisbindung anfänglich einen Rückgang der Sortimentsbuchhandlungen zur Folge hatte. Jedoch scheint die Zahl der Buchhandlungen seit 1982 sich stabilisiert zu haben. Neben den Sortimentsbuchhandlungen fanden auch Kaufhäuser und Buchclubs den Zugang zum Buchmarkt. Dem OECD Roundtable on Resale Maintenance ist diesbezüglich kein gegenenteiliges Argument zu entnehmen. Insbesondere verweist dieser auf die Erhöhung der Verkaufsflächen der Buchhandlungen um 35% seit Aufhebung der Buchpreisbindung. Unbestritten ist die Abnahme der Anzahl Buchhandlungen, wenn auch sich inzwischen die Zahl der spezialisierten Buchhandlungen erhöht zu haben scheint. Wie bereits an anderer Stelle angeführt, bereitet ein direkter Vergleich der Buchmarktsituation im deutschsprachigen Raum mit der in Schweden vorherrschenden insofern Schwierigkeiten, als dort ein Subventionssystem angewandt wird. Trotzdem vermag das schwedische Beispiel vor Augen zu führen, dass der Rückgang der Buchhandlungen mit dem Marktzutritt anderer Anbieter wie Kaufhäuser und Buchclubs kompensiert werden konnte. Nicht zuletzt hat sich eine grosse Anzahl Buchhändler für den Weg der Spezialisierung entschieden.

Die Beschwerdeführer kommen gestützt auf die Studie von STOCKMANN/BENGTSSON/REPO zum Schluss (Beschwerde, Rz. 241 ff.), dass die Aufhebung der Buchpreisbindung in Finnland deutlich negative Effekte für eine flächendeckende Versorgung mit Büchern zeige. In einem Zeitabschnitt von beinahe 40 Jahren sei dort ein Rückgang der Buchhandlungen um 60% zu verzeichnen. In dieser Hinsicht hält die Wettbewerbs-

kommission unter Hinweis auf den OECD Roundtable on Resale Price Maintenance fest, dass die traditionellen Buchhandlungen zu Gunsten von alternativen Vertriebsformen Marktanteile eingebüsst hätten (Rz. 147). Wie bereits für Schweden als Beispiel für ein Land ohne Preisbindung sowie für Frankreich als Beispiel für ein Land mit Preisbindung gesehen wurde, ist das Aufkommen von alternativen Vertriebsformen zulasten der traditionellen Buchhandlungen ein Phänomen, das sich mit oder ohne Buchpreisbindung weiterhin manifestieren wird. Insofern vermögen die Verhältnisse auf dem finnischen Buchmarkt zu keinen neuen Erkenntnissen zu führen.

Ebenso wenig lässt der von den Beschwerdeführern angestellte Vergleich der Anzahl Buchhandlungen in Schweden (ohne Preisbindung) mit derjenigen Norwegens (mit Preisbindung) auf etwas anderes schliessen. Auch wenn in Norwegen die Buchhandlungsdichte pro Einwohnerzahl höher als in Schweden sein mag, würde die norwegische Wettbewerbsbehörde es begrüssen, die Preisbindung aus ökonomischen Gründen aufzuheben, um damit eine Erhöhung der Verkaufsvolumen und eine Senkung der Preise herbeizuführen (vgl. angefochtene Verfügung, Rz. 146, Fn. 75). Mittlerweile soll in Norwegen eine Durchführungsverordnung in Kraft getreten sein, welche die Preisbindung ab Mai 2005 lediglich unter bestimmten Bedingungen erlaubt - insbesondere eine zeitliche Beschränkung auf neun Monate und einem für alle Vertriebskanäle geltenden maximalen Rahmen für Preisnachlässe von 12,5% (vgl. angefochtene Verfügung Rz. 146, unter Hinweis auf die Eingabe der Beschwerdeführer im vorinstanzlichen Verfahren vom 18.1.2005). Auch unter diesem Gesichtspunkt kann dem Vergleich zwischen Schweden und Norwegen keine grössere Bedeutung mehr beigemessen werden.

Bezüglich der Situation in Grossbritannien beschränken sich die Beschwerdeführer lediglich darauf, auf den dort verzeichneten Rückgang der unabhängigen Sortimentsbuchhandlungen aufmerksam zu machen (Rz. 257). Gemäss Gutachten der Monopolkommission, die sich dabei auf eine Untersuchung von FISCHWICK und FITZSIMONS stützt, haben die Supermärkte nach Aufhebung der Buchpreisbindung zwischen 1994 und 1996 3% an Marktanteil gewonnen, bei den Buchklubs betrug der Marktanteilgewinn indes 5%, bei den Niedrigpreisläden 1%. Dagegen verloren die Sortimentsbuchhandlungen 2% an Marktanteil, wobei grosse spezialisierte Sortimenter ihre Marktanteile ausdehnen konnten. Grössere und mittlere Unternehmen konnten höhere Umsätze erzielen, während der Umsatz kleinerer Unternehmen stagnierte (vgl. Monopolkommission, S. 400, Nr. 717). Mit Bezug auf die Händlerstruktur soll sich nur wenig geändert haben; die Anzahl der unabhängigen Buchhändler sank um etwas mehr als 4 % (vgl. Monopolkommission, S. 401, Nr. 722). Obwohl im Prognos-Bericht der Absatz von Büchern und die positive Marktentwicklung zum Teil der damals verzeichneten guten Konjunktur und dem positiven Konsumklima in Grossbritannien zugeschrieben werden (Prognos-Bericht - Skriptfassung, S. 7), was die Möglichkeit eines direkten Vergleichs mit der Situation in der Deutschschweiz allerdings schmä-

lern könnte, ergibt sich aus dem Wechsel von einem System mit zu einem System ohne Buchpreisbindung nicht unbedingt, dass mit der Buchpreisbindung wirtschaftlich effizientere Resultate zu erzielen sind.

Schliesslich verweisen die Beschwerdeführer auf die im Prognos-Bericht geschilderte Situation auf dem Buchhandel in der Westschweiz, wo aufgrund der fehlenden Buchpreisbindung die Buchhandelskonzentration weit fortgeschritten sei (Beschwerde, Z. 247-251). In der Westschweiz wurde der Rückgang der (kleineren) Sortimentsbuchhandlungen mit dem Markteintritt von Supermärkten und Filialen von Buchhandelsketten kompensiert (vgl. Prognos-Bericht, S. 48 ff.). Die Beschwerdeführer betonen ihrerseits, wie die französische Medienkette FNAC ihre Marktmacht dazu genutzt habe, einen ruinösen Preiswettbewerb auf dem Schweizer Markt zu betreiben. An sich ist diese Entwicklung auf dem westschweizerischen Buchmarkt vergleichbar mit derjenigen in Ländern ohne Buchpreisbindung. Andererseits entspricht den Tatsachen, dass auch in der Deutschschweiz grössere Buchhandlungen mehr von der Buchpreisbindung profitieren als kleinere. Die erfolgreiche Präsenz der deutschen Thalia-Holding an 17 Standorten in der Schweiz und ein angeblicher Marktanteil des Internet-Buchhändlers Amazon am schweizerischen Buchmarkt von ungefähr 9% zeigen, dass der Sammelrevers längerfristig den Konzentrationstendenzen im Buchhandel keinen Schutz mehr gewähren kann (vgl. hierzu: Harry Potter und der Fluch des Geldes/Die Zweifel über den Sinn der Buchpreisbindung wachsen - nun ist auch Orell Füssli für die Aufhebung in NZZ vom 23.1.2006, Nr. 18, S. 7). Deshalb können die Beschwerdeführer auch aus ihren Hinweisen auf die Situation auf dem westschweizerischen Buchhandel nichts zu ihren Gunsten ableiten.

9.2.1.2. Die Beschwerdeführer befürchten, dass sich die Verlage mit der Aufhebung der Buchpreisbindung an den Markt für Bestseller orientieren müssten und dass manche unter ihnen gezwungen würden, aus dem Markt zu scheiden. Ausserdem könnten Sortimentsbuchhandlungen Bestseller nicht mehr Umsatz und Gewinn bringend verkaufen. Dieser Entwicklung könnte man zwar dadurch entgegenwirken, indem das Sortiment bereinigt würde, um die Lagerkosten und das Absatzrisiko zu minimieren. Daraus würden jedoch unumgängliche Folgen resultieren wie die Trivialisierung des Angebots, die Reduzierung der buchhändlerischen Beratungsleistungen, die Verengung der Absatzkanäle für einen grossen Teil der zuvor erhältlichen Titelvielfalt, die Senkung der Auflagenhöhe der Verlage mit damit verbundenen Erhöhung der Kosten bei Erstauflagen und eine verstärkte Konzentrationstendenz auf Buchhandelsebene.

Dass Titelvielfalt und Gewinnmargen vom Sammelrevers beeinflusst sein mögen, aber nicht in wesentlichem Umfang in der Weise davon abhängen, dass sie nicht mit anderen Mitteln und ohne Wettbewerbsbeschränkung mindestens ebenso effizient zu erreichen sind, wurde bereits dargelegt (E. 9.1.4. und 9.1.5). Hier stellt sich deshalb nur noch die Frage, ob der Vertrieb über ein Netz mit einer grossen Zahl von breit sortier-

ten Buchhandlungen für den Handel und die Verleger kostengünstiger ist als der Vertrieb bei einer geringeren Buchhandlungsdichte.

Was die Sortimentsbreite und -tiefe angeht, ist nach den Ausführungen der Beschwerdeführer davon auszugehen, dass die Kundschaft diese wünscht und schätzt. Es liegt deshalb im Interesse des Buchhändlers, sein Geschäft entsprechend auszustatten. Nach Meinung der Beschwerdeführer hätte der Buchhandel aber ohne Preisbindung dafür weniger Mittel zur Verfügung. Ist jedoch die Nachfrage nach einem grossen Sortiment vorhanden, wird sich das Angebot für den Buchhändler auch lohnen. Es ist möglich, dass ohne Preisbindung die Erträge der Buchhandlungen aus dem Verkauf populärer Titel zurückgehen. Würden die Buchhändler darauf mit einer Straffung des Sortiments reagieren, würden sie aber eine der spezifischen Leistungen verringern, auf die ihre Kundschaft wert legt. Soweit den Kunden an dieser Leistung liegt, werden sie auch dafür bezahlen, zum Beispiel in Form von höheren Preisen für weniger gängige Titel. Auf diese Weise ergibt sich ein durch die Nachfrage gesteuertes Angebot, bei dem der Kunde unter Umständen auch die Kosten der von ihm beanspruchten Leistungen zu spüren bekommt. Gerade deshalb ist eine derartige Angebotssteuerung jedenfalls besser geeignet, zum kostengünstigsten Angebot zu führen als eine Ordnung, die den Preiswettbewerb für den Handel ausschaltet. Anders wäre es nur, wenn der Handel durch Trittbrettfahrer daran gehindert würde, ein solches Angebot bereit zu stellen (vgl. dazu unten E. 9.2.2.).

Auch die Verlage sind an breiten Sortimenten interessiert, weil sie so mehr Titel bekannt machen und damit ihr Risiko breiter streuen können. Sie haben es in der Hand, den Buchhandel zu unterstützen, indem sie es durch Remissionsrechte, Rabatte und Werbemassnahmen für den Buchhändler leichter und attraktiver machen, ein breites Sortiment zu halten. Natürlich kosten solche Massnahmen Geld, und die Beschwerdeführer behaupten, dass ohne Preisbindung weniger Mittel dafür zur Verfügung stünden, was die Vertriebskosten für die verbleibenden, weniger risikoträchtigen Titel erhöhen würde. Auch hier gilt indessen, dass der Wettbewerb für einen kostengünstigeren Mitteleinsatz sorgt als die Ausschaltung des Preiswettbewerbs auf der Handelsstufe.

Die von den Beschwerdeführern gefürchteten Absatzschwierigkeiten, die ihrer Meinung nach mit der Aufhebung der Preisbindung eintreten würden, könnten ebenso durch eine Neuorientierung und einen Wandel der Buchhandlungsstrukturen bewältigt oder zumindest in Grenzen gehalten werden. Die Buchpreisbindung kennzeichnet sich dadurch, dass sie allen Buchhändlern eine minimale Handelsspanne garantiert. Damit reduziert sich der Anreiz der Buchhändler, Kosten einzusparen. So können sich auch ineffizient arbeitende Händler im Markt behaupten sowie neu eintreten, da sie gesicherte Handelsspannen vorfinden (Monopolkommission, S. 398). Beim Wegfall der Buchpreisbindung entfallen die garantierten Handelsspannen, so dass die Buchhändler den Preis der Bü-

cher an der Höhe ihrer Vertriebskosten orientieren müssen. Im Sortimentsbuchhandel setzen sich die Vertriebskosten hauptsächlich aus den Standort- und den Personalkosten zusammen (vgl. zum Ganzen: ENGELMANN, S. 146 f.). Erstere entstehen dadurch, dass Buchhandlungen in der Regel die belebte Lage der Innenstädten und -zentren bevorzugen, um ihr Angebot einer möglichst grossen Anzahl Kunden präsentieren zu können. Je attraktiver der Standort, desto höher dürfen die Mietkosten anfallen. Bei Letzteren handelt es sich um die Personalkosten, welche die angebotenen Serviceleistungen mit sich bringen. Es liegt auf der Hand, dass unter einem System der Buchpreisbindung Unternehmer, die tiefe Vertriebskosten aufweisen, daran gehindert werden, grössere Gewinne zu erwirtschaften, die sich aus allfälligen Preissenkungen ergäben. Zu denken ist an die Vertriebsformen des Versand- und Internethandels, bei welchen Lager- und Personalkosten eine geringfügige Rolle spielen. Beispielsweise machen bei Amazon in den USA Miete und Abschreibungen lediglich 4% des Umsatzes aus, bei einem grossen stationären Buchhändler sind das indessen 13% (LYNN MARGHERIO: The Emergin Digital Economy, US Department of Commerce, 1998, zitiert in HANS-DÖRING VON GOTTBERG, Wirkungsanalyse der gesetzlichen Buchpreisbindung in Deutschland, 2004, S. 208). Unter diesem Gesichtspunkt ist es nicht von vorneherein falsch, wenn die Wettbewerbskommission unter Hinweis auf das Gutachten der Monopolkommission behauptet, die Preisbindung hindere das Aufkommen alternativer Vertriebsformen. Aber selbst grössere und umsatzstarke Buchhandlungen, die aufgrund ihrer grösseren Warenbezüge vom Mengenrabatt der Verlage profitieren können, werden durch die Buchpreisbindung beeinträchtigt, mögliche, sich aus den Grössenvorteilen ergebenden Preissenkungen vorzunehmen (THOMAS KAUFMANN, a.a.O.).

Entsprechend der auch unter der Buchpreisbindung bestehenden Konzentrationstendenz im Sortimentsbuchhandel (vgl. Prognos-Bericht - Skriptfassung, S. 20) erscheint es fraglich, ob das Argument der Erhöhung der Verkaufsstellenanzahl überhaupt herangezogen werden kann, um die wirtschaftliche Effizienz des Sammelrevers zu begründen. Dies umso mehr, als kleinere Buchhandlungen bereits unter dem System der Buchpreisbindung in ihrer Existenz bedroht sind, unter anderem seitdem für Grosskunden möglich geworden ist, Bücher direkt beim Verlag zu beziehen. Neuerdings äussern sich Schweizer Verleger und Buchhändler zunehmend kritischer zum noch bestehenden Zustand der Buchpreisbindung und betrachten die Buchpreisbindung als nicht dynamisches Instrument (WALTER KELLER, a.a.O.).

Aus der Überprüfung der Buchpreise durch den Preisüberwacher im Laufe von 2005 ergab sich zudem, dass die deutschsprachigen Bücher im schweizerischen Buchhandel im Durchschnitt 16% teurer als die Endverkaufspreise in Deutschland seien. Die höheren Kosten in der Schweiz (Miete, Lohn) vermochten höchstens eine Preisüberhöhung von 8% zu rechtfertigen. Dazu komme, dass die deutschen Verlage beim Export ihrer Bücher den Schweizer Buchhändlern die deut-

sche Mehrwertsteuer von 7% belasten, so dass die Schweizer Konsumenten auf deutsche Bücher die deutsche und die schweizerische Mehrwertsteuer (2,4%) zu entrichten hätten (vgl. Newsletter der Preisüberwachung, Nr. 4/05, abrufbar im Internet). Aufgrund von Verhandlungen des Preisüberwachers mit dem SBVV und Gesprächen mit Branchen-Aussenseitern kündigte der SBVV eine Buchpreissenkung von durchschnittlich je 2% für den 1. Juli 2006 und den 1. Juli 2007 an. Damit liegt die in Aussicht gestellte Preissenkung unter den Anforderungen des Preisüberwachers, der ein Mindestpreismodell vorgeschlagen hatte, das den Buchhändlern erlaubt hätte, den europäischen Buch- als Mindestpreis anzuwenden und die übrige Preisgestaltung den Händlern freizustellen (vgl. Newsletter der Preisüberwachung, a.a.O.). Da der SBVV nicht gewillt ist, dem Modell des Preisüberwachers in seiner Ganzheit Folge zu leisten, stieg der grösste Fachbuchhändler Huber & Lang aus dem SBVV aus; die umsatzgrösste Buchhandlung der Schweiz Orell Füssli AG befürwortet nicht zuletzt aufgrund des Widerstands der Mehrheit der Buchhändler die Aufhebung der Buchpreisbindung (vgl. NZZ vom 23.1.2006, Nr. 18, S. 7, Harry Potter und der Fluch des Geldes, Die Zweifel über den Sinn der Buchpreisbindung wachsen - nun ist auch Orell Füssli für die Aufhebung).

9.2.1.3. In einem System freier Buchpreise ist nach dem Gesagten damit zu rechnen, dass Präsenzbuchhandlungen und andere Vertriebsformen (vor allem Versandbuchhandlungen) nebeneinander bestehen werden (ACHIM R. PREUSS NEUDORF: Preisbindung und Wettbewerb auf dem deutschen Buchmarkt, Köln 1999, S. 21 zitiert in HANS-DÖRING VON GOTTBURG, a.a.O., S. 249). Womöglich werden diese koexistierenden Vertriebsformen Preissenkungen vornehmen, so dass dem Konsumenten die Wahl überlassen wird, die eine oder andere Vertriebsform in Anspruch zu nehmen. Auch entstünde ein differenzierter Bezug von Büchern, und der Rückgang kleinerer und mittlerer Sortimentsbuchhandlungen könnte auf jeden Fall durch die neu aufgekommenen Vertriebsformen kompensiert werden (ENGELMANN, S. 152 f. mit Hinweisen).

Aus dem Vergleich der Situation mit und ohne Buchpreisbindung ergibt sich somit, dass die Buchpreisbindung nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit die Erhöhung der Verkaufsstellenanzahl gewährleistet und strukturellen Anpassungsprozessen, die kostengünstiger als die Erhaltung der bestehenden Strukturen im Buchhandel wären, entgegensteht. Den Schlussfolgerungen der Wettbewerbskommission ist demnach zu folgen.

9.2.2. Die Beschwerdeführer bringen vor, die Buchpreisbindung *sichere und erhöhe das buchhändlerische Serviceangebot* im Gesamtgebiet der deutschsprachigen Schweiz und gewährleiste den Kundendienst im Sinne der Botschaft zum Kartellgesetz. Nur die Buchpreisbindung ermögliche die Leistungen der Sortimentsbuchhandlungen, welche kostenlosen Bestellservice, breite Titelauswahl in den Verkaufsräumen, sachkundige Beratung und Aktionen der Leseförderung umfassten. Die grosse Markttransparenz,

die Informationsdefizite der Konsumenten und die hohe Anzahl an Impulskäufen (57% der gesamten Buchverkäufe) führten zu einer besonderen Bedeutung der Serviceleistungen und einer relativ geringen Bedeutung des Wettbewerbsparameters Preis. Die hohe Inanspruchnahme der Serviceleistungen wirke sich unmittelbar Absatz fördernd aus. Entgegen der Meinung der Wettbewerbskommission, wonach mehr als die Hälfte der Buchkäufer ausser beim Auffinden eines Buches keine zusätzliche Beratung wünsche oder benötige, erschöpften sich Beratungsleistungen beim Auffinden eines Buches nicht notwendigerweise in der Auskunft über dessen Fundort oder die Anordnung der verschiedenen Sachgruppen in den Lokalitäten.

Die Wettbewerbskommission beurteilt den Aspekt der Erhöhung des Serviceniveaus unter dem Blickwinkel der Trittbrettfahrerproblematik. Für sie ist die Frage entscheidend, ob die Buchpreisbindung geeignet sei, eine solche Problematik zu vermeiden. Sie berücksichtigt, dass es sich bei Büchern um Erfahrungsgüter handle, deren Inhalt den Konsumenten nicht im Voraus bekannt sei, weshalb dem Buchhandel die Aufgabe obliege, die Konsumenten mit den hinreichenden Informationen zu versorgen. Des Weiteren hält sie unter Hinweis auf eine Studie der Universität St. Gallen fest, dass im Buchhandel zum Teil Service- und Beratungsleistungen angeboten würden, die grundsätzlich geeignet seien, eine Trittbrettfahrerproblematik entstehen zu lassen. Der Informationsstand und die -möglichkeiten der Konsumenten sprächen auch nicht gegen das Argument der Erhöhung des Serviceniveaus. Im Sinne des Gutachtens der Monopolkommission sei aber davon auszugehen, dass dem Trittbrettfahrerproblem aufgrund der relativ geringen Kosteneinsparungen, die durch das Aufsuchen einer günstigeren Buchhandlung erzielt werden könnten, eine untergeordnete Bedeutung zukomme. Dies werde indirekt auch von den Beschwerdeführern mit ihrer Behauptung bestätigt, wonach in Grenzregionen zu Deutschland und Frankreich trotz Preisunterschieden von 20%-30% kaum ein Schweizer Kunde Bücher kaufe.

9.2.2.1. Auch in der Literatur wird die Preisbindung als Instrument zur Erhöhung des Serviceniveaus mit der Trittbrettfahrerproblematik begründet. Nach RÜRUP führte die Aufhebung der Buchpreisbindung zu einem Marktversagen, da Serviceleistungen bietende Händler Gefahr liefen, von Händlern, die keinen Service bieten, ausgenutzt zu werden; so könne der Konsument dann den Service des einen Händlers nutzen, den Kauf aber beim billigeren Händler tätigen (BERT RÜRUP, a.a.O., S. 76; HENNING STUMPP, a.a.O., S. 118).

9.2.2.2. Die Wettbewerbskommission kommt jedoch zum Schluss, dass im Buchhandel die Möglichkeiten des Trittbrettfahrens zu gering seien, als dass sie den Sammelrevers zu rechtfertigen vermöchten (Tz. 98-103).

Dass der Billiganbieter von den Serviceleistungen anderer Anbieter des gleichen Produkts profitieren kann, setzt voraus, dass der Kunde die Serviceleistungen beansprucht, sich aufgrund dieser Serviceleistun-



gen zum Kauf entschliesst, dann aber beim Billiganbieter kauft und damit dem Erbringer der Serviceleistung die Abgeltung vorenthält. Es ist anzunehmen, dass im Buchhandel bei Preiskonkurrenz im Handel ein solches Trittbrettfahren nur in vernachlässigbar geringem Ausmass zustande käme. Der Aufwand, sich für den Kauf eines Buches in einem Geschäft beraten zu lassen, den Kauf dann aber anderswo abzuschliessen, wäre im Verhältnis zur Preisdifferenz zu hoch.

Die Wettbewerbskommission sieht diese Annahme einerseits bestätigt durch ihre Befragung der Buchhändler (Tz. 101). Andererseits spricht auch die Tatsache dafür, dass die Buchkäufer die bestehenden Preisdifferenzen zu Deutschland nur in geringem Masse nutzen, obwohl sie durch das Internet und Einkäufe im grenznahen Ausland die Möglichkeit dazu hätten (Tz. 100, 103). Auch die Monopolkommission kommt in ihrem Gutachten zum selben Ergebnis (a.a.O., S. 396).

9.2.2.3. Die Beschwerdeführer bestreiten nicht, dass die Gefahr des Trittbrettfahrens vernachlässigbar sei (Rz. 298). Sie wenden jedoch ein, dass - unabhängig von der Trittbrettfahrerproblematik - der Sammelrevers notwendig sei, um angesichts der produktespezifischen Besonderheiten des Buchmarktes das Service-niveau zu gewährleisten, das für den Absatz eines breiten Titelsortiments erforderlich sei (Rz. 292, 308). Die produktespezifischen Besonderheiten bestehen nach Meinung der Beschwerdeführer in den Informationsdefiziten des Buchkäufer und der Bedeutung der Impulskäufe (Rz. 292). Wie schon im Zusammenhang mit dem Rechtfertigungsgrund der Produktverbesserung durch die Titelvielfalt, berufen sie sich dafür auf die St. Galler Studie und eine deutsche Kundenbefragung (Rz. 293 f.).

Wie oben (E. 9.1.4.) dargelegt, enthalten diese Erhebungen nur gewisse Aussagen über die Beanspruchung der heute angebotenen Serviceleistungen. Es lässt sich daraus jedoch kein Beweis dafür gewinnen, dass der Sammelrevers das notwendige und effiziente Instrument ist, um die Informationsdefizite zu beheben, die Impulskäufe zu ermöglichen und so das angebliche Marktversagen eines Buchhandels ohne Sammelrevers zu beheben. Wie bereits angeführt, kommen die Serviceleistungen des Buchhandels nur bei Kunden zum Tragen, die sich für Bücher interessieren, denn nur diese suchen eine Buchhandlung auf. Bei Preiswettbewerb wäre dieses Interesse mindestens in gleichem Masse gegeben. Die Kunden würden sich ebenso in der Buchhandlung informieren und selbst dann dort kaufen, wenn die Buchhandlung sich diese Dienstleistungen abgelden lassen würde, etwa durch höhere Preise bei weniger bekannten Titeln oder durch Gebühren für Bestellungen. Diese Abgeltung wäre nur dann nicht erhältlich, wenn der Kunde die gewünschten Dienstleistungen in anderer Form erhalten würde, etwa durch Medien- oder Verlagsinformationen. Damit wäre das Informationsdefizit aber behoben und Impulskäufe in gleichem Masse möglich.

Eine Abgeltung wäre ferner dann nicht zu erzielen, wenn sie mit dem Kauf verbunden würde und der Kunde zwar die Dienstleistung beansprucht, aber das

Buch bei einem billigeren Anbieter bezieht. Ein solches Trittbrettfahren wird aber von beiden Parteien als unwahrscheinlich ausgeschlossen.

Schliesslich gilt es anzumerken, dass das System der Buchpreisbindung gut informierte Nachfrager zwingt, die im Buchpreis inbegriffenen Serviceleistungen zu bezahlen, auch wenn sie diese nicht in Anspruch nehmen. Da das Informationsniveau eines Nachfragers von Buch zu Buch variieren kann und sich somit nicht im Allgemeinen festlegen lässt, ist davon auszugehen, dass freie Buchpreise im Gegensatz zu gebundenen den unterschiedlichen Informationsbedürfnissen der Konsumenten besser Rechnung tragen, denn dadurch steht der Handel unter Druck, das Informationsangebot nach der Nachfrage auszurichten und er hat weniger Spielraum, sich Leistungen abgelden zu lassen, die gar nicht verlangt werden.

9.3. Was den Rechtfertigungsgrund der Senkung der Herstellungskosten anbelangt, so haben die Beschwerdeführer im Verfahren vor der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen das Vorliegen dieses Rechtfertigungsgrunds nicht geltend gemacht.

Im vorinstanzlichen Verfahren hatten sie sich indessen darauf berufen, da durch den Sammelrevers die Fixkosten der Druckerei auf eine grössere Titelzahl verteilt würden. Die Wettbewerbskommission erachtete dieses Argument für nicht überzeugend (Rz. 179 ff.). Bei der Frage, ob der Sammelrevers aufgrund der Senkung der Herstellungskosten gerechtfertigt werden könne, sei primär die Frage massgebend, ob wegen des Sammelrevers die Herstellungskosten der vom Markt bestimmten, für die vorliegende Fragestellung als gegeben zu betrachtende Büchernachfrage insgesamt gesenkt werden könnten. Gemäss Ansicht der Vorinstanz bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass aufgrund des Sammelrevers ein gegebenes Büchersortiment bei gegebener Auflage günstiger hergestellt werden könnte, was auch von den Beschwerdeführern nicht vorgebracht worden sei und aufgrund der getätigten Abklärungen ausgeschlossen werden könne. Grundsätzlich denkbar wäre, dass die durchschnittlichen Herstellungskosten aufgrund von Absatzsteigerungen gesenkt werden können, die sich insbesondere aus der Senkung der Vertriebskosten von Produkten oder Produktionsverfahren ergäben. Eine Senkung der Herstellungskosten ergäbe sich somit nur als Folge des Vorliegens von anderen Effizienzgründen. Aufgrund der Abklärungen sei dies aber nicht der Fall. Der Effizienzgrund der Senkung der Herstellungskosten sei somit redundant.

Die Begründung der Vorinstanz überzeugt. Aufgrund der nachvollziehbaren Ablehnung des Vorliegens der Rechtfertigungsgründe "Verbesserung der Produktion" und "Senkung der Vertriebskosten" liegt auf der Hand, dass die Senkung der Herstellungskosten, so wie dies die Beschwerdeführer begründet haben oder als Folge des Nichtvorliegens der zuerst geprüften Rechtfertigungsgründe, nicht als gegeben erachtet werden kann. Dazu kommt, dass die Fixkostenproblematik bei der Herstellung von Büchern allmählich an Bedeutung verliert, denn bei den heutigen computer-gesteuerten Verfahren genügt die Erstellung eines

digitalen Originals und für die Zukunft ist mit einem zunehmenden Übergang zur "Print-on-Demand"-Technologie zu rechnen (vgl. Monopolkommission, S. 395).

9.4. Als dritter Rechtfertigungsgrund ist die Förderung der Forschung und Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu prüfen.

9.4.1. Die Beschwerdeführer erachten diesen Rechtfertigungsgrund als gegeben. Zur Begründung bringen sie vor, je grösser das Angebot im Bereich der technischen, wissenschaftlichen und beruflichen Fachliteratur sei, desto besser sei die Verbreitung technischen und beruflichen Wissens. Auch das durch die Buchpreisbindung ermöglichte flächendeckende Netz breit sortierter Sortimentsbuchhandlungen fördere nachhaltig die Verbreitung technischen und beruflichen Wissens.

Die Beschwerdeführer machen weiter geltend, die Wettbewerbskommission halte diesen Rechtfertigungsgrund für redundant, da er mit der Produktverbesserung in Form der Titelvielfalt identisch sei. Dabei handle es sich aber um eine eigenständige Effizienz und die Wettbewerbskommission verwechsle die Identität des Entstehungsgrunds zweier Effizienzvorteile mit der Identität des Effizienzvorteils. Die Titelvielfalt führe einerseits zu einer Verbesserung des Produktes Buch und bringe auch Externalitäten wie eine grössere Wissensverbreitung mit sich. Das sei somit eine zusätzliche und nicht dieselbe Effizienzwirkung. Während ein selektives Vertriebssystem zur Verbesserung des Vertriebs oder Produkts beitragen möge, fördere ein solches sicherlich nicht gleichzeitig die Verbreitung von technischem und beruflichem Wissen. Die Auffassung der Vorinstanz liesse sich auch nicht mit der Systematik des Artikels 5 Absatz 2 KG vereinbaren. Es reiche aus, wenn mindestens einer der aufgezählten Rechtfertigungsgründe bejaht werden könne. Die Prüfung aller in Frage kommenden Rechtfertigungsgründe würde sich vorliegend nur erübrigen, wenn die Vorinstanz das Vorliegen eines wirtschaftlichen Effizienzgrundes eindeutig bejaht hätte. Auch sei dem Gesetz nicht zu entnehmen, dass dieser Effizienzgrund nur dann greifen könne, wenn der Sammelrevers besonders die Produktion und den Vertrieb von Wissen vermittelnden Titeln fördere.

Die Wettbewerbskommission hält in der angefochtenen Verfügung fest, eine Rechtfertigung unter diesem Titel sei primär in dem Sinne zu verstehen, dass die an der Abrede beteiligten Unternehmen branchenintern die Wissensdiffusion fördern. Ob sich die von einer bestimmten Branche hergestellten Produkte positiv auf das technische und berufliche Wissen der als exogen zu betrachtenden Konsumenten auswirkten, sei eine andere Frage. Vorliegend gelte es festzuhalten, dass die Berücksichtigung dieses Effizienzgrundes redundant wäre. Die behauptete verbesserte Verbreitung technischen und beruflichen Wissens stelle sich aufgrund von effizienten Vertriebswegen und einem verbesserten Produktesortiment ein. Die Frage, ob der Sammelrevers geeignet sei, die Vertriebswege oder das Produktesortiment zu verbessern, sei zu verneinen. Hinsichtlich der wirtschaftlichen Effizienz seien

keine Elemente ersichtlich, die nicht schon in diesen beiden Rechtfertigungsgründen behandelt worden seien.

9.4.2. Die Beschwerdeführer leiten aus dem aus ihrer Sicht durch den Sammelrevers gewährleisteten breiten Angebot an Fachliteratur und dem flächendeckenden Netz breit sortierter Buchhandlungen die Förderung der Verbreitung von technischem und beruflichem Wissen ab. Mit demselben Argument begründen sie das Vorliegen des Rechtfertigungsgrundes der Verbesserung der Produktion sowie der Senkung der Vertriebskosten. Da sie im Rahmen der Begründung der Verbesserung der Produktion den Nachweis nicht zu erbringen vermögen, dass der Sammelrevers zwangsweise zu einer höheren Anzahl von verlegten Büchern führe, sieht die Wettbewerbskommission zu Recht davon ab, das Vorliegen dieses Rechtfertigungsgrundes gesondert zu prüfen. Darin liegt keine Verwechslung der Identität des Entstehungsgrundes zweier verschiedener Effizienzvorteile mit der Identität des Effizienzvorteils. Unter der Produktverbesserung wird die Titelvielfalt insgesamt geprüft. Derselbe Entstehungsgrund hätte für den Rechtfertigungsgrund der Forschung und Wissensverbreitung nur dann eine selbstständige Bedeutung, wenn nachzuweisen wäre, dass der Sammelrevers bei Fachbüchern mehr Titelvielfalt zu fördern imstande wäre als beim gesamten Buchangebot.

Das zentrale und auch im Zusammenhang mit dem hier behandelten Rechtfertigungsgrund vorgetragene Argument der Beschwerdeführer für die Rechtfertigung des Sammelrevers besteht darin, dass sie diesen als das effizienteste Instrument darstellen, um die Informationsdefizite des Buchkäufer zu beheben und die Impulskäufe anzuregen. Sicher ist der Buchhandel auch der Forschung und der Verbreitung von technischem und beruflichem Wissen dienlich. Ebenso gewiss ist aber, dass der Verkauf von Fachbüchern weniger als andere Buchsparten von der Information in Buchläden abhängt und der Erwerb seltener durch Impulskäufe geschieht. Die Titelvielfalt und das Handelsvolumen werden bei Fachbüchern sicher weniger durch die Leistungen des Sortimentsbuchhandels beeinflusst als der Buchverkauf insgesamt. Sollten tatsächlich ohne Sammelrevers die Leistungen des Sortimentsbuchhandels zurückgehen, wäre es für die Fachbuchverlage und -händler noch leichter als für andere Buchanbieter, andersartige Informationskanäle auf- und auszubauen, da der Interessent für Fachbücher gezielter angesprochen werden kann als etwa der Belletristik-Liebhaber. Noch mehr als für den allgemeinen Buchmarkt liegt für den Fachbuchmarkt deshalb die Vermutung auf der Hand, dass bei Preiswettbewerb im Handel die Effizienz steigt, indem sich der Service des Buchhändlers auf beratungsintensive Sortimente konzentriert, was sich insgesamt in tieferen Kosten und dank des Wettbewerbs auch in tieferen Preisen niederschlagen würde (vgl. ZIMMERLI, a.a.O., S. 320).

Der einzige von den Beschwerdeführern genannte Beweis, der einen engeren Bezug zum Fachbuchmarkt hat, ist ein Vergleich der Titelzahl zu einigen Spezial-

themen in englischer und deutscher Sprache (Beschwerde Rz. 312, S. 134 ff., Verfügung 152). Auch hier gilt aber das oben (E. 9.1.1.) zu Ländervergleichen im Allgemeinen gesagte: Unterschiedliche Titelzahlen in verschiedenen Ländern können nicht einfach auf die Preisbindung zurückgeführt werden. Die Stellung des Buches in der Gesellschaft, die Strukturen des Detailhandels, die Einkaufsgewohnheiten unter anderem sind ebenfalls zu berücksichtigen. Ein Vergleich des Fachbuchmarktes würde zudem zuerst einmal voraussetzen, diesen klar abzugrenzen. Die Beispiele der Beschwerdeführer vermischen Sach- und Fachbücher, die jedoch für ganz verschieden erreichbare Kundengruppen bestimmt sind. Ein Vergleich von Fachbüchern müsste auch Faktoren wie den Wissenschaftsbetrieb, die staatliche Förderung wissenschaftlicher Publikationen, die Formen und die Verbreitung der beruflichen Aus- und Weiterbildung, die Bedeutung von Fachzeitschriften oder des Wissensaustauschs durch direkte Kontakte mit einbeziehen. Der von den Beschwerdeführern angeführte Vergleich taugt deshalb nicht als Beweis dafür, dass der Sammelrevers für Fachbücher in anderer Weise als für den Buchmarkt insgesamt die Titelvielfalt und das Verkaufsvolumen fördert.

Auch der Rechtfertigungsgrund der Förderung der Forschung oder von beruflichem und technischem Wissen ist somit nicht gegeben.

9.5. Es bleibt die Prüfung des Rechtfertigungsgrundes der rationelleren Nutzung von Ressourcen.

9.5.1. Gemäss Botschaft liegt ein solcher Rechtfertigungsgrund vor, wenn die Abrede zu einer ökologisch sinnvollen oder gesellschaftspolitisch erwünschten rationelleren Nutzung von Ressourcen oder öffentlichen Gütern führt. Als Effizienz steigernd werden nicht nur Abreden angesehen, die zu einem verbesserten Einsatz von unternehmerischen Ressourcen führen, sondern auch solche, die den unternehmerisch erforderlichen Einsatz von allgemeinen Ressourcen oder den Gebrauch von öffentlichen Gütern optimieren. Den Unternehmen wird durch diesen Rechtfertigungsgrund ermöglicht, allgemeine öffentliche Anliegen im Sinne einer Selbstregulierung auf der Basis der Kooperation zu verwirklichen (Botschaft, S. 92). Es war eindeutig nicht die Meinung des Gesetzgebers, mit diesem Effizienzziel eine Kategorie von Rechtfertigungsgründen einzuführen, welche die Berücksichtigung allgemein erwünschter, gesellschaftspolitischer Ziele erlaubt hätte, weshalb die Bezugsnahme auf die rationellere Nutzung von öffentlichen Gütern aus dem bundesrätlichen Entwurf gestrichen wurde (HOFET, a.a.O., Nr. 104 ad Art. 5 KG).

9.5.2. Die Beschwerdeführer machen geltend, die Buchpreisbindung fördere die Verbreitung des Buchangebots an wissenstragenden und -vermittelnden Titeln, denn sie gewährleiste den Autoren optimale Chancen für die Publikation ihrer Werke und damit für die Verbreitung ihres Gedankenguts. Sie gewährleiste auch, dass in der Gesellschaft vorhandenes Wissen nicht im Verborgenen verschüttet bleibe, sondern über das Medium Buch flächendeckend in einer Vielzahl von Buchhandlungen öffentliche

Verbreitung erfahre. Als empirisches Mittel für das Vorliegen dieses Rechtfertigungsgrundes sei auf die vom Bundesgericht ausdrücklich als relevant anerkannten Quervergleiche zur Entwicklung der Fachbuchtitelzahl im deutschen und englischen Sprachraum sowie in Schweden verwiesen. Aufgrund ihres fehlerhaften Ansatzes, dieser Effizienzgrund sei redundant, weiche die Vorinstanz der Erörterung der Frage aus, ob die Preisbindung konkret die Zahl der verfügbaren wissenstragenden und -vermittelnden Titel erhöhe. Letzteres sei zu bejahen: wissenschaftliche Literatur habe prinzipiell einen nur sehr begrenzten Abnehmerkreis, der sich in der Regel auf Wissenschaftler des entsprechenden Fachbereichs beschränke. Aufgrund der kleinen Zielgruppengrösse sei die verlegerische Mischkalkulation von grosser Bedeutung.

9.5.3. Die Wettbewerbskommission wendet demgegenüber ein, dass die Frage, wie weit der Begriff der rationelleren Nutzung von Ressourcen auszulegen sei, offengelassen werden könne. Auch hier gälten die gleichen Grundsätze wie im Abschnitt Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen. Dem Umstand, dass aufgrund des Sammelrevers möglicherweise eine grössere Titelvielfalt bereitgestellt werde, sei bereits im Abschnitt Verbesserung der Produkte oder Produktionsverfahren Rechnung getragen worden, weshalb im vorliegenden Fall der rationelleren Nutzung von Ressourcen keine eigenständige Bedeutung zukomme. Die Frage, ob der Sammelrevers zu einer rationelleren Nutzung von Ressourcen führe, hänge im Übrigen derart eng zusammen mit der Senkung der Vertriebskosten und der Verbesserung von Produkten oder Produktionsverfahren, dass eine nochmalige Erörterung der diesbezüglichen Wirkungen des Sammelrevers redundant wäre.

9.5.4. Es ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführer auch bezüglich dieses Rechtfertigungsgrundes die Effizienzsteigerung mit denselben Argumenten begründen, die sie in gleicher Weise zur Begründung der anderen Rechtfertigungsgründe verwendet haben (Erhöhung der Titelvielfalt, ausgedehntes Netz breit sortierter Buchhandlungen, Erleichterung der Mischkalkulation). Da diese Argumente nicht für die wirtschaftliche Effizienz des Sammelrevers sprechen, wie dies die Wettbewerbskommission in nachvollziehbarer Weise darlegt, erübrigen sich nähere Ausführungen zu diesem Rechtfertigungsgrund.

Neu ist einzig das Argument, wissenschaftliche Literatur habe einen begrenzten Abnehmerkreis, weshalb die verlegerische Mischkalkulation von grosser Bedeutung sei. Dieses Argument würde allerdings genau so für den Rechtfertigungsgrund der Förderung der Forschung oder der Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen sprechen. Es ist aber für beide Rechtfertigungsgründe untauglich. Wohl ist der Abnehmerkreis wissenschaftlicher Literatur häufig kleiner als etwa derjenige von Belletristik. Dem steht aber die Tatsache gegenüber, dass der Absatz eines Titels unvergleichlich viel zuverlässiger abzuschätzen ist. Einerseits ist die Zahl der in einem bestimmten Fachbereich Tätigen ermittelbar und sie sind mit gezielter Werbung erreichbar. Andererseits kann der Absatz

aufgrund der Aktualität des Themas und der Reputation des Autors mit einer sehr viel geringeren Bandbreite als bei anderer Literatur prognostiziert werden.

Die Argumente der Beschwerdeführer erweisen sich somit als nicht stichhaltig und es kann der Begründung der Wettbewerbskommission gefolgt werden.

10. Nachdem feststeht, dass kein Rechtfertigungsgrund im Sinne von Artikel 5 Absatz 2 KG vorliegt, erübrigt es sich, die weiteren Erfordernisse des Effizienztests zu prüfen (Notwendigkeit der Abrede zur Erreichung des angestrebten Effizienzziels, keine Möglichkeit zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs). Auch in dieser Hinsicht ist der angefochtene Entscheid der Wettbewerbskommission nicht zu beanstanden.

11. Die Beschwerdeführer berufen sich schliesslich auf einen früheren Entscheid der Wettbewerbskommission und machen geltend, diese habe ihre eigene Praxis betreffend das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen unterlaufen (insbesondere im Fall "Feldschlösschen Getränke Holding/Coca Cola AG und Coca Cola Beverages AG", vgl. Verfügung der Wettbewerbskommission vom 6.12.2004, RPW 2005, S. 115 ff.), indem sie neu eine Gesamtsaldierung der positiven und negativen Auswirkungen des Sammelrevers vorgenommen habe. Die Beschwerdeführer stellen sich sinngemäss auf den Standpunkt, dass eine solche Gesamtsaldierung unzulässig sei.

Diesem Vorwurf ist zunächst einmal entgegenzuhalten, dass sich der von den Beschwerdeführern erwähnte Fall nur teilweise mit dem hier zu beurteilenden vergleichen lässt. Dort ging es um die Prüfung der wirtschaftlichen Effizienz von Exklusivvereinbarungen zwischen Feldschlösschen und diversen Gaststätten, bestimmte Getränke während mehr als fünf Jahren exklusiv zu führen. Diese Prüfung erstreckte sich lediglich auf die Verbesserung von Produkten und Produktionsverfahren beziehungsweise auf die rationellere Nutzung von Ressourcen. Das Vorliegen des ersten Rechtfertigungsgrunds liess die Wettbewerbskommission offen, da zum für die Untersuchung massgebenden Zeitpunkt keine Produkte zu erkennen seien, welche im Prozess der Markteinführung stünden oder bei denen dieser Prozess erst kürzlich abgeschlossen worden sei. Beim Rechtfertigungsgrund der rationelleren Nutzung von Ressourcen erwog die Wettbewerbskommission indessen, dass mit einem Darlehen, einer Gebrauchsleihe oder anderen finanziellen Engagements verbundene Exklusivvereinbarungen die Effizienz im Sinne des Gesetzes erhöhten. Aus diesem Grund erübrigte sich die Prüfung weiterer Rechtfertigungsgründe.

Zwar wird in der Verfügung in Sachen Feldschlösschen nicht ausdrücklich auf eine Gesamtsaldierung der positiven und negativen Auswirkungen hingewiesen. Dennoch betitelte die Wettbewerbskommission die Prüfung der gesetzlichen Rechtfertigungsgründe mit "Effizienz steigernde Wirkung" (vgl. B. 6.3., RPW 2005, S. 124) und bei den zwei geprüften Rechtfertigungsgründen stellte sie jeweils darauf ab, ob und inwiefern die untersuchten Exklusivvereinbarungen

eine Steigerung der Effizienz herbeiführen könnten (B. 6.3.1. Nr. 115, 116, RPW 2005, S. 124). Insofern unterscheidet sich ihre Vorgehensweise bei der Prüfung der Rechtfertigungsgründe nicht von derjenigen, die sie im vorliegenden Fall angewendet hat. Entgegen der Meinung der Beschwerdeführer hat die Wettbewerbskommission keine Gesamtabwägung der Vor- und Nachteile vorgenommen, sondern mit Bezug auf jeden einzelnen Rechtfertigungsgrund untersucht, ob die durch die Abrede erzielten Effizienzgewinne die wettbewerbswidrigen Auswirkungen aufwiegen könnten. Diese Methode steht im Einklang mit dem Botschaftstext, wonach erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen schädliche Auswirkungen haben, doch mögen diese durch positive Wirkungen kompensiert oder überkompensiert werden (vgl. Botschaft, S. 90). Diese Argumentationslinie wird ebenfalls in der herrschenden Lehre vertreten (vgl. ZÄCH, a.a.O., S. 196; ZIMMERLI, a.a.O., S. 316, HOFFET, a.a.O., S. 56).

12. In seinem Urteil vom 14. August 2002 hatte das Bundesgericht festgehalten, dass der Sammelrevers aus völkerrechtlichen Gründen nicht zu einer Abschottung des schweizerischen Marktes führen dürfe (E. 10.5.). Da es um den deutschsprachigen Büchermarkt gehe, sei in erster Linie das Verhältnis zu Deutschland und Österreich massgebend. Es sei zu berücksichtigen, dass in diesen beiden Ländern ein analoger Sammelrevers angewendet werde und nationale Buchpreisbindungssysteme vor dem Recht der EU standhalten könnten. Das Bundesgericht wies die Wettbewerbskommission an, auch dieser Problematik und deren Auswirkungen auf die kartellrechtliche Zulässigkeit des Sammelrevers in der Schweiz nachzugehen (vgl. Urteil vom 14.8.2002, E. 10.5.).

Die Europäische Kommission hat am 22. Januar 1998 zum Dreiländer-Sammelrevers und zu den Einzelreversen einen Beschwerdekatalog erstellt (vgl. auch mit Bezug auf die nachfolgenden Ausführungen, Monopolkommission, S. 391 f.). Die Kommission anerkannte insbesondere keinen notwendigen Zusammenhang zwischen der Buchpreisbindung und der Quersubventionierung über die Mischkalkulation. Ebenso wenig erachtete sie als erwiesen, dass die Buchpreisbindung die Konzentrationsentwicklung mindere. Des Weiteren stellte sie sich auf den Standpunkt, dass die Buchpreisbindung die Sortimentsbreite nicht zu fördern vermöge, da sie die Händler nicht verpflichte, weniger anspruchsvolle Titel zu führen. Auch in anderen Branchen ohne Preisbindung sei nicht nachzuweisen, dass die eigene Preiskalkulation zu einer Sortimentsverringering führe. Schliesslich stellte sie ökonomische Überlegungen an, wonach eine Buchpreisbindung eher zu höheren Preisen führe, da bei einer vertikalen Preisbindung besonders effiziente Händler ihre höheren Margen nicht an die Kunden weitergeben könnten. Auch würden die Verbraucher daran gehindert, sich zwischen günstigeren Büchern und geringem Service sowie teureren Büchern und besserem Service zu entscheiden. In der Folge arbeitete der Börsenverein des Deutschen Buchhandels einen Vorschlag aus, welcher einen Übergang zu zwei nationalen Systemen vorsah. Dieser Vorschlag wurde von der Kommission unter dem Vorbehalt gewisser Änderungen und Er-

gänzungen angenommen. So verlangte die Kommission, dass die österreichischen Verlage aus dem deutschen Sammelrevers ausscheiden müssten, und dass eindeutig zu regeln sei, dass die Preisbindung bei grenzüberschreitenden Verkäufen in anderen EU-Staaten nicht anwendbar sei. Der neu am 31. März 2000 angemeldete Sammelrevers schaffte wie verlangt die Exportklausel ab und stand somit im Zeichen einer Rückkehr zu einem nationalen Preisbindungssystem. Mittlerweile verfügen Deutschland und Österreich je über ein eigenes Preisbindungsgesetz.

Der in der Schweiz angewandte Sammelrevers enthält keine Verpflichtung der Verleger, sich ihm zu unterstellen, und er belässt ihnen auch die Freiheit, für jeden Titel zu bestimmen, ob er der Preisbindung des Sammelrevers unterliegt oder nicht. Insofern bewirkt der Sammelrevers keine Abschottung des schweizerischen Buchmarktes und sollte völkerrechtlich nicht zu beanstanden sein.

Der von der Kommission vertretene Grundsatz, dass nationale Buchpreisbindungen zulässig sind, soweit sie den zwischenstaatlichen Handel nicht beeinträchtigen, wirft allerdings weitere Fragen auf. Sieht man mit der Kommission im Sammelrevers eine nach Gemeinschaftsrecht unzulässige Wettbewerbsbeschränkung, soweit sie den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigt, kann auch die bloße Tatsache, dass der Sammelrevers den ausländischen Verlegern offensteht und von ihnen benützt wird, als eine unzulässige Handelsbeschränkung angesehen werden. Ob die EU dies als eine Exportbeschränkung behandeln würde, die sie gegenüber den auf ihrem Territorium tätigen Unternehmen nach ihrem Recht unterbindet, oder ob sie eine Verletzung des Freihandelsabkommens geltend machen und die Schweiz um Abhilfe ersuchen würde, ist eine offene Frage. Sollte sie den zweiten Weg wählen, hätten die schweizerischen Behörden dies aufgrund der Artikel 58 und 59 KG nach den im dannzumaligen Zeitpunkt gegebenen Umständen zu beurteilen.

Unzulässig wäre jedenfalls, wenn der schweizerische Buchhandel etwa durch Abnahmeboykotte kollektiv Druck auf ausländische Verleger auszuüben versuchte, um sie dazu zu bringen, sich dem Sammelrevers zu unterstellen. Die Wettbewerbskommission hat jedoch keinerlei derartige Praktiken festgestellt (vgl. Verfügung Tz. 82).

In der angefochtenen Verfügung prüft die Wettbewerbskommission, ob die Aufhebung des Sammelrevers völkerrechtlich relevante Auswirkungen hätte (Tz. 200-206). Dass die Kommission eine nationale Preisbindung erlaubt, heisst nicht, dass andere Staa-

ten verpflichtet wären, Massnahmen zu treffen, ein derartiges nationales System zu stützen. Die Kommission erlaubt zwar Massnahmen, um Umgehungen eines nationalen Systems über ein anderes Land zu verhindern. Das heisst zum Beispiel, ein Händler dürfte von den Verlagen boykottiert werden, wenn er preisgebundene Bücher in ein anderes Land importieren würde, nur um sie zu tieferen Preisen wiederum im Herkunftsland anzubieten. Würde die Schweiz für solche Umgehungsgeschäfte benützt, könnte das Herkunftsland dagegen vorgehen. Die Schweiz wäre ihrerseits nicht verpflichtet, dagegen Massnahmen zu treffen.

Würden ausländische Verlage sich weigern, in die Schweiz zu liefern, weil hier eine Preisbindung nicht mehr durchsetzbar wäre, wäre dies möglicherweise nach schweizerischem Kartellrecht unzulässig und es wäre denkbar, dass die Schweiz dagegen auch als völkervertragsrechtlich unzulässige Handelsbeeinträchtigung vorgehen würde.

13. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Sammelrevers eine erhebliche Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 1 KG darstellt und sich nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Artikel 5 Absatz 2 KG rechtfertigen lässt. Demzufolge bleibt der Sammelrevers eine unzulässige Wettbewerbsabrede. Die angefochtene Verfügung der Wettbewerbskommission ist somit zu bestätigen und die Beschwerde abzuweisen.

Nachdem die Unzulässigkeit des Sammelrevers durch die Wettbewerbskommission festgestellt wurde, bleibt den Beschwerdeführern noch die Möglichkeit, beim Bundesrat die Zulassung des Sammelrevers aus überwiegenden öffentlichen Interessen gemäss Artikel 8 KG zu beantragen. Bei den genannten überwiegenden öffentlichen Interessen handelt es sich vorwiegend um kultur- sowie bildungspolitische Gründe, welche in der Prüfung der wirtschaftlichen Effizienz nicht mitberücksichtigt werden durften (vgl. JÜRGEN BORER, Kommentar zum Kartellgesetz, 2005, Nr. 45 ad Art. 5 KG).

14. [Verfahrenskosten/Parteientschädigung]

***Demnach entscheidet die Rekurskommission Wettbewerbsfragen:***

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. [Verfahrenskosten]
3. [Parteientschädigung]
4. [Rechtsmittelbelehrung]
5. [Eröffnung]

B 3

### 3. *Swisscom Fixnet AG/Wettbewerbskommission*

*Am 29. September 2006 sind drei weitere identische Entscheide i.S. Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG/Weko (FB/2006-4), Swisscom Mobile AG/Weko (FB/2006-7) und Swisscom Mobile AG/Weko (FB/2006-5) ergangen.*

*Beschwerdeentscheid (FB 2006-6) vom 29. September 2006 in Sachen Swisscom Fixnet AG (Beschwerdeführerin) (Verwaltungsbeschwerde vom 24.11.2004) gegen Wettbewerbskommission (Weko) (Vorinstanz) (Verfügung vom 18.11.2006) betreffend Verfahrenskosten*

***Nach Einsicht in:***

- das Schreiben vom 18. November 2004 des Präsidenten der Wettbewerbskommission;
- den Beschwerdeentscheid der Rekurskommission WEF vom 18. März 2005 (FB/2004-12);
- die dagegen am 3. Mai 2005 durch das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement eingereichte Verwaltungsgerichtsbeschwerde;
- das Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts vom 8. Juni 2006 (2A.290/2005) sowie
- die übrigen Akten in der Streitsache

***und in Erwägung:***

dass mit Schreiben vom 18. November 2004 die Wettbewerbskommission auf das Gesuch um Erlass einer Feststellungsverfügung nicht eintrat;

dass die Beschwerdeführerin mit Beschwerde vom 25. November 2004 an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (Rekurskommission WEF) gelangte und in formeller Hinsicht beantragte, es sei über die vorliegende Beschwerde möglichst schnell - spätestens bis am 31. Januar 2005 - zu entscheiden und der Beschwerdeführerin sei im Falle der Abweisung der materiellen Anträge eine Frist von mindestens sechs Monaten ab Zustellung des rechtskräftigen Entscheides anzusetzen, um die mit Schreiben vom 7. Mai 2004 gemeldete mögliche Wettbewerbsbeschränkung mit sanktionsbefreiender Wirkung aufzulösen;

dass die Beschwerdeführerin in materieller Hinsicht beantragte, die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 18. November 2004 sei aufzuheben, es sei festzustellen, dass die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 7. Mai 2004 für den darin beschriebenen Sachverhalt eine Meldung gemäss der Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 23. Juni 2003 (recte: 20.6.2003; AS 2004 1389) gemacht habe und es sei im Weiteren festzustellen, dass der Beschwerdeführerin für den mit Schreiben vom 7. Mai 2004 gemeldeten Sachverhalt dauerhaft und endgültig keine Sanktion gemäss Artikel 49a Absatz 1 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251) auferlegt werden könne, alles unter

Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Wettbewerbskommission;

dass die Rekurskommission WEF die Beschwerde am 18. März 2005 teilweise guthiess und die angefochtene Verfügung aufhob, im Weiteren feststellte, das Schreiben der Beschwerdeführerin vom 7. Mai 2004 stelle eine Meldung im Sinne der Schlussbestimmung der Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 dar, den Parteien keine Verfahrenskosten auferlegte und der Beschwerdeführerin keine Parteientschädigung zusprach;

dass das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement diesen Entscheid am 3. Mai 2005 mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Schweizerische Bundesgericht weiterzog und unter Kostenauflegung zulasten der Beschwerdegegnerin beantragte, der Entscheid der Rekurskommission WEF vom 18. März 2005 sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass das fragliche Schreiben vom 7. Mai 2004 keine Meldung im Sinne der Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 darstelle;

dass das Schweizerische Bundesgericht diese Beschwerde mit Urteil vom 8. Juni 2006 guthiess, den Entscheid der Rekurskommission WEF vom 18. März 2005 im angefochtenen Umfang aufhob, feststellte, dass das Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 7. Mai 2004 keine Meldung im Sinne der Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 darstelle, die Sache im Übrigen zur Neuregelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen an die Rekurskommission WEF zurückwies und die Gerichtsgebühr von CHF [...] der Beschwerdegegnerin auferlegte;

dass die Beschwerdeinstanz die Verfahrenskosten, bestehend aus Spruchgebühr, Schreibgebühren und Barauslagen, in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 63 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren, Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021);

dass die Swisscom Fixnet AG aufgrund des Entscheides des Schweizerischen Bundesgerichts als unterliegende Partei gilt und demnach die Verfahrenskosten vor der Rekurskommission WEF zu tragen hat;

dass somit die Verfahrenskosten, ausmachend CHF [...] (Spruchgebühr) für das Verfahren vor der Rekurskommission WEF der Beschwerdeführerin aufzuerlegen sind;

dass bei diesem Ausgang des Verfahrens der Beschwerdeführerin keine Parteientschädigung zugesprochen werden kann (Art. 64 Abs. 1 VwVG);

***wird verfügt:***

1. [Verfahrenskosten]
2. Der Beschwerdeführerin wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
3. [Rechtsmittelbelehrung]
4. [Eröffnung]

B 4	<b>Bundesgericht</b> Tribunal fédéral Tribunale federale
B 4	1. <b>Wettbewerkskommission/Aare-Tessin AG für Elektrizität (Atel), BKW FMB Energie AG, Centralschweizerische Kraftwerke AG, Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG, Elektrizitätswerk der Stadt Zürich (ewz), Energie Ouest Suisse (EOS) SA, Nordostschweizerische Kraftwerke (NOK), Rekurskommission für Wettbewerbsfragen</b>

*Verfügung (2A.325/2006) vom 29. Juni 2006 der II. Öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts in Sachen Unternehmenszusammenschluss Swissgrid, Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 1. Mai 2006*

*Es wird in Erwägung gezogen:*

1.

1.1 Sieben im Elektrizitätssektor tätige Unternehmen haben sich darüber geeinigt, eine Aktiengesellschaft Swissgrid AG zu gründen, deren Zweck der Betrieb des schweizerischen Übertragungsnetzes und die Erbringung damit zusammenhängender Dienstleistungen ist. Sie meldeten das Zusammenschlussvorhaben am 29. November 2004 bei der Wettbewerbskommission an; das Gesuch wurde am 16. Februar 2006 ergänzt. Die Wettbewerbskommission stellte mit Verfügung vom 7. März 2005 fest, dass das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung der Swissgrid AG auf dem Markt für Stromübertragung in verschiedenen Gebieten der Schweiz begründe beziehungsweise verstärke, durch welche der wirksame Wettbewerb beseitigt werden könne (Dispositiv Ziff. 1). Dennoch genehmigte sie das Zusammenschlussvorhaben Swissgrid, wobei sie die Zulassung mit Auflagen (bezüglich Zugangsgewährung an Dritte, Erstellung von Kostenrechnungen, Veröffentlichung von Netznutzungstarifen, Verbot der Erzeugung, des Verkaufs von und des Handels mit Elektrizität sowie das Betreiben oder Halten von Stromverteilungseinrichtungen, Entflechtung zwischen der Swissgrid und anderen Unternehmen im Bereich der Erzeugung, des Verkaufs und des Handels mit Strom) verknüpfte (Dispositiv Ziff. 2). Für Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung wurden Sanktionen nach Kartellgesetz angedroht (Dispositiv Ziff. 3).

Die sieben betroffenen Unternehmen erhoben am 2. Mai 2005 gegen diese Verfügung Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen; sie beantragten die Aufhebung beziehungsweise Abänderung der meisten vorerwähnten Auflagen, verlangten deren Befristung und für sämtliche Auflagen einen Vorbehalt hinsichtlich des Inkrafttretens des geplanten neuen Stromversorgungsgesetzes oder eines anderen

ihre Stellung spezialgesetzlich normierenden Erlasses. Zudem stellten sie ein Gesuch um vorsorgliche Massnahmen des Inhalts, es sei ihnen zu erlauben, das Zusammenschlussvorhaben Swissgrid vorläufig unter Einhaltung der nach Massgabe ihrer Beschwerdeanträge abgeänderten Auflagen zu vollziehen. Der Präsident der Rekurskommission wies das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen mit Zwischenverfügung vom 9. Juni 2005 ab; die dagegen erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde wies das Bundesgericht mit Urteil vom 3. Januar 2006 ab (Verfahren 2A.397/2005). Mit Beschwerdeentscheid vom 1. Mai 2006 hiess die Rekurskommission die Beschwerde im Sinne der Erwägung gut, hob die Ziffern 1 bis 3 des Dispositivs der Verfügung vom 7. März 2005 auf und liess das Zusammenschlussvorhaben Swissgrid gemäss Meldung vom 29. November 2004 und Ergänzungen vom 16. Februar 2005 hinsichtlich Entflechtung der unternehmerischen Tätigkeiten, der Zusammensetzung der Geschäftsleitung und der Unzulässigkeit von Eingriffen des Verwaltungsrates in das operative Geschäft ohne Auflagen oder Bedingungen zu.

1.2 Am 31. Mai 2006 hat die Wettbewerbskommission beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben. Sie beantragt, der Beschwerdeentscheid vom 1. Mai 2006 sei aufzuheben und es sei ihre Verfügung vom 7. März 2005 zu bestätigen, allenfalls sei ihre Verfügung mit Änderungen gemäss den Beschwerdeanträgen der sieben betroffenen Unternehmen in ihrer Beschwerde vom 2. Mai 2005 zu bestätigen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht stellt sie das Gesuch, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

Die Beschwerdegegner beantragen Abweisung des Gesuchs. Die Rekurskommission stellt die hinsichtlich des Gesuchs vorzunehmende Regelung dem Ermessen des Bundesgerichts anheim.

2.

2.1 Gemäss Artikel 111 Absatz 2 OG hat die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen "eine andere Verfügung" (d.h. gegen eine Verfügung, die nicht zu einer Geldleistung verpflichtet, vgl. Art. 111 Abs. 1 OG) aufschiebende Wirkung, wenn der Präsident der urteilenden Abteilung sie von Amtes wegen oder auf Begehren einer Partei verfügt. Einem entsprechenden

Gesuch kann nur entsprochen werden, wenn die das Gesuch stellende Partei hierfür sprechende Interessen geltend macht, welche entgegenstehende (öffentliche oder private) Interessen überwiegt. Der Abteilungspräsident nimmt dabei eine Interessenabwägung vor, wobei er der Natur des Gesuchsverfahrens entsprechend keine Zeit raubenden tatsächlichen und rechtlichen Abklärungen trifft. Prognosen über den Ausgang des Rechtsstreits selber sind nur zu berücksichtigen, wenn sie eindeutig sind.

**2.2.** Aus dem Urteil 2A.397/2005 vom 3. Januar 2006, welches vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des Beschwerdeverfahrens vor der Rekurskommission zum Gegenstand hatte, lassen sich keine Rückschlüsse für das vorliegende Gesuchsverfahren ziehen. Zu jenem Zeitpunkt lag erst eine Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens durch die zuständige Fachbehörde vor, welche zum Schluss kam, der Zusammenschluss könne nur mit Auflagen genehmigt werden; nach dem damaligen Stand der Dinge (auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht) fiel ausser Betracht, den Zusammenschluss unter Aufhebung vieler der von der Wettbewerbskommission gemachten Auflagen, allein nach den Vorstellungen der damaligen Beschwerdeführer und heutigen Beschwerdegegner, zu genehmigen. Mittlerweise liegt ein umfassend begründeter Beschwerdeentscheid der über spezifisches Fachwissen verfügenden Rekurskommission vor. Dieser ist Ausgangspunkt für die vorzunehmende Interessenabwägung.

### 2.3

**2.3.1** Soweit das Gesuch darauf abzielt, den Vollzug des angefochtenen Entscheids vollständig zu hemmen, das heisst, das Zusammenschlussvorhaben in welcher Form auch immer zu blockieren, ist es von vornherein abzuweisen. Die Beschwerdeführerin selber hat in ihrer ursprünglichen Verfügung vom 7. März 2005 das Vorhaben bewilligt. Es besteht grundsätzlich ein grosses Interesse daran, dass geplante Unternehmenszusammenschlüsse rasch verwirklicht werden können (s. dazu insbesondere Art. 33 des Bundesgesetzes vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen [Kartellgesetz, KG; SR 251]). Ein Interesse an einem vollständigen Vollstreckungsaufschub ist nicht ausgewiesen. Das Gesuch um aufschiebende Wirkung kann sich mithin höchstens auf den durch den angefochtenen Entscheid bewirkten Wegfall der Auflagen gemäss Verfügung vom 7. März 2005 beziehen.

**2.3.2** Von Bedeutung ist, dass die Vorinstanz das Zusammenschlussvorhaben zwar ausdrücklich ohne Auflagen und Bedingungen genehmigt hat, was aber missverständlich ist: Zur Grundlage des Gesuchs beziehungsweise der Genehmigung hat sie ausdrücklich auch die ergänzende Eingabe der Beschwerdegegner vom 16. Februar 2005 gemacht, worin diese selber Massnahmen betreffend Entflechtung der Tätigkeiten der Swissgrid AG und der beteiligten Unternehmen, personelle Entflechtungen auf der Stufe Geschäftsleitung der Swissgrid AG sowie bezüglich der (Unzulässigkeit) der Einflussnahme von Verwaltungsratsmitgliedern der Swissgrid AG auf das operative Geschäft

vorschlagen und akzeptieren. Die Vorinstanz hat ferner festgehalten (E. 5.5), dass die Beschwerdegegner weder hinsichtlich des an die Swissgrid AG gerichteten Verbots, Elektrizität zu erzeugen, zu vertreiben und zu handeln oder Verteilungseinrichtungen zu betreiben oder zu eignen, noch hinsichtlich des Verbots, Beteiligungen an Gesellschaften zu halten, die solche Tätigkeiten ausüben, Änderungen beantragten. Das Entscheiddispositiv der Vorinstanz kann mithin nur so verstanden werden, dass gewisse Auflagen gemäss Verfügung vom 7. März 2005 Geltung haben. Es handelt sich um die Auflagen gemäss Ziffer 2 Buchstaben e und f (unverändert) und Buchstabe g (in der Fassung gemäss Rechtsbegehren Ziff. 1.4 der Beschwerde an die Vorinstanz vom 2.5.2005) jener Verfügung. Insofern stösst das Gesuch um aufschiebende Wirkung ins Leere beziehungsweise ist es gegenstandslos. Es ist bloss zu prüfen, ob ein öffentliches Interesse daran besteht, die Wirkungen des angefochtenen Entscheids hinsichtlich der Aufhebung der Auflagen Ziffer 2a bis 2d der Verfügung vom 7. März 2005 (Verpflichtung der Swissgrid AG, Dritten Zugang zu den Stromübertragungseinrichtungen zu gewähren, bestimmte Kostenrechnungen zu erstellen sowie Netznutzungstarife und -bedingungen zu veröffentlichen) aufzuschieben.

Für die dazu erforderliche Interessenabwägung kann keine Prognose über den Ausgang des Verfahrens in der Sache selber (Zulässigkeit der Auflagen gemäss Verfügung der Wettbewerbskommission) berücksichtigt werden, da diese nicht eindeutig ist. Die Ausführungen im angefochtenen Entscheid erlauben indessen vorläufig den Schluss, dass angesichts der aktuellen Wettbewerbssituation auf dem durch das Zusammenschlussvorhaben betroffenen Markt für Stromübertragung und in Berücksichtigung des Ablaufs des sich über längere Zeit hinweg ziehenden Zusammenschlusses ins Gewicht fallende irreversible neue Wettbewerbsbeeinträchtigungen *kurzfristig* nicht zu befürchten sind. Die Beschwerdeführerin vermag bei dieser Ausgangslage kein überwiegendes Interesse daran aufzuzeigen, dass die von den Beschwerdegegnern bestrittenen Auflagen der Verfügung vom 7. März 2005 durchgesetzt werden.

*Demnach wird gemäss Artikel 111 OG verfügt:*

#### 1.

Das Gesuch um aufschiebende Wirkung wird, soweit es nicht gegenstandslos ist, abgewiesen. Dies bedeutet, dass die durch die Vorinstanz erteilte Genehmigung des Zusammenschlussvorhabens für die Dauer des bundesgerichtlichen Verfahrens mit folgenden Auflagen Geltung erlangt:

**1.1** Der Swissgrid AG ist es untersagt, Elektrizität zu erzeugen, zu verkaufen, zu handeln sowie Stromverteilungsanlagen zu betreiben oder im Eigentum zu halten, sofern dies nicht dem Eigenverbrauch oder dem sicheren Netzbetrieb dient oder Regelenergie betrifft.

**1.2** Der Swissgrid AG ist es untersagt, Beteiligungen an Unternehmen zu halten, welche die unter Ziffer 1.1 genannten Tätigkeiten kommerziell ausüben.



**1.3** Die Mitglieder der operativen Geschäftsleitung der Swissgrid AG dürfen nicht gleichzeitig eine leitende Funktion in Unternehmen ausüben, welche die unter Ziffer 1.1 genannten Tätigkeiten kommerziell ausüben. Einzelne Mitglieder des Verwaltungsrats der Swissgrid AG dürfen nicht in Entscheidungen zum operativen Betrieb der Gesellschaft einbezogen werden.

**2.** Diese Verfügung wird den Parteien und der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen schriftlich mitgeteilt.

B 4	2. <i>Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement, Wettbewerbskommission/Telekurs Multipay AG, Rekurskommission für Wettbewerbsfragen</i>
-----	---

*Drei identische Beschlüsse sind ergangen in Sachen: Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement, Wettbewerbskommission/Cornèr Banca SA, Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (2A.441/2005); Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement, Wettbewerbskommission/UBS Card Center AG, Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (2A.442/2005) und Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement, Wettbewerbskommission/Swisscard AECS AG, Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (2A.443/2005)*

*Beschluss vom 26. Juli 2006 der II. Öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts (2A.440/2005) in Sachen Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement, Wettbewerbskommission/Telekurs Multipay AG, Rekurskommission für Wettbewerbsfragen betreffend unzulässige Wettbewerbsbeschränkung (Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 9.6.2005)*

#### **Sachverhalt**

##### **A.**

Die Telekurs Multipay AG offeriert als so genannter "Acquirer" Kreditkarten-Annahmeverträge; deren Abschluss ermöglicht es den Anbietern von Waren und Dienstleistungen, von ihren Kunden die Kreditkarten der Euro-/Mastercard beziehungsweise der VISA als bargeldlose Zahlungsmittel zu akzeptieren. Dieses Geschäft ist vom "Issuing" zu unterscheiden, bei dem die Kreditkarten an Private abgegeben werden.

Am 14. Oktober 1998 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission eine Vorabklärung zum inländischen Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft. Dabei wurde untersucht, ob die Kommissionen rechtmässig sind, welche die Anbieter von Waren und Dienstleistungen gemäss Kreditkarten-Annahmevertrag dem "Acquirer" für jede von ihren Kunden mit einer Kreditkarte getätigte Zahlung schulden (sog. Merchant Service Charge). Weiter prüfte die Wettbewerbskommission die Zulässigkeit der in den allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen "No Discrimination Rule", mit welcher den Anbietern sowohl untersagt wird, dem bar zahlenden Kunden einen Preisnachlass zu gewähren, als auch die geschuldete Kreditkartenkommission auf den Kunden zu überwälzen (sog. NDR-Klausel).

##### **B.**

Mit Verfügung vom 18. November 2002 stellte die Wettbewerbskommission fest, dass die Telekurs Multipay AG (damals noch Telekurs Europay AG) in der Schweiz zusammen mit den anderen drei grossen "Acquirern" im Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft eine kollektiv marktbeherrschende Stellung einnimmt (Ziff. 1). In der NDR-Klausel sah sie sodann einen Miss-

brauch dieser Stellung (Ziff. 2) und untersagte die Durchsetzung dieser Klausel sowohl bei den bestehenden als auch bei neu abgeschlossenen Verträgen (Ziff. 3). Die "Acquirer" wurden verpflichtet, die Wettbewerbskommission innert Frist über die Erfüllung dieser Auflage zu informieren (Ziff. 5). Für den Fall der Zuwiderhandlung wurden Sanktionen angedroht (Ziff. 6), und es wurden die Verfahrenskosten von CHF [...] anteilig den betroffenen "Acquirern" auferlegt (Ziff. 7). Hiergegen gelangte die Telekurs Multipay AG an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen. Diese kam in ihrem Entscheid vom 9. Juni 2005 zum Schluss, der entscheidrelevante Sachverhalt habe sich seit Erlass der angefochtenen Verfügung wesentlich verändert. Insbesondere das Auftreten von ausländischen "Cross Border Acquirern" auf dem Schweizer Markt habe den Wettbewerb belebt, so dass die Wettbewerbskommission heute - in einem anderen Verfahren - selber nicht mehr von einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung der ins Recht gefassten "Acquirer" ausgehe. Die Rekurskommission hob deshalb die Verfügung vom 18. November 2002 in teilweiser Gutheissung der Beschwerde auf und wies die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Wettbewerbskommission zurück.

##### **C.**

Am 11. Juli 2005 hat das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht mit dem Antrag, den angefochtenen Entscheid aufzuheben und die Verfügung der Wettbewerbskommission zu bestätigen; eventuell sei die Sache zur materiellen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das Departement macht geltend, die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hätte ihrem Entscheid richtigerweise den Sachverhalt zugrunde legen müssen, wie er sich im Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung präsentierte. Sie gehe zu Unrecht davon aus, entsprechend der allgemeinen Regelung des Verwaltungsverfahrensgesetzes auch nachträgliche Änderungen berücksichtigen zu können.

##### **D.**

In ihrer Eingabe vom 9. August 2005 hat die Telekurs Multipay AG als Beschwerdegegnerin darauf hingewiesen, dass sie am 29. März 2005 mit dem Sekretariat der Wettbewerbskommission eine "einvernehmliche Regelung" bezüglich der "Kreditkarten-Interchange Fee" getroffen habe, welche einen Verzicht auf die NDR-Klauseln in den Kreditkarten-Annahmeverträgen beinhalte. Der vorliegende Rechtsstreit werde damit gegenstandslos, sobald diese "einvernehmliche Regelung" von der Wettbewerbskommission genehmigt werde. Im Hinblick hierauf hat sie ein Sistierungsgesuch gestellt, welches der Präsident der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts am 29. Sep-

tember 2005 abwies. In der Folge hat die Beschwerdegegnerin ihre Vernehmlassung zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements eingereicht; sie beantragt, auf die Beschwerde nicht einzutreten, eventuell diese abzuweisen.

#### **E.**

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat mit Eingabe vom 12. August 2005 auf Stellungnahme zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde verzichtet und sich am weiteren Verfahren nicht mehr beteiligt.

#### **F.**

Am 12. Januar 2006 hat die Beschwerdegegnerin dem Bundesgericht mitgeteilt, dass die Wettbewerbskommission die "einvernehmliche Regelung" vom 29. März 2005 genehmigt habe; sie schliesst angesichts des Verzichts auf die NDR-Klauseln auf die Gegenstandslosigkeit des bundesgerichtlichen Verfahrens. Auf Einladung des Instruktionsrichters haben die Wettbewerbskommission und das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement am 5. beziehungsweise 6. April 2006 Stellung genommen. Zu diesen Eingaben hat sich die Beschwerdegegnerin am 5. Mai 2006 vernehmen lassen.

#### ***Das Bundesgericht zieht in Erwägung:***

##### **1.**

Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 18. November 2002, welche dem bundesgerichtlichen Verfahren zugrunde liegt, hatte das Verbot der NDR-Klauseln sowie dessen Durchsetzung zum Gegenstand. Obschon sie von der Rekurskommission aufgehoben wurde, begrenzt die genannte Verfügung den Streitgegenstand, zumal die Sache zum neuen Entscheid an die Wettbewerbskommission zurückgewiesen worden ist. Letztere hat inzwischen am 5. Dezember 2005 neu verfügt, indem sie die "einvernehmliche Regelung" vom 29. März 2005 genehmigt und deren Inhalt zum integrierenden Bestandteil der Genehmigungsverfügung erklärt hat. In der "einvernehmlichen Regelung" hat sich die Beschwerdegegnerin dazu verpflichtet, die NDR-Klauseln "in den bestehenden und zukünftigen Händlerverträgen aufzugeben" und die betroffenen Vertragspartner über die Änderung zu informieren. Die aufgelaufenen (Gesamt-)Kosten des Verfahrens in der Höhe von CHF [...] wurden von der Wettbewerbskommission zu gleichen Teilen den Adressaten der Verfügung auferlegt. Die Beschwerdegegnerin hat sich damit jenen Anordnungen der Wettbewerbskommission unterzogen, welche ursprünglich Gegenstand der Verfügung vom 18. No-

vember 2002 bildeten. Nachdem die Genehmigungsverfügung vom 5. Dezember 2005 unangefochten in Rechtskraft erwachsen ist, fällt der gesamte Streitgegenstand des bundesgerichtlichen Verfahrens dahin, zumal der von der Wettbewerbskommission ursprünglich ebenfalls getroffenen Feststellung, die vier grossen "Acquirer" verfügten im Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft gemeinsam über eine marktbeherrschende Stellung, keine selbstständige Bedeutung zukommt. Das bundesgerichtliche Verfahren ist deshalb - wie von der Beschwerdegegnerin beantragt - als (nachträglich) gegenstandslos geworden abzuschreiben. Daran vermag der Umstand nichts zu ändern, dass die Wettbewerbskommission und das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement nach wie vor an einer Klärung der mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde aufgeworfenen verfahrensrechtlichen Fragen interessiert sind. Eine abstrakte Erörterung verfahrensrechtlicher Aspekte, losgelöst von einem konkreten materiellen Streitfall, ist grundsätzlich nicht möglich.

##### **2.**

**2.1** Wird ein Rechtsstreit gegenstandslos oder fällt er mangels rechtlichen Interesses dahin, entscheidet das Bundesgericht mit summarischer Begründung über die Prozesskosten aufgrund der Sachlage vor Eintritt des Erledigungsgrunds (Art. 40 OG in Verbindung mit Art. 72 BZP). Dabei geht es nicht darum, die Prozessaussichten im Einzelnen zu prüfen und dadurch weitere Umtriebe zu verursachen; vielmehr muss es bei einer knappen Beurteilung aufgrund der Aktenlage sein Bewenden haben.

**2.2** Zwar hat sich die Beschwerdegegnerin im Rahmen der "einvernehmlichen Regelung" vom 29. März 2005 den hier streitigen Anordnungen der Wettbewerbskommission unterzogen. Es lässt sich aber dennoch nicht abschätzen, wie das bundesgerichtliche Verfahren ausgegangen wäre und wer obsiegt hätte. Unter diesen Umständen wird auf die Erhebung einer Gerichtsgebühr verzichtet und keine Parteientschädigung zugesprochen.

#### ***Demnach beschliesst das Bundesgericht:***

1. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.
4. Dieser Beschluss wird den Parteien, der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen und der Wettbewerbskommission schriftlich mitgeteilt.

B 4

### 3. *Cablecom GmbH/Teleclub AG, Wettbewerbskommission, Rekurskommission für Wettbewerbsfragen*

*Verfügung vom 16. August 2006, II. Öffentlich-rechtliche Abteilung, in Sachen Cablecom GmbH gegen Teleclub AG (Beschwerdegegnerin), Wettbewerbskommission, Rekurskommission für Wettbewerbsfragen betreffend vorsorgliche Massnahmen; Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Zwischenverfügung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 13. Januar 2006*

*Es wird in Erwägung gezogen:*

1.

Mit Zwischenverfügung vom 7. November 2005 lehnte die Wettbewerbskommission ein im Rahmen des gegen diese geführten Aufsichtsverfahren gestellten Gesuchs der Cablecom GmbH ab, die Teleclub AG vorsorglich zu verpflichten, ab sofort auf eine Weiterverwendung ihrer eigenen Set-Top-Boxen zu verzichten, die unverzügliche Migration ihrer Kunden auf Cablecom-Set-Top-Boxen zu ermöglichen und die dazu notwendigen Schritte zu unternehmen (wie z.B. die Mitteilung aller relevanten Kundendaten). Gegen diese Zwischenverfügung erhob die Cablecom GmbH Verwaltungsbeschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, mit welcher sie im Wesentlichen beantragte, ihre der Wettbewerbskommission gestellten Gesuchsanträge gutzuheissen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragte sie, die Rekurskommission solle die in den Beschwerdeanträgen enthaltenen Verhaltensanordnungen zulasten der Teleclub AG unverzüglich als vorsorgliche Anordnungen bereits während des laufenden Beschwerdeverfahrens aussprechen. Diesen verfahrensrechtlichen Antrag wies der Vizepräsident der Rekurskommission mit Zwischenverfügung vom 13. Januar 2006 ab.

Die Cablecom GmbH erhob am 26. Januar 2006 beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Zwischenverfügung der Rekurskommission. Das zugleich gestellte Gesuch um superprovisorische vorsorgliche Massnahmen wies der Präsident der II. Öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts mit Verfügung vom 31. Januar 2006 ab.

Am 28. Juni 2006 wies die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die bei ihr hängige Beschwerde betreffend die von der Wettbewerbskommission abgelehnten vorsorglichen Massnahmen ab. Unter Bezugnahme auf diesen Entscheid räumte der Präsident der II. Öffentlich-rechtlichen Abteilung den Verfahrensbeteiligten mit Verfügung vom 3. Juli 2006 Gelegenheit ein, sich zur Frage der Gegenstandslosigkeit des Verfahrens vor Bundesgericht und zur diesbezüglichen Kostenliquidation zu äussern.

Unter Bezugnahme auf die Verfügung vom 3. Juli 2006 hat die Beschwerdeführerin am 7. Juli 2006 ihre Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 26. Januar 2006 zurückgezogen und festgehalten, weitere Ausführun-

gen zur Frage der Gegenstandslosigkeit und Kostenliquidation erübrigten sich. Die Beschwerdegegnerin hat, noch vor Kenntnisnahme der Rückzugserklärung, beantragt, das Verfahren infolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben, die Kosten des (bundesgerichtlichen) Verfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen sowie ihr eine Parteientschädigung von insgesamt CHF [...] zuzüglich Mehrwertsteuer zuzusprechen. Die Vorinstanz hat auf Bemerkungen zur Prozesserrledigung verzichtet und stellt die Regelung der Kostenliquidation dem Ermessen des Bundesgerichts anheim.

2.

2.1 Der vorliegende Rechtsstreit, der schon durch den Entscheid der Rekurskommission vom 28. Juni 2006 gegenstandslos geworden ist, wird durch die Rückzugserklärung der Beschwerdeführerin beendet, und er kann mit Verfügung des Instruktionsrichters beziehungsweise des Abteilungspräsidenten als erledigt erklärt werden. Dieser entscheidet über die Gerichtskosten und bestimmt die Höhe einer (allfälligen) Parteientschädigung (Art. 5 Abs. 2 und Art. 73 Abs. 1 BZP in Verbindung mit Art. 40 OG). Bei der summarischen Begründung des Kostenentscheids ist vorab auf die Sachlage vor Eintritt des Erledigungsgrundes abzustellen (vgl. Art. 72 BZP in Verbindung mit Art. 40 OG); die Parartei, die voraussichtlich unterlegen wäre, hat die Kosten zu tragen (Art. 156 in Verbindung mit Art. 153 und Art. 153a OG) und der voraussichtlich obsiegenden Partei die ihr durch den Rechtsstreit verursachten notwendigen Kosten zu ersetzen (Art. 159 Abs. 2 OG).

2.2. Angefochten ist ein Zwischenentscheid über vorsorgliche Massnahmen in einem Beschwerdeverfahren, das seinerseits die Ablehnung eines Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen zum Gegenstand hat. Angesichts der dabei weit gehend beschränkten Kognition des Bundesgerichts, zusätzlich in Berücksichtigung der im Bereich des Wettbewerbsrechts besonders gebotenen Zurückhaltung bei der Anordnung von vorsorglichen Massnahmen im Verhältnis zwischen zwei marktmächtigen Konkurrenten (vgl. Urteil 2A.142/2003 vom 9.9.2003 E. 3.2., 3.3 und 5 zum Rechtsstreit auf gleichem wettbewerbsrechtlichem Hintergrund zwischen den beiden Parteien des vorliegenden Verfahrens) und auch im Lichte der Erwägungen der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen in ihrem Entscheid vom 28. Juni 2006 ist die Beschwerdeführerin, die davon abgesehen hat, sich zur Kostenregelung zu äussern, als unterliegende und damit grundsätzlich kosten- und entschädigungspflichtige Partei zu betrachten.

Die Beschwerdegegnerin beantragt die Zusprechung einer Parteientschädigung von CHF [...], basierend auf einem hohen Streitwert und dem von ihrem Vertreter betriebenen Zeitaufwand. Angesichts des äusserst

beschränkten Prozessthemas lässt sich ein unmittelbar bezifferbarer Streitwert nicht feststellen; entsprechend wurde der Kostenvorschuss für das vorliegende Verfahren auf CHF [...] festgesetzt. Aus dem gleichen Grunde und in Berücksichtigung der beschränkten Kognition des Bundesgerichts haben sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Beschwerdegegnerin einen unverhältnismässigen, unnötig grossen Aufwand betrieben. Dies schliesst die Zusprechung einer Parteientschädigung in der beantragten Höhe aus. Immerhin ist der Beschwerdegegnerin zuzubilligen, dass sie sich teilweise durch die weit ausholende Beschwerdeschrift der Beschwerdeführerin veranlasst sehen konnte, ihrerseits eine (zu) umfangreiche Rechtsschrift auszuarbeiten, was bei der Festsetzung der Parteientschädigung berücksichtigt werden kann.

*Demanch wird verfügt:*

1. Der Rechtsstreit wird infolge Rückzugs der Verwaltungsgerichtsbeschwerde als erledigt erklärt.
2. Die Gerichtsgebühr von CHF [...] wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
3. Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit CHF [...] zu entschädigen.
4. Diese Verfügung wird den Parteien sowie der Wettbewerbskommission und der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen schriftlich mitgeteilt.

B 4	<p><b>4. Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband, Börsenverein des Deutschen Buchhandels/Wettbewerbskommission, Rekurskommission für Wettbewerbsfragen</b></p>
-----	---

*Verfügung vom 15 September 2006, II. Öffentlich-rechtliche Abteilung, in Sachen Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband, Börsenverein des Deutschen Buchhandels gegen Wettbewerbskommission, Rekurskommission für Wettbewerbsfragen betreffend unzulässige Wettbewerbsbeschränkung; Verwaltungsgerichtsbeschwerde (OG) gegen den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 11. Juli 2006*

*Es wird in Erwägung gezogen:*

1.

Mit Verfügung vom 6. September 1999 stellte die Wettbewerbskommission fest, dass der Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagszeugnisse in der Schweiz eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG; SR 251) bilde, verpflichtete die Verleger und die Zwischenbuchhändler, ihre Abnehmer ohne Sammelrevers-Preisbindung zu beliefern, und erklärte die Buchhändler als nicht mehr an bestehende Sammelrevers-Preisbindungen gebunden. Das Bundesgericht hiess zwei Verwaltungsgerichtsbeschwerden des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels und des Schweizer Buchhändler- und Verlegerverbandes gegen den diese Verfügung bestätigenden Beschwerdeentscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen teilweise gut und wies die Sache zur neuen Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Wettbewerbskommission zurück (Urteil 2A.298/2001 bzw. 2A.299/2001 vom 14.8.2002). Nach Abschluss einer umfangreichen Untersuchung erliess die Wettbewerbskommission am 21. März 2005 eine im Wesentlichen mit der Verfügung vom 6. September 2001 identische Verfügung. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen wies die dagegen erhobene Beschwerde am 11. Juli 2006 ab.

Am 13. Juli 2006 haben der Schweizerische Buchhändler- und Verlegerverband sowie der Börsenverein des Deutschen Buchhandels Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Beschwerdeentscheid vom 11. Juli 2006 erhoben. Sie stellen das Gesuch, dieser sei aufschiebende Wirkung zuzuerkennen. Dem Gesuch

ist mit Formularverfügung vom 17. Juli 2006 superprovisorisch entsprochen worden.

2.

2.1 Gemäss Artikel 111 Absatz 2 OG hat die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen "eine andere Verfügung" (d.h. gegen eine Verfügung, die nicht zu einer Geldleistung verpflichtet, vgl. Art. 111 Abs. 1 OG) aufschiebende Wirkung, wenn der Präsident der urteilenden Abteilung sie von Amtes wegen oder auf Begehren einer Partei verfügt. Einem entsprechenden Gesuch kann nur entsprochen werden, wenn die das Gesuch stellende Partei hierfür entsprechende Interessen geltend macht, welche entgegenstehende (öffentliche oder private) Interessen überwiegen.

Die Beschwerdeführer legen einleuchtend dar, mit welchen Nachteilen der sofortige Vollzug des angefochtenen Entscheids verbunden wäre (Ziff. 25 bis 33 der Rechtsschrift vom 13.7.2006). Zu Recht verweisen sie insbesondere auf die im früheren bundesgerichtlichen Verfahren (2A.298/2001 bzw. 2A.299/2001) ergangene Verfügung vom 22. August 2001 betreffend aufschiebende Wirkung und die dort vorgenommene Interessenabwägung. Es sind keine öffentlichen oder privaten Interessen ersichtlich, die heute eine andere Beurteilung der Frage der aufschiebenden Wirkung rechtfertigten als damals. Die Vorinstanz, die den Entscheid über das Gesuch dem Ermessen des Gerichts anheim stellt, nennt keine solchen; die Wettbewerbskommission ihrerseits hat ausdrücklich auf eine Stellungnahme zum Gesuch verzichtet, was gemäss Formularverfügung vom 17. Juli 2006 als Einverständnis mit diesem auszulegen ist.

***Demnach wird gemäss Artikel 111 OG verfügt.***

1.

Der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird aufschiebende Wirkung zuerkannt.

2.

Diese Verfügung wird den Parteien und der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen schriftlich mitgeteilt.

**D**      *Entwicklungen*  
*Développements*  
*Sviluppi*

D 2	<b><i>Bibliografie</i></b> Bibliographie Bibliografia
-----	---

**SCHWEIZ**

RAASS Adrian, "Wenn Wettbewerb kein Wettbewerb mehr sein darf", Jusletter vom 19. Juni 2006

**AUSLAND**

KOTOWITZ Yehuda, SCHURE Paul, "The Optimal Patent Length", präsentiert an der EARIE-Konferenz in Amsterdam 2006. URL: [http://www.earie2006.org/\\_admin/papers/opt\\_patent\\_length\\_v3\\_1\\_20060329\\_0713.pdf](http://www.earie2006.org/_admin/papers/opt_patent_length_v3_1_20060329_0713.pdf) [27.09.06]

**Abkürzungsverzeichnis**

Registre des abréviations  
Indice delle abbreviazioni

**A**

AF Arrêté fédéral  
AIMP Accord intercantonal sur les marchés publics  
AJP Aktuelle juristische Praxis (=PJA)  
Amtl. Bull. Amtliches Bulletin  
AS Amtliche Sammlung des Bundesrechts  
ATF Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel

**B**

BA Bundesamt  
BB Bundesbeschluss  
BBI Bundesblatt  
BG Bundesgesetz  
BGBM Bundesgesetz über den Binnenmarkt  
BGE Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung  
BGer Bundesgericht  
BOCE Bulletin officiel du Conseil des Etats  
BOCN Bulletin officiel du Conseil national  
BoeB Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen  
BR Bundesrat  
BR/DC Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction  
BUCN Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale  
BUCSt Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati  
BV Bundesverfassung  
BZP Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess

**C**

CC Code civil  
CE Communauté Européenne  
CE Conseil des Etats  
CF Conseil fédéral  
CHF Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri  
CO Code des obligations  
Cost. Costituzione federale  
CPC Code (cantonal) de procédure civile  
CPS Code pénal suisse  
cst. Constitution fédérale

**D**

DCP Diritto e politica della concorrenza (=RPW)  
DCP Droit et politique de la concurrence (=RPW)  
DG Direction Générale (UE)

**E**

EU Europäische Union

**F**

FF Feuille fédérale  
FMG Fernmeldegesetz

**G**

GATT General Agreement on Tariffs

GebraV

GRUR

GU

**H**

HGer Handelsgericht  
HMG Heilmittelgesetz

**I**

IPRG Bundesgesetz über das internationale Privatrecht  
IVöB Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen

**J**

JAAC Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération  
JdT Journal des Tribunaux

**K**

KG Kartellgesetz  
KMU Kleine und mittlere Unternehmen  
KSG Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit  
KVG Bundesgesetz über die Krankenversicherung

**L**

LAA Loi fédérale sur l'assurance-accidents  
LAMAL Loi fédérale sur l'assurance-maladie  
LCA Loi fédérale sur le contrat d'assurance  
LCart Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence  
LCD Loi fédérale contre la concurrence déloyale  
LCSl Legge federale contro la concorrenza sleale  
LDA Loi fédérale sur le droit d'auteur  
LDIP Loi fédérale sur le droit international privé  
LETC Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce  
LF Loi fédérale / Legge federale  
LL Legge federale sul lavoro  
LMG Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände  
LMI Loi fédérale sur le marché intérieur  
LMP Loi fédérale sur les marchés publics  
LOTc Legge federale sugli ostacoli tecnici al commercio  
LPM Loi fédérale sur la protection des marques  
LRFP Loi fédérale sur la responsabilité du fait  
LSPr Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi

**M****N****O**

O Ordonnance  
OCDE Organisation de Coopération et de Développement Economique  
OCSE Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico



OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OFAP	Office fédéral des assurances privées	<i>T</i>	
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	TA	Tribunal administratif
OGer	Obergericht	TApp	Tribunale d'Appello
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
OMC	Organisation mondiale du commerce	TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
OR	Obligationenrecht	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée		
<b>P</b>		<b>U</b>	
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	UE	Union Européenne
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
PCF fédérale		URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)	URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	<b>V</b>	
Publ.CCSP	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
PüG	Preisüberwachungsgesetz	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
<b>Q</b>		VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
<b>R</b>		VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	<b>W</b>	
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza	<b>X</b>	
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	<b>Y</b>	
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	<b>Z</b>	
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
RR	Regierungsrat	ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)	ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	ZPO	Zivilprozessordnung
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
<b>S</b>			
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband		
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung 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		

**Index**

- A**
- abgestimmtes Verhalten -
- abgestimmte Verhaltensweise 422 f., 465, 507, 555
- Abrede 420, 422 ff., 428, 435, 465, 510, 522, 548 f., 551 f., 555 f., 560 ff., 573 ff.,
- Acquiring -
- Anhörung 514, 527, 549, 557 f.
- Apotheker/innen 434 ff., 502, 507
- Ärzte(-Verband) 434 f., 500 ff., 505 ff., 510 ff., 524 f.
- B**
- Banken 420 ff., 440, 443, 446, 455
- Befristung des Entscheids -
- Breitbanddienste -
- Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten 420 ff., 424 ff., 428, 430
- Domestic Interchange Fee
- E**
- Effizienzgründe 428, 430, 446, 521, 524, 550 f., 553, 560 f., 572
- Effizienzprüfung 551 ff., 559
- Einstellung einer Untersuchung -
- einvernehmliche Regelung 549, 557 f., 581 f.
- Erheblichkeit -
- Exklusivvertrieb 434
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
- Grosskunden-Märkte -
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -
- I**
- Indizienbeweis -
- Interchange Fee 423 ff., 430, 581
- Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- Kanton Aargau 514 f.
- kollektive Marktbeherrschung 486, 488 f., 492, 507
- Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 435, 451, 459, 471, 479 f.
- Koppelungsgeschäft 521
- Kostenraster -
- Krankenversicherer 513, 515, 529 ff., 533
- Kreditkarten 420, 422 ff., 429 f., 488, 581 f.
- Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft 488, 581 f.
- L**
- legitimate business reasons 521, 542 f.
- M**
- Marktaufteilung (keine) 495
- marktbeherrschende Stellung 432, 434 f., 440 f., 443, 449 ff., 453, 457, 459, 461 f., 469, 471 ff., 475, 483, 485, 487 f., 492, 496, 507 f., 511, 535, 537, 540, 578, 581 f.
- Marktgegenseite 435 ff., 441, 443, 451 f., 459 f., 463, 465, 473 f., 483 ff., 487 ff., 491 f., 494 ff., 499, 501, 503, 507
- Marktorganisation -
- Marktstruktur 453, 458, 496, 506, 508, 511
- Marktzutrittsschranken 489, 536, 542
- Meldepflicht 444, 470 ff., 481 ff., 494, 499
- Missbrauch 420, 423, 435, 437 f., 441, 443, 449, 451, 453 f., 459, 518, 527, 581
- N**
- Netzwerk 422 ff., 430
- Netzwerkkosten -
- Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten 423, 491, 507
- potenzieller Wettbewerb 460, 474, 487, 489, 492
- Preisabrede (keine) 423, 425, 428, 548
- Preisbindung zweiter Hand -
- Privatkliniken 514 f.
- Q**
- Quersubventionierung 521, 564 f., 575
- R**
- Rabatte 563, 566 f., 570
- Reduktion der Sanktion -
- S**
- Sanktionen 488, 491, 550, 558, 560, 578, 581
- Senkung Herstellkosten -
- Submission -
- Submissionkartell -
- T**
- Tarife 516 ff., 523 f., 531 f., 578 f.

---

Tarifvertrag 515, 517, 525	Vierparteiensysteme -
Tierärzte/innen -	vorbehaltene Vorschriften 435, 441, 449 f., 457, 459, 471, 481, 513 ff., 518 f., 521, 523 ff., 532
Transparenzmassnahmen -	vorgezogene Recyclinggebühren -
<i>U</i>	
Umstossung der Vermutung -	
Untersuchung 430, 445, 450, 453, 456, 460, 462, 464, 510, 513, 515, 526, 534 f., 537 f., 542, 544, 548 f., 552, 554, 556 ff., 569, 575, 585	<i>W</i> Wettbewerb um den Markt -
unzulässige Wettbewerbsabrede 420, 422, 428, 431 f., 457, 459, 465, 534, 548, 550, 576	<i>X</i> <i>Y</i> <i>Z</i>
<i>V</i>	
vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -	Zahlungsmittel 581
Veröffentlichung 530, 564, 578	zweiseitige Märkte 424
Verschulden -	

---