



<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>

2007/2

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Vertrieb:
BBL
Vertrieb Bundespublikationen
CH-3003 Bern

www.bundespublikationen.admin.ch

Preis Einzelnummer:
CHF 30.-
Preis Jahresabonnement:
CHF 120.- Schweiz
CHF 145.- Ausland
(Form: 701.000.07/2)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la
concurrence
CH-3003 Berne
(Editeur)

Diffusion:
OFCL
Diffusion publications
CH-3003 Berne

www.publicationsfederales.admin.ch

Prix au numéro:
CHF 30.-
Prix de l'abonnement annuel:
CHF 120.- Suisse
CHF 145.- étranger

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della
concorrenza
CH-3003 Berna
(Editore)

Distribuzione:
UFCL
Distribuzione pubblicazioni
CH-3003 Berna

www.pubblicazionifederali.admin.ch

Prezzo per esemplare:
CHF 30.-
Prezzo dell'abbonamento:
CHF 120.- Svizzera
CHF 145.- estero

<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>

2007/2

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

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

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

Juli/juillet/luglio 2007

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

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

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

B	Verwaltungsrechtliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa	
B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza	
1.	Vorabklärungen Enquêtes préalables Inchieste preliminari	
1.	Elektronische Abrechnung im Gesundheitswesen	174
B 2	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
2.	Untersuchungen Enquêtes Inchieste	
1.	Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern	190
2.	Terminierung Mobilfunk	241
3.	Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese	
1.	Spontis SA	305
2.	CRH Gruppe/Gétaz Romang	311
3.	Swisscom AG/Fastweb S.p.A.	312
4.	Statoil/Norsk Hydro	316
7.	Stellungnahmen Préavis Preavvisi	
1.	Vernehmlassung zur Revision des Unfallversicherungsgesetzes	317
B 4	Bundesgericht 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	324
2.	Wettbewerbskommission/Berner Zeitung AG, Tamedia AG, Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	331
3.	TDC Switzerland AG (Sunrise)/Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG	338
B 5	Bundesrat Conseil fédéral Consiglio federale	
1.	Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband und Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V.	341
D	Entwicklungen Développements Sviluppi	
D 2	Bibliografie Bibliographie Bibliografia	348
	Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	349
	Index (deutsch, français e italiano)	351

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>Elektronische Abrechnung im Gesundheitswesen</i>

Unzulässige Verhaltenweise; Art. 7 KG

Pratique illicite; art. 7 LCart

Pratiche illecite; art. 7 LCart

Schlussbericht vom 26. September 2006 i.S. Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend elektronische Abrechnung im Gesundheitswesen wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7

Aufgrund der Aufsichtsbeschwerde einer der Parteien wurde mit der Publikation des Schlussberichts zugewartet. Das Begehren dieser Partei, auf die Publikation des Schlussberichts zu verzichten, wurde von der Aufsichtsinstanz des Sekretariates der Wettbewerbskommission abgewiesen. Der Schlussbericht basiert auf den Angaben, die das Sekretariat während der Dauer der Vorabklärung, d.h. vom 7. März 2006 bis 26. September 2006, erhoben hat.

A SACHVERHALT

A.1 Gegenstand der Vorabklärung

1. Jährlich fallen im ambulanten Bereich der obligatorischen Grundversicherung (Bundesgesetz vom 18.3.1994 über die Krankenversicherung, KVG) und der Unfallversicherung (Bundesgesetz vom 20.3.1981 über die Unfallversicherung, UVG) rund 50 Mio. Rechnungen gemäss TARMED¹ an. Diese Rechnungen werden zunehmend elektronisch übermittelt, zumal die elektronische Abrechnung nach TARMED im KVG seit 1. Januar 2006 obligatorisch ist. Im Bereich des UVG besteht kein Obligatorium, sondern eine entsprechende Empfehlung. Gemäss Art. 5 Abs. 5 des vom Bundesrat genehmigten Rahmenvertrages TARMED verpflichteten sich die Vertragsparteien für das KVG, innert zwei Jahren nach Einführung des Tarifs für ambulante medizinische Leistungen elektronisch abzurechnen.²

2. Der Austausch der elektronischen Rechnungsdaten erfolgt zum Teil direkt zwischen Leistungserbringern (namentlich Ärzte/innen, Spitäler, Apotheker/innen

und Labors) und Kranken-/Unfallversicherern (auch Kostenträger genannt, nachfolgend: Versicherer), aber vorwiegend über so genannte Intermediäre. Mehrere Intermediäre bieten ihre Leistungen für die elektronische Übermittlung und Verarbeitung der Daten zwischen Leistungserbringern und Versicherern an.

3. Gegenstand der Vorabklärung bildete primär die Überprüfung des Verhaltens des Intermediärs Medi-Data AG (nachfolgend: MediData) und von Versicherern im Bereich der elektronischen Rechnungsübermittlung. Im Laufe der Ermittlungen wurde die Vorabklärung auf die PonteNova, einem so genannten TrustCenter der Ärzteschaft, erweitert.

A.2 Elektronische Rechnungsstellung

4. Die ursprüngliche (und derzeit noch vorherrschende) Rechnungsstellung von Leistungserbringern an Versicherer läuft auf Papier und dem postalischen Weg ab. Die Rechnungen treffen im System des Tiers payant direkt bei den Versicherern (Kranken- und Unfallversicherer) ein, im System des Tiers garant über die Versicherten, sofern Letztere die Rechnung an die Versicherer senden (vgl. Rz. 12 ff.).

¹ TARMED ist ein gesamtschweizerisch einheitlicher Tarif mit rund 4'600 Positionen und über 10'000 Anwendungsregeln (oftmals enthalten die Positionen verschiedene Regeln), welcher der Rechnungsstellung für ärztlich erbrachte, medizinische Leistungen in der Arztpraxis und im Spital dient. Er gilt im Unfall-, Militär- und Invalidenversicherungsbereich seit 1. Mai 2003 und im KVG-Bereich seit 1. Januar 2004.

² Die FMH bestreitet, dass per 1. Januar 2006 elektronisch abgerechnet werden muss; vgl. dazu JACQUES DE HALLER und URS STOFFEL (2005), "Keine Verpflichtung zum elektronischen Datenaustausch ab 1. Januar 2006", Schweizerische Ärztezeitung, 86, 49, S. 2691 f.; URL <http://www.saez.ch/pdf/2005/2005-49/2005-49-1365.PDF> [01.03.06].

5. Die eingetroffene Rechnung wandelt der Versicherer zwecks Rechnungskontrolle³ in eine elektronische Version um, d.h. entweder wird sie elektronisch erfasst (Scanning) oder von Hand in eine elektronische Version überführt. Diese Erfassung umfasst mehrere Arbeitsschritte (Öffnen und Sortieren der Postsendungen, Scannen, Indexieren der Rechnungen). Das Scanning übernehmen die Versicherer teilweise selber oder lagern die Tätigkeit (z.B. an die Speri-Data AG) aus. Die Kosten der elektronischen Erfassung unterscheiden sich zwischen den Versicherern, betragen aber in der Regel um die CHF 3.- (teilweise weniger, teilweise mehr). Soweit die Rechnungen von Hand erfasst werden müssen, bewegen sich die Kosten der betrachteten Versicherer zwischen etwa CHF 7.- und ca. CHF 50.-, wobei die Komplexität der Rechnung zu noch höheren Beträgen pro Rechnung führen kann.

6. Bei der elektronischen Rechnungsstellung gelangt der Datensatz einer Rechnung eines Leistungserbringers (via Internet) direkt oder über Intermediäre vom IT-System des Leistungserbringers ins IT-System des Versicherers.⁴ Dank dem elektronischen Datenaustausch entfallen somit die manuelle Erfassung der Rechnungsdaten und die Kosten der manuellen Erfassung. Im Vergleich zur manuellen Erfassung lassen sich mit der elektronischen Rechnungsstellung Kosten sparen, da deren durchschnittlichen Kosten ab Versand vom IT-System des Leistungserbringers ins IT-System des Versicherers in der Regel deutlich unter jenen der manuellen Erfassung liegen. So etwa rechnen verschiedene Intermediäre im System des Tiers payant mit Kosten von rund CHF -.50 pro Rechnung.⁵

7. Damit die elektronischen Datensätze ohne zusätzliche Eingriffe verarbeitet werden können, sind zum einen so genannte Standards nötig, mit welchen die IT-Systeme der Leistungserbringer und Versicherer arbeiten.⁶ Zum anderen sind elektronische Verbindungen zwischen den Leistungserbringern und Versicherern notwendig. Die Verbindungen können individuell zwischen jedem Leistungserbringer und Versicherer oder aber über die Intermediäre aufgebaut werden.

8. Der Aufbau und Unterhalt von individuellen Verbindungen zwischen Leistungserbringern und Versicherern lohnt sich nur für Marktteilnehmende ab einer bestimmten Grösse bzw. einem bestimmten Rechnungsvolumen, da der Aufbau und Unterhalt mit Kosten verbunden ist. Dazu benötigen die Leistungserbringer und Versicherer namentlich Schnittstellen, die untereinander kompatibel sind. Im Weiteren müssen alle Verbindungen den Datenschutz gewährleisten, da es sich bei den Rechnungsdaten im Gesundheitswesen um sensible Daten handelt. Da die Übermittlung der Daten via Internet stattfindet, kommt der Datensicherheit eine wichtige Rolle zu.

9. Soweit die Leistungserbringer und Versicherer mit Intermediären arbeiten, kümmern sich Letztere um den Aufbau, den Unterhalt, die Kompatibilität und die Sicherheit der Verbindungen zwischen den Marktteilnehmenden bzw. bauen Verbindungen zu den verschiedenen Versicherern und zu den Leistungserbringern auf. Die Intermediäre übernehmen eine Wei-

chenfunktion, so dass die verschiedenen Leistungserbringer und Versicherer miteinander verbunden sind und diesen die elektronische Rechnungsstellung ermöglicht wird. Dadurch benötigen die Leistungserbringer und Versicherer je nur noch wenige Schnittstellen, nämlich jene mit den Intermediären (nur eine Schnittstelle, falls sich die Versicherer und Leistungserbringer auf einen Intermediär beschränken). Angesichts der hohen Anzahl Versicherer und Leistungserbringer arbeiten denn auch die meisten Leistungserbringer und Versicherer mit Intermediären zusammen. Die Versicherer und Leistungserbringer unterhalten bei der Zusammenarbeit mit den Intermediären praktisch nur noch einen "elektronischen Briefkasten", und die Intermediäre übernehmen als eine Art "elektronischer Briefträger" die elektronische Zustellung der Rechnungsdaten.

10. Der Intermediär kann mit weiteren Intermediären Schnittstellen unterhalten, so dass die elektronischen Rechnungen etwa von den Leistungserbringern des einen Intermediärs zu den Versicherern des anderen Intermediärs - und umgekehrt - gelangen können (so genanntes "Roaming"). Beide Intermediäre stellen dem Roaming-Partner die empfangenen elektronischen Rechnungsdaten zur Weiterleitung an den Versicherer (und Leistungserbringern) zu, sofern sie nicht selber einen Vertrag mit diesem Versicherer (und Leistungserbringer) haben. Die Verträge zwischen den Leistungserbringern und Versicherern mit diesen beiden Intermediären sind davon nicht betroffen.

11. Unabhängig davon, ob die Versicherer und Leistungserbringer mit einem oder mehreren Intermediären oder mit Direktverbindungen arbeiten, fallen Kosten an. Grob unterteilt fallen zum einen Kosten an für das "hauseigene" IT-System (Betriebssystem, Hard- und Software) der Leistungserbringer und Versicherer, zum anderen Kosten für den Aufbau und Unterhalt der Verbindungen (für welche es ebenfalls eine Software braucht) zwischen den Marktteilnehmenden. Diese Investitionen und Ausgaben dienen -

³ Die Datenerfassung ermöglicht den Versicherern eine effiziente Rechnungskontrolle. Die automatisierte Rechnungskontrolle hilft Kosten zu sparen und die Kontrolle zu verbessern. Sie gewährleistet den Versicherten ein gutes Risikomanagement und eine solide Finanzplanung. Die Rechnungskontrolle setzt sich zusammen aus Leistungs- und Tarifkontrolle (Kontrolle, ob die Versicherten Anspruch auf die Leistungen haben, und ob die korrekten Tarifpositionen sowie der korrekte Tarif verwendet wurden) sowie der Rechnungsfreigabe (Risikomanagement und allfällige Rückstellungen für hohe Beträge).

⁴ Zu den Systemen des Tiers payant und Tiers garant vgl. Rz. 12 ff.

⁵ In einer ersten Phase waren alle Preismodelle der Intermediäre transaktionsorientiert, d.h. die Übermittlung einer Rechnung wurde zu einem definierten Preis angeboten. Mittlerweile bieten einzelne Intermediäre auch Jahrespauschalen an. Es wird nicht mehr jede einzelne übermittelte Rechnung abgerechnet, sondern ein Jahresbeitrag bezahlt, in welchem dann die Dienstleistungen des Intermediärs (inkl. Rechnungsvermittlung) inbegriffen sind.

⁶ Die Grundsätze für die Übermittlungsstandards, Referenzstammdaten und Datensicherheit werden im so genannten "Forum Datenaustausch" festgelegt. Zu den festgelegten Standards gehört bspw. die elektronische, auf XML-Standard basierende Leistungsabrechnung.

analog dem brieflichen Versand über ein Verteilungsnetz - dem Aufbau einer "elektronischen Infrastruktur", die den elektronischen Versand der Rechnungsdaten ermöglicht. Daraus folgt insbesondere, dass die elektronische Zustellung von Rechnungsdaten nicht kostenlos ist. Zwar gehen die Kosten der blossen Übermittlung eines Datensatzes etwa von einem Spital zu einem Versicherer - ähnlich wie beim Versand einer E-Mail - gegen Null. Die "elektronische Infrastruktur" jedoch, welche diese Übermittlung ermöglicht, verursacht Kosten. Ohne "hauseigenes" IT-System sowie ohne Aufbau und Unterhalt der Verbindungen gibt es keine Übermittlung.

A.3 System des Tiers payant und des Tiers garant

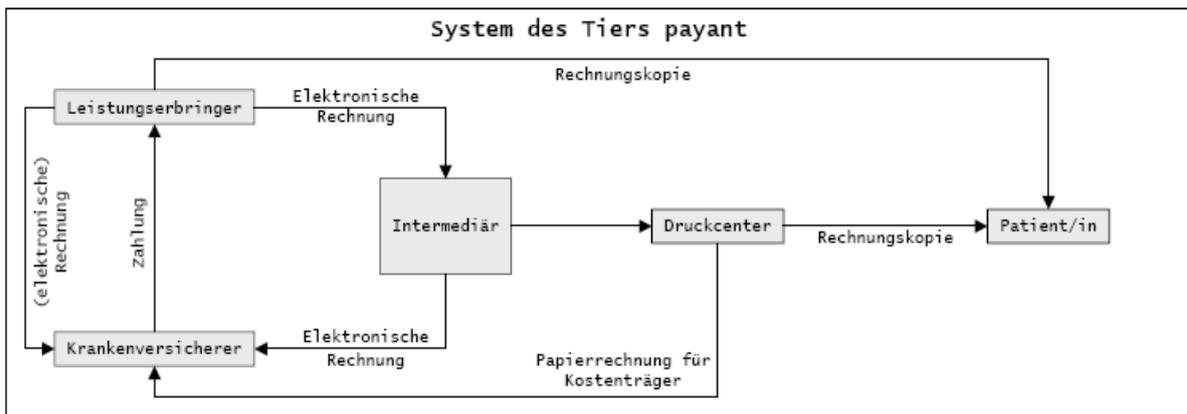
12. Die Zahlungen nach KVG können im System des Tiers payant oder des Tiers garant vollzogen werden:

- Im System des Tiers garant schuldet die versicherte Person dem Leistungserbringer das Honorar. Somit erhalten die Patienten/innen die Rechnung vom Leistungserbringer. Der Versicherer (Tiers, Dritter) vergütet der versicherten Person die Kosten. In den meisten Kantonen wird heute nach diesem Modus abgerechnet.

- Im System des Tiers payant schuldet der Versicherer (Tiers) dem Leistungserbringer das Honorar. Entsprechend erhält der Versicherer die Rechnung. Die Patienten/innen haben gemäss Art. 42 Abs. 3 KVG den Anspruch auf eine Rechnungskopie.

13. Hinsichtlich der elektronischen Übermittlung von Rechnungsdaten bedeutet dies Folgendes (vgl. Darstellung 1 und 2): Im System des Tiers payant kann der Versicherer eine elektronische Rechnung ohne Papierversion erhalten. Im System des Tiers garant hingegen geht die Papierrechnung vorerst an die Patienten/innen, welche sie dann an den Versicherer senden - Ausnahmen existieren (z.B. falls ein Versicherer innerhalb eines Jahres CHF 600.- für medizinische Leistungen der Grundversicherung nach KVG zu zahlen hat, dessen Franchise CHF 1'500.- beträgt und der Versicherte infolgedessen die Rechnung dem Versicherer nicht zustellt). Falls der Versicherer von den Versicherten die Rechnungen erhält, kann er die elektronische Version dieser Rechnungen bei einem Intermediär, via Intermediär beim Leistungserbringer oder direkt beim Leistungserbringer abrufen - soweit entsprechende Vereinbarungen und Verbindungen zwischen den Versicherern, Leistungserbringern und Intermediären bestehen.

Darstellung 1: Wege einer (elektronischen) Rechnung im System des Tiers payant

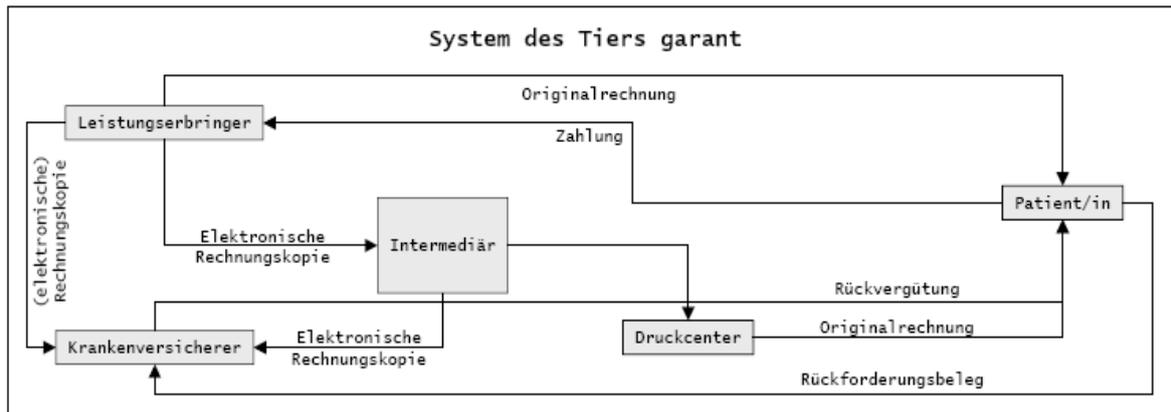


Quelle: Sekretariat der Wettbewerbskommission

14. Teilweise bieten Intermediäre den Leistungserbringern im System des Tiers payant die Möglichkeit an, den Patienten/innen die Rechnungskopie an deren Stelle zukommen zu lassen (vgl. Darstellung 1). Die Leistungserbringer senden die elektronische Rech-

nungskopie meist über Intermediäre an die Versicherer, teilweise auch direkt an die Versicherer. Letzteres nur dann, wenn die Beteiligten eine Direktverbindung aufweisen (vgl. Darstellung 2).

Darstellung 2: Wege einer (elektronischen) Rechnung im System des Tiers garant



Quelle: Sekretariat der Wettbewerbskommission

15. Auch im System des Tiers garant existieren mehrere Wege für die Originalrechnungen und elektronischen Rechnungen (vgl. Darstellung 2). Zum einen bieten die Intermediäre den Leistungserbringern teilweise den Versand der Originalrechnung an die Patienten/innen an. Die Versicherer holen die elektronischen Rechnungskopien meist beim Intermediär oder zum Teil auch beim Leistungserbringer ab - soweit entsprechende Vereinbarungen und Verbindungen zwischen den Versicherern, Leistungserbringern und Intermediären existieren. Soweit die Versicherer die elektronische Rechnungskopie beim Intermediär abholen, hat der Intermediär die Rechnung entweder zwischengespeichert oder er holt die Rechnung beim Leistungserbringer ab und leitet sie an den Versicherer weiter.

A.4 Frage der Kostentragung

16. Es stellt sich nun die Frage, wer für die Investitionen und Ausgaben, die den elektronischen Rechnungsversand ermöglichen, aufkommen muss. Die Kosten für das "hauseigene" IT-System fallen jeweils direkt bei den Leistungserbringern und Versicherern an und werden jeweils von diesen getragen. Zu den Kosten für den Aufbau und den Unterhalt der Verbindungen (und der dafür notwendigen Software) zwischen Leistungserbringern, Versicherern und Intermediären ist Folgendes auszuführen:

17. Wie bereits erwähnt, fallen bei der blossen Übermittlung von Rechnungsdaten sehr geringe Kosten an, die bei einer einzelnen, versandten Rechnungsdatei gegen Null gehen. Das dahinterstehende, aufgebaute und zu unterhaltende Netz an Verbindungen (inkl. entsprechender Software) aber, das insbesondere die Datensicherheit gewährleisten muss, verursacht Kosten. Dies unabhängig davon, ob die Versicherer und Leistungserbringer oder die Intermediäre dieses Verbindungsnetz aufbauen. In Analogie zum brieflichen Postversand stellt sich also die Frage, wer die "elektronische Briefmarke" einer über das elektronische Verbindungsnetz versandten Rechnungsdatei zu zahlen hat.⁷

18. Die verschiedenen Leistungserbringer, Versicherer und Intermediäre sind sich bezüglich dieser Frage nicht einig. Entsprechend bestehen verschiedene Zahlungsmodelle. Dies zeigen die drei folgenden Beispiele (vgl. auch Rz. 39):

a) Soweit die Leistungserbringer ihre Rechnungen über die Plattform MediPort der MediData an die Versicherer liefern, zahlen die Leistungserbringer die "elektronische Briefmarke" nicht. Die "elektronische Briefmarke" zahlen in diesem Fall die Versicherer. Zudem zahlt die MediData den Softwarehäusern der Leistungserbringer teilweise einen Rappenbetrag (CHF -.05 bis CHF -.10) pro Rechnung an den schnittstellen-spezifischen Support. Möglich wird dieses Preismodell, da die MediData von den ihr bzw. der MediPort angeschlossenen Versicherern entsprechende Gelder erhält.

Hierbei handelt es sich u.a. um Pauschalen für Leistungspakete, welche auch die elektronische Übermittlung von Rechnungsdaten beinhalten. Dabei ist zu unterscheiden zwischen Versicherern, welche einen so genannten "Teilnehmervertrag" und solchen, welche einen so genannten "A la carte"-Vertrag abgeschlossen haben. Der Teilnehmervertrag umfasst alle Dienstleistungen der MediData, wobei die Vergütung durch eine Pauschale erfolgt. Beim "A la carte"-Vertrag beziehen die Versicherer nur eine Auswahl von Dienstleistungen der MediData. Die Vergütung erfolgt beim "A la carte"-Vertrag nicht pauschal, sondern nach einem bestimmten Kalkulationsmodell, welches sich u.a. auf die Menge der transferierten Daten (Abrechnungsdaten, Rückantworten) abstützt.

⁷ Soweit im Folgenden von der "elektronischen Briefmarke" gesprochen wird, ist damit die Abgeltung für die Ausgaben und Investitionen gemeint, die im Zusammenhang mit dem Versand elektronischer Rechnungsdaten sowie dem Aufbau und dem Unterhalt der Verbindungen (inklusive der dafür notwendigen Software; die Verbindungen ermöglichen die elektronische Rechnungsübermittlung) zwischen Leistungserbringern und Versicherern stehen.

b) Der Intermediär H-Net AG (nachfolgend: H-Net) stellt den Leistungserbringern die elektronische Rechnungsübermittlung an Versicherer in Rechnung. Die Leistungserbringer haben in diesem Zahlungsmodell die "elektronische Briefmarke" zu bezahlen.

c) Die von der Ärzteschaft getragenen Intermediäre, die TrustCenter, verlangen von den Versicherern eine Übermittlungsgebühr für die elektronischen Rechnungen, welche je nach vereinbartem System (Tiers garant oder Tiers payant) unterschiedlich hoch ausfallen. Soweit die Versicherer bereit sind, auf die Konditionen der TrustCenter einzugehen, zahlen die Versicherer die "elektronische Briefmarke", nicht die TrustCenter.

19. Die unterschiedlichen Zahlungsmodelle führen zu Konflikten, namentlich zwischen den Intermediären, aber auch zwischen den TrustCentern und den Versicherern. Aufgrund der unterschiedlichen Zahlungsmodelle und der damit ausgelösten Konflikte kommt der Frage über die Pflicht zur Kostenübernahme grosse Bedeutung zu. Namentlich folgende Konflikte sind in casu zu unterscheiden:

a) Die deutliche Mehrheit der Versicherer ist nicht bereit, auf die von den TrustCentern angebotenen Konditionen für die Übermittlung der elektronischen Rechnungsdaten einzugehen.

b) Aufgrund der unterschiedlichen Ansichten bezüglich der Zahlung der "elektronischen Briefmarke" sind die Verhandlungen für ein Roaming zwischen H-Net und MediData teilweise gescheitert (vgl. Rz. 66):

- Es bleibt der H-Net verwehrt, elektronische Rechnungsdaten von Apothekern/innen und Ärzten/innen über die MediData bzw. MediPort an Versicherer, die elektronische Rechnungen nur über MediPort beziehen, zu übermitteln.

- Die elektronische Rechnungszustellung von Spitälern, Apothekern/innen, Ärzten/innen und Laboren, die der MediPort angeschlossen sind, an Versicherer, die der H-Net angeschlossen sind, konnte ebenso wenig vereinbart werden.

20. Das Bundesamt für Gesundheit (BAG) beantwortete die Frage hinsichtlich der Zahlung der "elektronischen Briefmarke" bzw. die Frage über die Pflicht zur Kostenübernahme mit seinem Schreiben vom 8. Februar 2005 an santésuisse wie folgt (Auszug):

"Gemäss Art. 42 Abs. 3 KVG muss der Leistungserbringer dem Schuldner eine Rechnung zustellen, d.h. für den Leistungserbringer besteht grundsätzlich eine Bringschuld. Betreffend Abgeltung der Rechnungsstellung findet sich im KVG keine explizite Regelung, es ist aber die Norm, dass Administrativkosten in die Berechnung der Tarife einfließen. Dies ist auch bei TARMED der Fall. Die technische Leistungskomponente (TL) enthält gemäss Definition alle Personal-, Sach- und Infrastrukturkosten und damit sind auch alle notwendigen Aufwendungen für die elektronische Rechnungsstellung/-lieferung abgegolten. Dies bestätigen auch die geltenden TARMED-Rahmenverträge, da in diesen keine zusätzliche Abgeltung für die elektronische Rechnungsstellung vorgesehen ist.

Diese Auffassung wird von der Zentralstelle für Medizinaltarife UVG, welche massgeblich an der Ausarbeitung des TARMED beteiligt war, geteilt.

Die Berechtigung, eine separate Gebühr für die elektronische Abrechnung und Lieferung zu verlangen, kann folglich nicht bestehen. Es bleibt den Krankenkassenversicherern aber freigestellt, bilaterale Vereinbarungen über echte Dienstleistungen mit den Leistungserbringern bzw. deren Institutionen einzugehen, um Verwaltungskosten zu senken oder Optimierungen der Rechnungs- und Wirtschaftskontrolle vorzunehmen".

21. Seine Haltung bestätigte das BAG anlässlich der zwei in Rz. 24 f. erwähnten Treffen und nach einer schriftlichen Anfrage des Sekretariates vom 5. Juli 2006:

a) Das BAG bekräftigte, dass im System des Tiers payant die Leistungserbringer für die Kosten der Übermittlung und die damit verbundenen Kosten des Aufbaus und Unterhalts von Verbindungen, welche den elektronischen Versand von Rechnungsdaten ermöglichen, aufzukommen haben. Mit anderen Worten müssen die Leistungserbringer im System des Tiers payant die "elektronische Briefmarke" bezahlen, die mit TARMED abgegolten ist (wie etwa im Zahlungsmodell der H-Net).

b) Zahlungen von Versicherern an Intermediäre, welche Letzteren ermöglichen, den Leistungserbringern im System des Tiers payant ihre Leistungen im Zusammenhang mit der elektronischen Rechnungsübermittlung gratis anzubieten, so dass nicht die Leistungserbringer, sondern der entsprechende Intermediär bzw. die Versicherer (wie im Zahlungsmodell der MediData) die "elektronische Briefmarke" bezahlen, verstossen gegen Art. 42 Abs. 3 KVG und TARMED und stehen im Widerspruch zur Auslegung des BAG. Ebenso verhält es sich mit allfälligen Zahlungen der Intermediäre (bzw. Versicherer) an die Leistungserbringer, um die Leistungserbringer bzw. deren Softwarehäuser beim schnittstellenspezifischen Support der Software, welche den Versand der elektronischen Rechnungsdaten ermöglicht, finanziell zu unterstützen. Die gleiche Situation liegt vor bei den TrustCentern, die im System des Tiers payant von den Versicherern eine Übermittlungsgebühr verlangen. In diesen Fällen liegt ebenfalls ein Verstoß gegen Art. 42 Abs. 3 KVG und TARMED sowie ein Widerspruch zur Auslegung des BAG vor.

c) Hinsichtlich der Kostenübernahme (für die "elektronische Briefmarke") im System des Tiers garant arbeiten die Verbände der Leistungserbringer und Versicherer derzeit an der Lösung der Frage betreffend die Pflicht der Kostenübernahme. Grundsätzlich hält das BAG an seinem Schreiben vom 8. Februar 2005 fest, welches nicht zwischen Tiers garant und Tiers payant unterscheidet. Das BAG wartet aber bis auf weiteres einen entsprechenden Vorschlag der beteiligten Verbände ab. Dabei ist Folgendes zu bedenken: Im System des Tiers garant müssen die elektronischen Versionen der Rechnungen für einen bestimmten Zeitraum aufbewahrt werden, entweder bei den Leis-

tungserbringern oder bei den Intermediären, so dass die Versicherer die elektronische Version einer Rechnung - direkt oder über Intermediäre - beim Leistungserbringer abrufen können. Damit können Kosten für die Aufbewahrung der Rechnungsdaten anfallen. Da aber die Grösse einer Rechnungsdatei in der Regel klein ist (wenige Kilobyte), wird auch für eine grössere Datenmenge nicht viel Speicherplatz benötigt. Auch die Kosten für ein geeignetes Ablagesystem sind relativ gering. Entsprechend fallen die Kosten pro Rechnungsdatei im System des Tiers garant kaum viel höher als jene im System des Tiers payant aus (dazu ausführlicher Rz. 77 ff.).

d) Den Versicherern steht es aber frei, Vereinbarungen über zusätzliche Dienstleistungen, die über die reine Rechnungsstellung/-übermittlung hinausgehen, abzuschliessen. Die Versicherer dürfen bestimmte Dienstleistungen auslagern. Der Umstand, dass die Versicherer Intermediäre finanzieren oder mit Trust-Centern Verträge abschliessen, lässt daher nicht automatisch den Schluss zu, dass dabei ein Widerspruch zur Auslegung des BAG besteht, wonach die Berechtigung für eine separate Gebühr für die elektronische Rechnungsstellung/-lieferung nicht besteht. Vielmehr stellt sich in diesen Fällen die Frage, welche konkreten Leistungen ausgelagert bzw. eingekauft werden. Die konkrete Abgrenzung und Interpretation der Zusatzdienstleistungen ist nach Ansicht des BAG in erster Linie durch die beteiligten Akteure, notabene in den laufenden Diskussionen, zu klären.

A.5 Verfahren

22. Mit Schreiben vom 19. September 2005 ersuchte der Intermediär H-Net um eine Besprechung mit der Wettbewerbsbehörde. Anlässlich der Besprechung vom 25. Oktober 2005 mit dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) beschwerte sich die H-Net über das Verhalten eines anderen Intermediärs, der MediData, sowie jenes von verschiedenen Versicherern und der SUVA und ersuchte mit Schreiben vom 28. Dezember 2005 um Eröffnung eines Verfahrens nach Art. 26 ff. des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG).

23. Die H-Net beschwerte sich insbesondere darüber, dass:

- verschiedene Versicherer und die SUVA ausschliesslich die MediData als Intermediär für die elektronische Abrechnung in der Grundversicherung akzeptierten (vgl. Rz. 43 f.);
- die MediData für Aufwendungen im Zusammenhang mit der elektronischen Rechnungsstellung zahle, welche die Leistungserbringer zahlen müssten; die entsprechenden Gelder stammten von verschiedenen Versicherern, welche die MediData jährlich mit Pauschalbeträgen entgelten würden (vgl. Rz. 21);
- die MediData der H-Net unzumutbare Roaming-Verträge aufzwingen würde (vgl. Rz. 65 f.);
- die MediData systematisch die Übermittlung elektronischer Rechnungen von Apothekern/innen und

Ärzten/innen, die sie von H-Net erhält, an Versicherer verweigere (vgl. Rz. 65 f.).

24. Das Sekretariat traf sich in der Folge am 31. Januar 2006 mit Vertretern/innen des BAG, um weitere Abklärungen, insbesondere bezüglich des Geltungsbereiches des KG und KVG, vorzunehmen. Das BAG bekräftigte anlässlich dieser Besprechung die Aussagen seines Schreibens vom 8. Februar 2005 an *santésuisse* hinsichtlich der im TARMED enthaltenen Abgeltung des elektronischen Datenverkehrs. Das BAG stimmt mit dem Sekretariat namentlich überein, dass für den oben geschilderten Sachverhalt kein Vorbehalt nach Art. 3 KG besteht.

25. Da es sich beim beschriebenen Sachverhalt möglicherweise um eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 7 oder Art. 5 KG handelt, eröffnete das Sekretariat am 7. März 2006 eine Vorabklärung nach Art. 26 KG. Die Vorabklärung sollte Aufschluss über eine allfällige marktbeherrschende Stellung der MediData und allfällige Absprachen zwischen mehreren Krankenversicherern und der SUVA geben. Im Laufe der Ermittlungen wurde die Vorabklärung auf die PonteNova erweitert.

26. Das Sekretariat führte mit verschiedenen Marktteilnehmenden Gespräche: Mit der Visana am 25. April 2006, der PonteNova am 25. April 2006, der SUVA am 2. Mai 2006, der MediData am 2. Mai 2006, der CSS Versicherung AG am 9. Mai 2006, dem BAG am 23. Juni 2006, der H-Net am 26. Juni 2006 sowie mit der PonteNova am 16. August 2006.

B ERWÄGUNGEN

B.1 Geltungsbereich

27. Das Kartellgesetz (KG) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis}). Die Versicherer, Leistungserbringer und Intermediäre (wie etwa die TrustCenter, MediData, H-Net) sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.⁸

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

28. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen (Art. 3 Abs. 1 KG). Dies ist insbesondere für Regelungen der Fall, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Bst. a) oder einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Bst. b). Nicht jede staatliche Intervention führt jedoch zu einer Ausschaltung des Wettbewerbsprinzips auf einem bestimmten Markt: Lässt der gesetzliche Rahmen und das dadurch geschützte öffentliche Interesse dafür

⁸ Vgl. RPW 2003/4, S. 847 ff.; RPW 2001/4, S. 645 ff.

Raum, so kommen die wettbewerbsrechtlichen Regeln auch hier zum Tragen.⁹

29. Der Bereich des KVG ist stark reglementiert. Zahlreiche Vorschriften des KVG können Vorbehalte für die Anwendung des KG bilden.¹⁰ Jedoch gibt es in Übereinstimmung mit dem BAG im Bereich der elektronischen Rechnungsstellung keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 und 2 KG wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.3 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

30. 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).

31. Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form der Ausübung von Marktmacht dar.¹¹ Wird nachstehend 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 kartellrechtlich relevantes Verhalten im Sinne von Art. 7 KG vorliegt.¹²

B.3.1 Marktbeherrschende Stellung

32. 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).

33. Die Beurteilung der Marktbeherrschung setzt die Bestimmung des relevanten Marktes voraus. Zur Be-

stimmung des relevanten Marktes wird geprüft, ob die angeblich benachteiligten Abnehmer des Unternehmens, dessen marktbeherrschende Stellung in Frage steht, sachlich und räumlich zumutbare Ausweichmöglichkeiten haben, ob sich also die angeblich behinderten Konkurrenten in zumutbarer Weise der Behinderung entziehen können oder nicht. Die Bestimmung des relevanten Marktes ist somit eng mit der Prüfung des Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung bzw. einer Behinderung oder Benachteiligung verknüpft.

34. MediData und PonteNova werden sich von anderen Marktteilnehmern nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können, wenn sie sich ausreichend starker aktueller oder potenzieller Konkurrenz gegenübersehen. Um dies zu prüfen, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

B.3.1.1 Relevanter Markt

B.3.1.1.a Sachlich relevanter Markt

35. Der sachliche Markt umfasst gemäss analoger Anwendung von Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden.

36. Von den rund 50 Mio. Rechnungen im ambulanten Bereich nach KVG und UVG wurden im Jahre 2005 geschätzte 11 Mio. elektronisch übermittelt. Gemäss Schätzungen von Marktteilnehmenden wird derzeit noch ein Grossteil der Rechnungen auf Papier versandt. Die nachfolgenden Zahlen in der Tabelle 1 verdeutlichen dies für die Bereiche der Spitäler, Ärzte/innen, Labor und Apotheken (ohne weitere Leistungserbringer):

Tabelle 1: Geschätzte Anzahl der ambulanten Rechnungen (KVG, UVG) im 2005 nach Bereichen

	Spitäler	Ärzte/innen	Labor	Apotheken
geschätzte Anzahl der ambulanten Rechnungen (KVG, UVG) im 2005	5 Mio.	30 Mio.	3 Mio.-6 Mio.	15 Mio.-19 Mio.
davon in elektronischer Form	15%-20%	5%-10%	10%-20%	70%-90%
davon in Papierform	80%-85%	90%-95%	80%-90%	10%-30%

Quelle: Angaben der Marktteilnehmenden

⁹ So BGE 2A.142/2003 (Cablecom/Teleclub), E. 4.1. m.w.Nw. und die REKO/WEF, in: RPW 2003/4, S.859 ff., Ziff. 4.2. Auch in der Literatur wird eine klare gesetzliche Zulassung des wettbewerbswidrigen Verhaltens verlangt, um die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes auszuschliessen; vgl. statt aller JÜRIG BORER (2005), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 2. Aufl., Zürich, Art. 3 N 3 ff.

¹⁰ Vgl. etwa RPW 2004/4, S. 1100 ff.

¹¹ Vgl. RPW 2001/2, S. 268, Rz. 79; Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Botschaft 1994), BBl 1995 I 468 ff., zit. nach dem

Sonderdruck, S. 80 f.; JÜRIG BORER (1998), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich, Art. 2 Rz. 14.

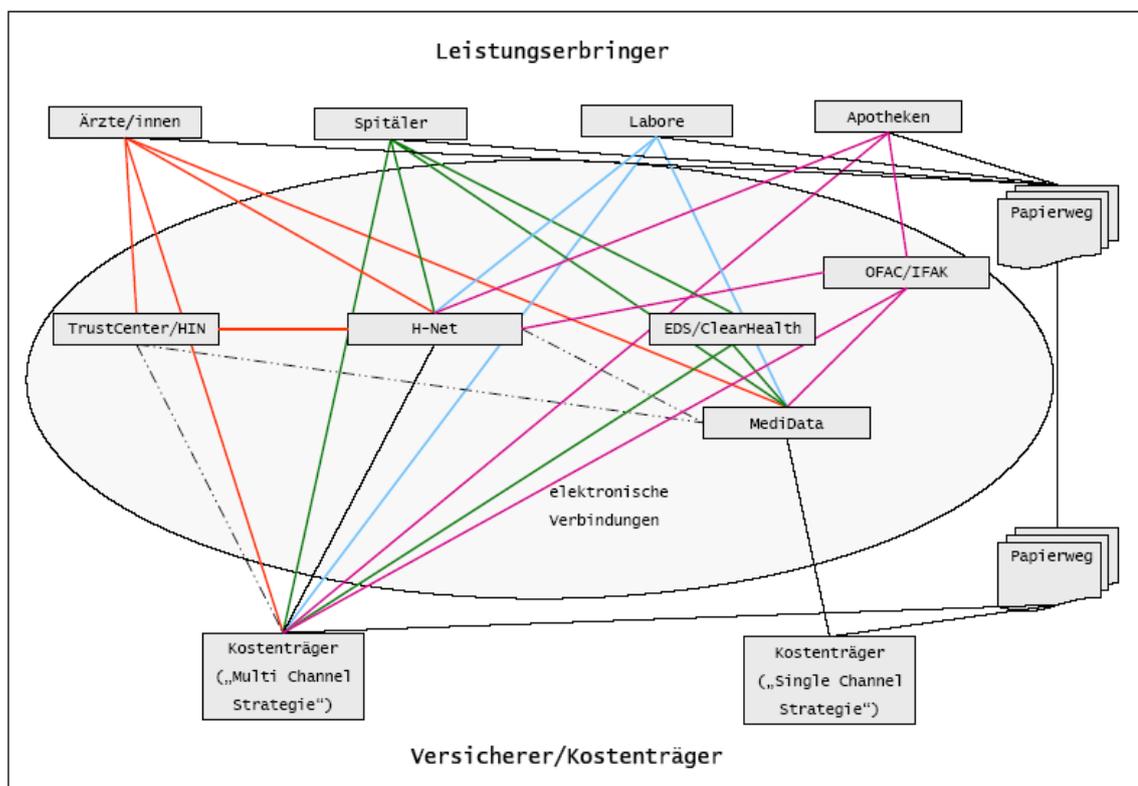
¹² Marktmächtige Unternehmen existieren sowohl auf Angebots- als auch auf Nachfrageseite. Angebots- und nachfragemächtige Unternehmen stellen dann ein wohlfahrtstheoretisches Problem dar, falls sie Wohlfahrtsverluste verursachen. Der Monopolist verlangt einen Preis, der über den Grenzkosten liegt und erzeugt eine kleinere Outputmenge, als sie unter Wettbewerbsbedingungen erzeugt würde. Analoges gilt für das Monopson, das eine ineffizient kleine Menge nachfragt und dafür einen niedrigeren Preis als unter Konkurrenzbedingungen bezahlt.

37. Zumal die elektronische Abrechnung nach TAR-MED im KVG seit 1. Januar 2006 obligatorisch ist, ist die elektronische Rechnungsstellung stark im Aufbau und Wachstum begriffen (vgl. Rz. 1). Die ursprüngliche (und derzeit noch vorherrschende) Rechnungsstellung von Leistungserbringern an Versicherer wird zunehmend durch die elektronische Rechnungsstellung ersetzt, bei welcher der Datensatz einer Rechnung eines Leistungserbringers direkt oder über Intermediäre vom IT-System des Leistungserbringers ins IT-System des Versicherers gelangt (vgl. Rz. 4 ff.). Wie oben erwähnt und in Darstellung 3 dargestellt, erfolgt der Austausch der elektronischen Rechnungsdaten zum Teil direkt zwischen Leistungserbringern und Versicherern, jedoch vorwiegend über Intermediäre.

38. Die Intermediäre unterscheiden sich zum einen in den angebotenen Dienstleistungen an die Versicherer

und Leistungserbringer (z.B. Angebot von elektronischen Tarif-Referenzdatenbanken, ePayment, Praxis-Spiegel für Ärzte/innen etc.). Zum anderen sind sie in der Regel eher auf der Seite der Leistungserbringer oder der Versicherer tätig. Einzelne Intermediäre konzentrieren sich ausschliesslich auf einen Bereich der Leistungserbringer, so namentlich bei den Apotheken. Entsprechend bestehen verschiedene Definitionen zum Begriff des Intermediärs. Nach der hier vertretenen Auffassung werden die Intermediäre unabhängig von deren geschäftlicher Ausrichtung im Wesentlichen durch die Erbringung einer Leistung charakterisiert: die Übermittlung von elektronischen Rechnungsdaten zwischen Leistungserbringern und Versicherern.

Darstellung 3: Elektronische Rechnungsstellung im Gesundheitswesen



Quelle: Angaben der Marktteilnehmenden

39. Namentlich folgende Intermediäre bieten für die elektronische Übermittlung und Verarbeitung der Rechnungsdaten ihre Leistungen an (vgl. Rz. 18):

- TrustCenter (HIN)¹³: Auf Seite der Ärzte/innen wurden elf so genannte Trust Center aufgebaut. Sie sammeln die Rechnungen der Ärzte/innen. Dies vornehmlich für die Erstellung des so genannten Praxis-Spiegels.¹⁴ Die Mehrheit der Ärzte/innen ist an eines dieser TrustCenter angeschlossen. Pro elektronische Rechenkopie verlangen die TrustCenter von den Versicherern eine Transaktionsgebühr, welche je nach vereinbartem System (Tiers garant oder Tiers

payant) unterschiedlich hoch ausfällt. Die TrustCenter richten ihre angebotenen Dienstleistungen eher auf die Ärzteschaft aus.

¹³ Ärzteneigene Extranet-Plattform Health Info Net (HIN).

¹⁴ Der persönliche Praxis-Spiegel ist ein Instrument für die standardisierte statistische Auswertung für Daten aus der Arztpraxis. Dieser erlaubt den Ärzten/innen insbesondere, sich mit dem Durchschnitt der Kollegen/innen zu vergleichen.

- MediData: MediData wurde 1994 gegründet. Ihr bzw. der Plattform MediPort sind eine Reihe von grösseren Versicherern sowie zahlreiche Leistungserbringer angeschlossen. Die MediData bzw. MediPort übermittelt namentlich elektronische Rechnungen von Leistungserbringern an die Versicherer. Bei der MediData hat nicht der Absender, sondern der Empfänger einer elektronischen Rechnung für die "elektronische Briefmarke" aufzukommen. Die MediData richtet ihr Angebot eher auf die Versicherer aus.
 - H-Net: Der seit Mitte 2003 existierenden H-Net ist eine Reihe von Spitälern und Versicherern angeschlossen. Im Gegensatz zur MediData kommen bei H-Net die Leistungserbringer für die Kosten im Zusammenhang mit der elektronischen Infrastruktur auf. Die verschiedenen Dienstleistungen der H-Net richten sich eher auf die Leistungserbringer aus.
 - EDS: ClearHealth wurde von der Firma EDS aufgebaut, welche mit Diosis eine Softwarelösung für Spitäler anbietet. Sowohl Leistungserbringer wie auch Versicherer sind an die Lösung der EDS angeschlossen. Gleich wie bei H-Net zahlen bei EDS die Leistungserbringer die Kosten im Zusammenhang mit der elektronischen Infrastruktur. Der EDS sind nur wenige Leistungserbringer angeschlossen. Ihr Angebot ist eher auf Spitäler ausgerichtet.
 - OFAC und IFAC: Der OFAC sind etwa 1'300 bzw. rund drei Viertel aller Apotheken, der IFAC rund 360 Apotheken angeschlossen.¹⁵ Ein entsprechend grosses Volumen aller Rechnungen läuft über die OFAC und IFAC, vorwiegend über andere Intermediäre, zu den Versicherern. Die OFAC und IFAC werden im Übrigen nicht von allen Marktteilnehmern als Intermediäre, sondern oftmals auch als Konzentratoren bezeichnet. Sie richten ihr Angebot vorwiegend auf die Apotheken aus.
40. Die Intermediäre unterhalten teilweise mit weiteren Intermediären Schnittstellen (vgl. Rz. 10). Dank der Zusammenarbeit zwischen Intermediären können die elektronischen Rechnungen etwa von den Leistungserbringern des einen Intermediärs zu den Versicherern des anderen Intermediärs - und umgekehrt - gelangen (sog. "Roaming"). Verschiedene Intermediäre haben Verträge über die Zusammenarbeit abgeschlossen. So etwa die EDS mit der MediData. Auch zwischen der H-Net und der MediData besteht ein teilweises, jedoch eingeschränktes Roaming (vgl. Rz. 19).
41. Die Versicherer und Leistungserbringer verfolgen hinsichtlich der Wahl von Direktverbindungen oder der Zusammenarbeit mit Intermediären unterschiedliche Strategien (vgl. Rz. 6 ff.):
- Während eine Reihe von Versicherern und Leistungserbringern elektronische Rechnungen nur von einem Intermediär bezieht (auch "Single-Channel-Strategie" genannt)¹⁶, nutzen andere Versicherer und Leistungserbringer das volle Potenzial des elektronischen Rechnungsaustausches. Letztere integrieren mehrere Intermediäre und unterhalten zudem Direktverbindungen zueinander (auch "Multi-Channel-Strategie" genannt).
 - Eine Gruppe von Versicherern bezahlt für den Empfang elektronischer Rechnungen ein Entgelt, eine andere Gruppe ist nicht bereit für deren Empfang ein Entgelt zu bezahlen. Letztere Gruppe integriert Intermediäre, von welchen sie die Rechnung gratis geliefert bekommt. Analoges gilt für die Leistungserbringer.
 - Als Alternative zu den Intermediären können die Leistungserbringer und Versicherer, wie bereits erwähnt, einen direkten Rechnungsaustausch pflegen. Für diesen direkten Rechnungsaustausch bietet sich etwa die Plattform portX¹⁷ an. Die Leistungserbringer und Versicherer zahlen entsprechende Softwarelizenzen und die Kosten für den Support der Software.
42. Die gemachten Ausführungen zeigen auch auf, dass für die elektronische Abrechnung verschiedene Geschäftsbeziehungen und entsprechend verschiedene Marktgegenseiten bestehen. In Abhängigkeit der zu beurteilenden Unternehmen und Verhaltensweisen werden in casu die folgenden Marktgegenseiten betrachtet:
- a) Im Falle der MediData: Intermediäre, Leistungserbringer.
 - b) Im Falle der PonteNova: Versicherer und Intermediäre.
43. Der Entscheid der Versicherer und Leistungserbringer, sich entweder auf einen Intermediär zu beschränken, mit mehreren Intermediären zusammenzuarbeiten oder Direktbindungen zwischen Versicherern und Leistungserbringern aufzubauen, ist ein unternehmerischer Entscheid, der insbesondere aufgrund der folgenden monetären und nicht monetären Kriterien gefällt wird: Vergleich der Preis-Leistungs-Verhältnisse von Outsourcing und der eigenen Leistungserbringung, Kommunikationsarchitektur (je mehr Schnittstellen, desto komplexer), allfällige Abhängigkeiten von Intermediären und Technologien, Sicherheit der Kanäle, Übertragungsintegrität.
44. Die elektronische Rechnungsstellung wird in den verschiedenen Bereichen des Gesundheitswesens vorgenommen (insbesondere im Spital-, Apotheken-, Labor und Ärztebereich). Die Bereiche charakterisieren sich namentlich hinsichtlich der beteiligten Akteure, des Vorherrschens des Systems des Tiers payant

¹⁵ Vgl. URL http://www.ofac.ch/all/index_S.htm [07.07.06] sowie URL <http://www.ifac.ch/> [07.07.06]. Es rechnen einzelne Gruppen oder Ketten von Apotheken ausserhalb der OFAC und IFAC ab. In der Schweiz existieren ca. 1'647 Apotheken (DOMINIQUE JORDAN und MATTHIAS ENDERLE, 2004, "Apotheken und Drogerien", in: Gerhard Kocher und Willy Oggier [Hrsg.], Gesundheitswesen Schweiz 2004/2006. Ein aktueller Überblick, 2. Aufl., Bern usw.: Hans Huber, S. 11 ff.).

¹⁶ Vgl. ROGER SCHELLENBERG, (2005), "Was darf eine elektronische Rechnung kosten?", *klinik und heim*, 5, S. 15 ff.; URL http://www.portx.ch/de/media/files/klinik_und_heim_5-05_paper-sel.pdf [10.04.06].

¹⁷ Vgl. URL <http://www.portx.ch/de.php> [03.07.06].

oder des Tiers garant sowie hinsichtlich des Ausmasses und der Dauer, mit welchem und seit welcher elektronisch abgerechnet wird. Im Apothekenbereich etwa werden seit den 90er-Jahren Rechnungen elektronisch abgewickelt, im Ärztebereich hingegen gelangten im Jahre 2005 zwischen 90%-95% der Rechnungen in Papierform an die Kostenträger (vgl. Tabelle 1).

45. Ob die Rechnungen nach KVG oder UVG verrechnet werden, spielt insofern eine Rolle, als im Bereich des UVG nach Tiers payant und im Bereich des KVG nach Tiers payant und Tiers garant abgerechnet wird. Im Bereich des UVG besteht im Gegensatz zum Bereich des KVG kein Obligatorium, sondern eine Empfehlung zur elektronischen Rechnungsstellung.

46. Zusammenfassend wird der sachlich relevante Markt vorliegend durch den Markt für die Übermittlung von elektronischen (gemäss TARMED abgerechneten), ambulanten Rechnungsdaten für medizinische Gesundheitsdienstleistungen definiert, wobei er in die Bereiche Spital, Labor, Apotheken und Ärzte/innen unterteilt werden kann.

B.3.1.1.b Räumlich relevanter Markt

47. Der räumliche Markt umfasst gemäss analoger Anwendung von Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet.

48. Die elektronische Rechnungsstellung erfolgt grundsätzlich zwischen allen Leistungserbringern und Versicherern der Schweiz bzw. zwischen Leistungserbringern, Intermediären und Versicherern der Schweiz und ist nicht an bestimmte Regionen gebunden. Eine Ausnahme bilden die ärztlichen Abrechnungen. Dazu die nachfolgenden Erklärungen:

49. In Zusammenarbeit mit den Kantonalen Ärztegesellschaften wurden von NewIndex elf TrustCenter aufgebaut. Der Anstoss zum Aufbau der TrustCenter kam von der Firma NewIndex, die im Auftrag aller kantonalen Ärztegesellschaften die Einführung des TARMED unterstützt. Die Trägerschaft der NewIndex konstituiert sich denn auch aus den Kantonalen Ärztegesellschaften (KÄG), welche eine Mehrheitsbeteiligung von 85% besitzen.¹⁸

50. Mit diesem Projekt "TrustCenter" sollten bessere Datengrundlagen und sinnvollere Kriterien zur Messung der in den Praxen erbrachten Leistungen erarbeitet werden. Entsprechend bilden die elf TrustCenter das Rückgrat des Datenpools der Schweizerischen Ärzteschaft. Das Kernprodukt der TrustCenter, die von der Ärztekasse als die eigentliche Innovationsleistung der TrustCenter bezeichnet wird, ist der bereits erwähnte Praxisspiegel.¹⁹

51. Die kantonalen Ärztegesellschaften schliessen mit den TrustCentern Kooperationsverträge ab. Aus kantonalen und regionaler Sicht ergeben sich daraus die folgenden kantonalen und regionalen Aufteilungen für die TrustCenter:²⁰ Ctésias für die Kantone FR, GE, JU, NE, VS; GallOnet für die Kantone AI, AR, GL, GR, SG, TG; hawatrust für den Kanton ZH; medkey für die Kantone LU, NW, OW, SZ, UR, ZG; PonteNova für die

Kantone BE, SO; syndata für die Kantone BL, BS, SO; TC Aargau für die Kantone AG, SO; TC thurcare für die Kantone AI, AR, GL, SG, SH, TG; Tcti für den Kanton TI; trustmed, ZüriDoc und hawatrust für den Kanton ZH.

52. Diese TrustCenter sind damit mehrheitlich für eine bestimmte Region vorgesehen. Teilweise überschneiden sich die Regionen bzw. Tätigkeitsgebiete der TrustCenter. Bspw. ist die in casu betrachtete, ebenfalls ärzteigene PonteNova vorwiegend im Raum des Kantons Bern und zusammen mit zwei anderen TrustCentern auch im Kanton Solothurn tätig. Die Mandatierung von drei TrustCentern durch die zuständige kantonale Ärztegesellschaft GAeSO hat folgenden Hintergrund:²¹ Der Kanton SO kann aus geografischer Sicht in drei Teile getrennt werden, da die Jurakette die Bezirke Thierstein und Dorneck (Schwarzbubenland) vom oberen und unteren Kantonsteil trennt. Daraus ergibt sich eine ausserkantonale Ausrichtung, die sich insbesondere bei den ärztlichen Notfalldienstgruppen in den Grenzregionen oder bei den kantonsübergreifenden Hausarztmodellen zeigt. Die Bezirke Thierstein und Dorneck sind damit eher zum Kanton Basel, der obere Kantonsteil zum Kanton Bern und der untere Kantonsteil zum Kanton Aarau orientiert. Entsprechend schlossen die GAeSO mit drei TrustCentern Verträge und die Mitglieder der GAeSO mit dem von ihnen gewählten TrustCenter ab.

53. Somit drängt sich für den elektronischen Rechnungsaustausch von ärztlichen, elektronischen Rechnungsdaten eine regionale Aufteilung des räumlichen relevanten Marktes auf, die sich eng an die jeweiligen Tätigkeitsregionen der TrustCenter hält. Im Falle der PonteNova ist dies das Gebiet des Kantons BE, sowie des oberen Kantonsteils des Kantons SO, der aus "ärztlich medizinischer" Sicht in Richtung des Kantons BE ausgerichtet ist.

54. Aus diesen Gründen wird der räumlich relevante Markt

a) von elektronischen Rechnungsdaten der Leistungserbringer (mit Ausnahme der Ärzteschaft) an die Versicherer (direkt oder über Intermediäre) durch das Gebiet der Schweiz gebildet;

b) von elektronischen Rechnungsdaten der Ärzten/innen an die Versicherer durch die jeweiligen Tätigkeitsgebiete der TrustCenter bzw. in casu durch das Tätigkeitsgebiet der PonteNova gebildet; Letzteres entspricht dem Gebiet des Kantons Bern und dem oberen Kantonsteil des Kantons Solothurn.

¹⁸ Zu den weiteren Trägern gehören die FMH und der Management Partner Ärztekasse.

¹⁹ Vgl. URL <http://www.aerztekasse.ch/de/p12000807.html> [07.07.06].

²⁰ Vgl. z.B. auf der Website der Ärztekasse, URL <http://www.aerztekasse.ch/de/p12000322.html> [07.07.06], und jener der NewIndex, URL http://www.newindex.ch/d/partner_kooperation.asp [07.07.06].

²¹ Vgl. URL http://www.pontenova.ch/pontenova/pdf/punktuell02_03.pdf [07.07.06].

B.3.1.2 Marktstellung der MediData und der PonteNova

55. Für die Beurteilung, ob ein Unternehmen nach Art. 4 Abs. 2 KG marktbeherrschend ist, sind der aktuelle Wettbewerb sowie der potenzielle Wettbewerb zu analysieren. Für die Beurteilung der Marktstellung von Intermediären, wie auch der MediData und der PonteNova, ist namentlich deren Verankerung auf Seiten der Versicherer und Leistungserbringer zu analysieren. Je mehr Versicherer und Leistungserbringer einen Intermediär wählen, desto stärker dessen Marktstellung. Dabei reicht eine isolierte Betrachtung, etwa nur der Leistungserbringerseite, nicht aus, sondern die Leistungserbringer- und Versichererseite sind gleichzeitig zu beurteilen.

B.3.1.2.a Marktstellung der MediData

56. Auf Seiten der Versicherer sind der MediData bzw. MediPort namentlich mit der Helsana Versicherungen AG, CSS Versicherung AG, Concordia und SUVA einige grosse Versicherer angeschlossen, welche die elektronischen Rechnungsdaten nur über MediData beziehen und die MediData mit entsprechenden Beiträgen entgelten (vgl. Rz. 18.a). Diese Versicherer vereinigen im Bereich des KVG und UVG zwischen 45%-55% Marktanteil. Sie rechnen nur über die MediPort ab. Weitere Versicherer haben mit der MediData Verträge abgeschlossen, so dass diese von Leistungserbringern elektronische Rechnungsdaten erhalten können, die durch die MediPort übermittelt werden.²²

57. Auf Seiten der Leistungserbringer gestaltet sich die Situation für die MediData wie folgt:²³ Der MediData bzw. MediPort sind rund 150 Spitäler (von rund 366 Spitalern in der Schweiz), über 95% der Apotheken (OFAC und IFAK) und mehr als 1'811 Arztpraxen (von rund 10'600 Schweizer Arztpraxen, wovon 2'000 Spitalpraxen sind) angeschlossen bzw. rechnen über die Plattform von der MediData bzw. der MediPort ab.

58. Das Rechnungsvolumen der MediData gestaltet sich analog zur Verankerung auf Seiten der Leistungserbringer und Versicherer. Im Bereich UVG und KVG gingen im Jahre 2005 rund zehn Mio. Rechnungen über die MediPort. Die Tendenz ist steigend. So wickelte die MediPort im Januar/Februar 2006 bereits zwei Mio. Rechnungen ab.²⁴ Die Mehrheit dieser elektronischen Rechnungen ist auf die Apotheken zurückzuführen (nahezu 55%-65%), da die OFAC und IFAK über MediPort elektronische Rechnungsdaten liefern.

59. Im *Spitalbereich* gestaltet sich die Situation wie folgt (die nachfolgenden Zahlen gelten für das Jahr 2005):

- Der H-Net sind rund 130 Spitäler und der EDS rund einige wenige Spitäler angeschlossen. Auch in diesem Bereich steigt der Anteil der elektronisch versandten Rechnungen kontinuierlich an.
- Die MediData und H-Net vereinigen damit etwa gleich viele Spitäler auf sich. Die Rechnungsvolumina der H-Net (500'000-580'000 elektronische Rechnungen) und der MediData mit der Plattform Medi-

Port (500'000-580'000 elektronische Rechnungen) im Spitalbereich sind so etwa gleich gross. Dabei ist zu berücksichtigen, dass ein Teil des Rechnungsvolumens der MediData von H-Net stammt (150'000-200'000 elektronische Rechnungen gehen von H-Net an die der MediPort angeschlossene Versicherer).

- Die H-Net kann im Spitalbereich die meisten Versicherer mit den elektronischen Rechnungsdaten von den Leistungserbringern bedienen. Zum einen weisen die meisten Versicherer einen Anschluss bei der H-Net auf. Zum anderen vereinbarten MediData und H-Net ein Roaming für die elektronischen Rechnungen der Spitäler, die H-Net angeschlossen sind, so dass auch jene Versicherer, die nur über die MediData bzw. MediPort elektronische Rechnungen beziehen, diese Rechnungen erhalten. Die MediData kann im Gegenzug über MediPort keine elektronischen Rechnungen von Spitalern, die ihr angeschlossen sind, via H-Net an andere Versicherer senden.
- Damit erreicht die MediData im Spitalbereich weitgehend nur die Versicherer, die elektronische Rechnungen ausschliesslich über die MediData bzw. MediPort beziehen (rund 45%-55% aller Versicherer). Die MediData konnte ihren Erreichungsgrad von Versicherern dank einem Roaming mit der EDS leicht erhöhen (die EDS und die MediData gewähren einander die Übermittlung von elektronischen Rechnungsdaten der ihnen angeschlossenen Leistungserbringer und Versicherer gegenseitig).

60. Der MediPort sind zwar über 1'800 Arztpraxen angeschlossen, jedoch überwiegen im *Bereich der Ärzte/innen* die TrustCenter mit über 7'900 angeschlossenen Arztpraxen (vgl. Rz. 69.c).²⁵ Im Falle des genauer betrachteten TrustCenters PonteNova bestehen denn auch Indizien dafür, dass diese marktbeherrschend ist (vgl. Rz. 67 ff.).

61. Im *Bereich der Apotheken* verfügen die OFAC und IFAK über die deutliche Mehrheit der angeschlossenen Apotheken (vgl. Rz. 39). Der OFAC sind etwa 1'300 bzw. rund drei Viertel aller Apotheken und der IFAK rund 360 Apotheken angeschlossen. Ein entsprechendes Volumen aller Rechnungen geht über die OFAC und IFAK, teilweise via andere Intermediäre, zu den Versicherern. Die MediPort leitet zwar die elektronischen Rechnungen von OFAC und IFAK weiter

²² Vgl. URL http://www.medidata.ch/md/cms/medidata/News_Medien/Medienmitteilungen/details.html?news_id=68 [30.06.06].

²³ Vgl. URL http://www.medidata.ch/md/cms/medidata/news_detail.html?news_id=67 [30.06.06], Newsletter der MediData vom 7. März 2006.

²⁴ Vgl. URL http://www.medidata.ch/md/cms/medidata/news_detail.html?news_id=67 [30.06.06], Newsletter der MediData vom 7. März 2006.

²⁵ Zum Vergleich: Gemäss Ärztestatistik der FMH aus dem Jahre 2002 weist die Schweiz 14'408 Ärzte/innen mit Praxistätigkeit aus. Davon sind ca. 3'800 in Gruppenpraxen tätig (Tendenz steigend), 2'000 in Spitalpraxen und 8'700 in Privat- bzw. Einzelpraxen (CHRISTOPH HÄNGGELI et al., 2004, "Freipraktizierende Ärztinnen und Ärzte", in: Gerhard Kocher und Willy Oggier [Hrsg.], Gesundheitswesen Schweiz 2004/2006. Ein aktueller Überblick, 2. Aufl., Bern usw.: Hans Huber, S. 43 ff.).

und hat die der MediPort angeschlossenen Versicherer im Rücken (rund 45%-55% aller Versicherer), daraus aber erwächst ihr bei den Apotheken noch keine marktbeherrschende Stellung.

62. Im *Bereich der Labors* sind der MediPort 17 von rund 64 Labors angeschlossenen (zum Vergleich H-Net: sechs Labors). Auch hier hat die MediData grundsätzlich jene Versicherer im Rücken, die elektronische Rechnungen ausschliesslich über die MediPort beziehen (rund 45%-55% aller Versicherer). Das Rechnungsvolumen der MediData beläuft sich aber lediglich auf 5%-15% des Gesamtvolumens an elektronisch versandten Rechnungen. Damit nimmt die MediData im Laborbereich ebenfalls keine marktbeherrschende Stellung ein.

63. Die Anzahl der an die MediPort angeschlossenen Versicherer und Leistungserbringer ist dahingehend zu relativieren, dass einzelne Versicherer und Leistungserbringer mit mehreren Intermediären zusammenarbeiten. Auch nicht zu vergessen sind die Direktverbindungen von Leistungserbringern und Versicherern und die unterschiedlichen Strategien der Versicherer, die zumindest bei grösseren Versicherern und Leistungserbringern einen Einfluss auf die Marktstellung der MediData haben. Ferner beziehen einige Versicherer elektronische Rechnungsdaten nur von jenen Intermediären und Leistungserbringern, von welchen sie die Rechnungen gratis erhalten, bei MediData bzw. MediPort bezahlen aber die Versicherer die "elektronische Briefmarke" (vgl. Rz. 40).

64. Zudem ist zu beachten, dass die Zuwachsraten beim elektronischen Rechnungsverkehr aufgrund des oben erwähnten Obligatoriums auf 1. Januar 2006 hoch sind (vgl. Rz. 1, 36 ff.). Weiter sind Produktentwicklungen im Gange (z.B. trat die oben erwähnte portX unlängst in den Markt ein). Aufgrund dieser Marktdynamik sind die genannten Marktanteile und Grössenverhältnisse in den verschiedenen Bereichen zu relativieren.

65. Damit ist festzustellen, dass die MediData durchaus eine gewisse Marktmacht besitzt, jedoch derzeit ausreichend aktueller und potenzieller Wettbewerb besteht, so dass die MediData derzeit nicht als marktbeherrschend im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG bezeichnet werden kann. Somit sind die beanstandeten Verhaltensweisen gegenüber anderen Unternehmen und deren Marktgegenseite im Folgenden nicht zu überprüfen (vgl. Rz. 23).

66. Im Zusammenhang mit dem verschiedentlich erwähnten Zahlungsmodell der MediData hinsichtlich der "elektronischen Briefmarke" ist trotzdem Folgendes festzuhalten: Die MediData weist derzeit einen Marktvorteil i.S. Kostentragung der "elektronischen Briefmarke" gegenüber anderen Intermediären, namentlich der H-Net, auf:

a) Während etwa die H-Net den Leistungserbringern die Datenübermittlung an Versicherer in Rechnung stellt, leitet die MediData über MediPort elektronische Rechnungen gratis von Leistungserbringern an Versicherer weiter und zahlt den Softwarehäusern der Leistungserbringer teilweise zusätzlich einen Rappen-

betrag pro Rechnung für den schnittstellenspezifischen Support (CHF -.05 - CHF -.10). Soweit also die Leistungserbringer ihre Rechnungen über die Plattform MediPort der MediData an die Versicherer liefern, zahlen sie damit die "elektronische Briefmarke" nicht (sondern die Versicherer).

b) Die MediData kann den Leistungserbringern somit die Rechnungsübermittlung gratis anbieten, da die der MediPort angeschlossenen Versicherer entsprechende Gelder an die MediData überweisen. Daraus erwächst ihr ein Marktvorteil gegenüber anderen Intermediären.

c) Aufgrund der unterschiedlichen Varianten bezüglich der Zahlung der "elektronischen Briefmarke" sind denn auch die Verhandlungen für ein Roaming zwischen H-Net und MediData teilweise gescheitert (vgl. Rz. 19.b). Damit bleibt es zum einen der H-Net verwehrt, elektronische Rechnungsdaten von Apothekern/innen und Ärzten/innen über die MediPort an Versicherer, die elektronische Rechnungen nur über MediPort beziehen, zu übermitteln. Zum anderen konnte die elektronische Rechnungszustellung von Spitälern, Apothekern/innen, Ärzten/innen und Laboren, die der MediPort angeschlossenen sind, an Versicherer, die der H-Net angeschlossenen sind, nicht vereinbart werden. Letzteres ist verständlich: Würde nämlich die H-Net dieses Roaming gratis zulassen, besteht die Gefahr, dass jene Spitäler, die der H-Net angeschlossenen sind und bei der H-Net die "elektronische Briefmarke" bezahlen, anstelle der Übermittlungsdienste der H-Net jene von der MediPort wählen würden. Denn die Spitäler, welche über MediPort elektronische Rechnungsdaten übermitteln, zahlen die "elektronische Briefmarke" nicht. Würde also die H-Net ein solches kostenloses Roaming zulassen, wie es die MediData anbot, droht sie sich selber aus dem Markt zu drängen. Dabei scheint es, dass die MediData der H-Net in der Folge verwehrt, elektronische Rechnungsdaten von Apothekern/innen und Ärzten/innen über die MediPort an Versicherer, die elektronische Rechnungen nur über MediPort beziehen, zu übermitteln.

d) Zumindest im System des Tiers payant verstösst das Zahlungsmodell (die Kostenverteilung) der MediData gegen Art. 42 Abs.3 KVG und TARMED und steht im Widerspruch zur Auslegung des BAG (vgl. Rz. 20 f.).

e) Dieser Verstoß könnte der MediData in dynamischer Hinsicht zu einem Ausbau der Marktanteile, gar zu einer marktbeherrschenden Marktstellung reichen, mittels welcher sie ihre Konkurrenten vom Markt verdrängen könnte, was kartellrechtlich problematisch wäre. Derzeit scheint die MediData noch nicht über eine marktbeherrschende Stellung zu verfügen. Jedoch ist die Marktentwicklung durch die Wettbewerbsbehörden aufmerksam zu beobachten. Falls der MediData aus dem Verstoß gegen Art.42 Abs. 3 KVG, TARMED und der entsprechenden Auslegung des BAG eine marktbeherrschende Position erwachsen würde, könnte die Wettbewerbsbehörde eine Marktverdrängung von anderen Intermediären durch die MediData sowie deren Verhaltensweisen [vgl. Rz. 19.b) und 66.c)] prüfen und - soweit die Ver-

drängung oder Verhaltensweisen nicht gerechtfertigt wären - sanktionieren.

B.3.1.2.b Marktstellung der PonteNova

67. Vorliegend wurde der Kanton Bern genauer betrachtet, in welchem das TrustCenter PonteNova tätig ist:

a) Im Kanton Bern sind ca. 2'000 Ärzte/innen tätig, davon etwa 1'800 in Praxen und ca. 200 als leitende Ärzte/innen. Über 65% dieser Ärzte/innen sind der PonteNova angeschlossen, vor allem für die Erstellung eines Praxisspiegels (per 31.5.2006 1'362 Arztpraxen²⁶).

b) Es ist anzunehmen, dass die restlichen 35% der Ärzte/innen (Spitalärzte/innen wie Chirurgen/innen und Orthopäden/innen, Spezialisten/innen etwa für Augen, Nasen, Ohren) meist via Spital abrechnen bzw. das Spital für diese Ärzte/innen abrechnet. Diese Ärzte/innen haben kein Interesse an der Datensammlung und einem Praxisspiegel.

c) Geschätzte 100 Ärzte/innen von ca. 2'000 Ärzten/innen sind nicht der PonteNova angeschlossen und rechnen nicht via Spital ab, sondern über andere Intermediäre oder direkt mit den Versicherern.

d) Damit vereinigt die PonteNova als TrustCenter von jenen 1'200 Ärzten/innen, die nicht über ein Spital abrechnen, rund 1'100 Ärzte/innen und damit einen relativen Marktanteil von über 90%. Von den der PonteNova angeschlossenen Ärzten/innen verfügt sie über elektronische Rechnungskopien (soweit die Ärzte/innen einen Praxisspiegel von der PonteNova beziehen).

e) Die PonteNova empfing im 2005 rund 1,9 bis 2,1 Mio. elektronische Rechnungskopien, wovon die Versicherer zwischen 200'000-230'000 abriefen.

68. Es ist davon auszugehen, dass sich die Situation im oberen Kantonsteil des Kantons Solothurn ähnlich verhält. Selbst wenn im Kanton Solothurn zwischen den drei mandatierten TrustCentern Konkurrenz um die solothurnische Ärzteschaft bestehen würde, würde dies die Marktstellung der PonteNova im räumlich relevanten Markt insgesamt wenig schwächen.

69. Im Allgemeinen ist jedoch davon auszugehen, dass zwischen den TrustCentern wenig aktuelle und potenzielle Konkurrenz besteht. Dies aus folgenden Gründen:

a) Die Beteiligungsverhältnisse im Bereich der TrustCenter lassen eher auf wenig Wettbewerb schliessen: So wurden die TrustCenter - wie in Rz. 49 ff. ausgeführt - in Zusammenarbeit mit den Kantonalen Ärztegesellschaften von der NewIndex geschaffen (die Trägerschaft der NewIndex konstituiert sich aus den Kantonalen Ärztegesellschaften), die TrustCenter wiederum sind Eigentümer der Ärzteschaft und die kantonalen Ärztegesellschaften schliessen Kooperationsverträge mit den TrustCentern ab.

b) Die TrustCenter sind mehrheitlich für eine bestimmte Region zuständig und sind überwiegend in einer bestimmten Region tätig (vgl. Rz. 51 ff.).

c) Die verschiedenen Intermediäre konnten insgesamt wenig Ärzte/innen als Kunden/innen gewinnen. Hinzu kommt, dass die TrustCenter und Ärzteverbände sich stark um ihre Mitglieder bzw. Ärzte/innen in ihrem Tätigkeitsgebiet bemühen, so dass die Ärzte/innen keine anderen Intermediäre wählen. Dies wird gelegentlich als Druckausübung der Ärzteverbände bezeichnet. Schweizweit gesehen waren den TrustCentern per 31. Mai 2006 7'916 Arztpraxen angeschlossen.²⁷ Die Zuwachsrate betrug dabei für die letzten zwölf Monate 18%.²⁸ Der MediPort sind im Vergleich dazu etwas über 1'800 Arztpraxen angeschlossen.

d) Selbst wenn ein neues TrustCenter eröffnet werden sollte, ist aufgrund der engen Verbundenheit zwischen den Ärzten/innen, Ärztekassen und TrustCentern anzunehmen, dass es aus den eigenen Reihen heraus entstehen würde. Ein nicht von der Ärzteschaft getragenes TrustCenter würde kaum auf grosse Akzeptanz stossen.

70. Wenn die Versicherer folglich im räumlich relevanten Markt (Gebiet des Kantons Bern und dem oberen Kantonsteil des Kantons Solothurn) elektronische Rechnungsdaten von Ärzten/innen beziehen wollen, müssen sie sich faktisch an die PonteNova wenden. Andernfalls sind sie praktisch gezwungen, mit Rechnungen in Papierform zu arbeiten und damit die höheren Kosten für die Datenerfassung zu tragen (vgl. Rz. 4 ff.).

71. Die Marktposition der TrustCenter (wie auch anderer Intermediäre) könnte durch die Kostentransportpflicht relativiert werden (Pflicht zur Zahlung der "elektronischen Briefmarke"; vgl. Rz. 17 ff.). Soweit nämlich zwischen den Ärzten/innen und Versicherern das System des Tiers payant vereinbart wird, dürfen die TrustCenter gemäss den Ausführungen in Rz. 21 keine Übermittlungsgebühren verlangen. In diesem Fall erwächst den TrustCentern Konkurrenz durch andere Intermediäre, soweit sich Preisunterschiede für die elektronische Briefmarke einstellen sollten. Soweit es sich hinsichtlich der Kostenfrage im System des Tiers garant gleich wie im System des Tiers payant verhält, könnte auch in diesem System die Konkurrenz zwischen den TrustCentern zu den anderen Intermediären belebt werden. De facto wird aber im relevanten Markt nach dem Prinzip des Tiers garant abgerechnet (vgl. Rz. 75 und Fn. 31) und die PonteNova verlangt von den Versicherern die Zahlung der "elektronischen Briefmarke".

72. Damit ist festzustellen, dass vorliegend wenig aktuelle und potenzielle Konkurrenz besteht. Es existieren damit Indizien dafür, dass das TrustCenter PonteNova auf dem relevanten Markt eine marktbeherrschende Position im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG hat.

²⁶ Vgl. URL http://www.newindex.ch/d/aktuelles_kundenstand.asp [07.07.06].

²⁷ Vgl. Fn. 25.

²⁸ Vgl. URL http://www.newindex.ch/d/aktuelles_kundenstand.asp [07.07.06].

B.3.2 Unzulässige Verhaltensweise der PonteNova

B.3.2.1 Vorbemerkung

73. Massgebend für die Beurteilung des Verhaltens der PonteNova ist die Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG in Verbindung mit dem Beispielkatalog in Art. 7 Abs. 2 Bst. a-f KG. Gemäss der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Was im konkreten Fall als Missbrauch gelten soll, kann dieser Formulierung nicht entnommen werden. Hingegen macht sie klar, dass die Generalklausel ganz allgemein gegen alle Formen von Behinderungs- und Ausbeutungspraktiken gerichtet ist. Erfasst sind einerseits Verhaltensweisen, die auf die Errichtung von Markteintritts-, Marktaustritts- oder Mobilitätsbarrieren zielen, und andererseits Praktiken, welche die gezielte oder missbräuchliche Verdrängung von Konkurrenten oder die Erhöhung der Kosten der Marktrivalen bezwecken.²⁹ In Art. 7 Abs. 2 KG werden solche Verhaltensweisen exemplarisch aufgezählt.

74. Das Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens ist grundsätzlich dann unzulässig, wenn es ohne sachlich gerechtfertigten Grund andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt.³⁰ Im vorliegenden Fall ist zu prüfen, ob es Anhaltspunkte dafür gibt, dass die PonteNova auf dem relevanten Markt von ihrer Marktgegenseite unangemessene Preise im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG missbräuchlich, d.h. ohne Rechtfertigung durch sachliche Gründe, erzwingt.

B.3.2.2 Beurteilung des Verhaltens der PonteNova

75. Im System des Tiers garant, das für den Kanton Bern und Solothurn im Ärztebereich im Vordergrund steht,³¹ existieren zum einen die oben erwähnten unterschiedlichen Auffassungen über die Zahlungspflicht der "elektronischen Briefmarke" zwischen den Intermediären, Leistungserbringern und Versicherern, zum anderen verschiedene Preisvorstellungen über die Höhe der "elektronischen Briefmarke" für die elektronischen Rechnungsdaten.

76. Die PonteNova verlangt seit 1. Juli 2006 um die CHF -.92 - CHF 1.- pro elektronisch übermittelte Rechnungskopie im System des Tiers garant. Den Preis, den die PonteNova verlangt, ist von der Anzahl Versicherer abhängig, welche elektronische Rechnungen von der PonteNova beziehen (derzeit haben zwei Versicherer einen Kooperationsvertrag mit der PonteNova).³² Je mehr Versicherer elektronische Rechnungsdaten von der PonteNova beziehen, desto tiefer wird der Preis (so lagen die CHF -.92 - CHF 1.- in den Jahren 2004 und 2005 bei CHF 1.30 - CHF 1.70).

77. Als Anhaltspunkt für die Beurteilung der Angemessenheit der genannten Preise für die elektronische

Briefmarke können die ungefähren Kosten gemäss dem System des Tiers payant dienen. Dies aus nachfolgenden Gründen: Im System des Tiers garant müssen die elektronischen Versionen der Rechnungen für einen bestimmten Zeitraum aufbewahrt bzw. gespeichert bleiben, entweder bei den Leistungserbringern oder bei den Intermediären, so dass die Versicherer direkt oder via Intermediär die elektronische Version einer Rechnung beim Leistungserbringer abrufen können. Damit fallen Kosten für die Aufbewahrung der Rechnungsdaten (Speicherplatz, geeignetes Ablagesystem) an, soweit der Intermediär die elektronischen Rechnungen selber aufbewahrt (und nicht die Leistungserbringer). Die Grösse einer Rechnungsdatei ist aber in der Regel klein (wenige Kilobyte). Entsprechend wird selbst für eine grössere Datenmenge wenig Speicherplatz benötigt.³³ Auch die Kosten für ein geeignetes Ablagesystem der elektronischen Rechnungsdaten dürften relativ gering sein. Investitionen im System des Tiers garant, welche eine grosse Abweichung von den Kosten im System des Tiers payant rechtfertigen würden, bestehen damit nicht. Folglich werden die langfristigen Kosten pro Rechnungsdatei im System des Tiers garant kaum viel höher als jene im System des Tiers payant ausfallen.

78. Im Tiers payant verlangen verschiedene Intermediäre einen Preis von CHF -.50 pro Rechnung, welcher - wie eben ausgeführt - als Vergleichsgrösse dienen kann. Die von der PonteNova verlangten CHF 1.30 - CHF 1.70 bzw. seit 1. Juli 2006 CHF 0.92 - CHF 1.- liegen deutlich über den CHF -.50 und damit den durchschnittlichen Kosten, die den Intermediären - zumindest im System des Tiers payant - pro elektronische Rechnungskopie erwachsen.

²⁹ Botschaft 1994 (zit. in Fn. 11), S. 51 f.

³⁰ Botschaft 1994 (zit. in Fn. 11), S. 102; vgl. dazu und zum Folgenden REKO/WEF, in: RPW 2004/3, 883 ff., Ziff. 4.5.

³¹ Gemäss den ursprünglichen Anschlussverträgen zum Rahmenvertrag TARMED wurde für die Kantone Bern und Solothurn als Abrechnungsmodus das System des Tiers garant vereinbart. Allerdings kündigte santésuisse diese Verträge per 31. Dezember 2005. URL: <http://www.berner-aerzte.ch/cms/docs/1954.pdf> und http://www.santesuisse.ch/de/index.html?SID=ec11ff4b3b57beaf0ce2a3c38c11823b&contentUrl=dyn_output.html%3Fcontent.vname%3Dporta [07.07.06]. Derzeitig besteht für die Kantone Bern (gemäss Vertragsverlängerung bis 30.6.2006) und Solothurn (gemäss Vertragsverlängerung bis 31.12.2006) weiterhin der Abrechnungsmodus des Tiers garant: URL <http://www.santesuisse.ch/datasheets/files/200607060827510.xls> [07.07.06].

³² Vgl. URL <http://www.pontenova.ch/pontenova/d/versicherungen.asp> [10.07.06].

³³ Dazu folgendes Beispiel: 2 Mio. Rechnungen à 2 KB benötigen Speicherkapazität von 4'000'000 KB, was 3906.25 MB (= 3.814 GB) entspricht (1 Byte sind 8 bit). Dazu die folgenden Vergleiche: a) Eine Standard CD-Rom hat etwa 700 MB, folglich würden rund 5.5 CD-Roms für die Speicherung der 2 Mio. Rechnungen à 2 KB benötigt. b) Ein Standardrechner hat heute 80-300 GB Festplatten. c) Es gibt heute bereits Memory-Sticks, die bis 8 GB Daten speichern können. d) Eine Harddisk mit 300 GB (portabel, an den PC anschliessbar) kostet etwa CHF 350.-.

79. Die Annahme, dass die effektiven Kosten der PonteNova nicht bei CHF 1.30 - CHF 1.70 bzw. CHF 0.92 - CHF 1.- liegen, wird durch das Folgende bekräftigt: Soweit die Ärzte/innen von der PonteNova einen Praxisspiegel beziehen, zahlen sie einen jährlichen Beitrag von CHF 600.-.³⁴ Von den CHF 1.30 - CHF 1.70 bzw. CHF 0.92 - CHF 1.-, welche die PonteNova von den Versicherern pro elektronische übermittelte Rechnungsdatei (im System des Tiers garant) verlangt, gelangt ein Grossteil an die Ärzte/innen zurück (gemäss PonteNova als Infrastrukturentscheidung), soweit die Versicherer bei der PonteNova elektronische Rechenkopien der betroffenen Ärzte/innen abgerufen haben. Im Jahre 2005 waren es von CHF 1.30 rund 60% (in Abhängigkeit der gelieferten Datenqualität der ärztlichen Rechnungen). Die PonteNova betont denn auch, dass sie sich nicht aus dem elektronischen Datenaustausch finanziere, sondern aus den Beiträgen der Ärzteschaft für die Erstellung des Praxisspiegels. Folglich verlangt sie von den Versicherern Gebühren für die Übermittlung der elektronischen Rechnungsdaten, die sie aber mehrheitlich nicht für die Finanzierung dieser Übermittlung und Bewirtschaftung benötigt. Dies lässt darauf schliessen, dass die effektiven, langfristigen Kosten pro Rechnung auch im System des Tiers garant - selbst bei Anrechnung eines angemessenen Gewinnes - weit unter den verlangten CHF 1.30 - CHF 1.70 bzw. CHF 0.92 - CHF 1.- zu liegen kommen.

80. In diesem Sinne sagen auch die Versicherer an, dass die TrustCenter (so auch die PonteNova) im System des Tiers garant überhöhte Preise für die elektronischen Rechnungen verlangen. Für die Versicherer besteht der Anreiz, dennoch einen Kooperationsvertrag mit der PonteNova abzuschliessen darin, dass die elektronische Erfassung einer Papierrechnung mehr kostet als CHF 1.30 - CHF 1.70 bzw. CHF 0.92 - CHF 1.- (vgl. Rz. 5). Dennoch wollen die meisten Versicherer keinen Vertrag zu solchen Konditionen abschliessen.

81. Ob die TrustCenter im Tiers garant überhaupt die Zahlung einer "elektronischen Briefmarke" von den Versicherern verlangen dürfen, liegt derzeit nicht abschliessend fest (vgl. Rz. 21.c). Selbst wenn es erlaubt wäre, ist davon auszugehen, dass die CHF 1.30 - CHF 1.70 bzw. CHF 0.92 - CHF 1.- deutlich über den effektiven langfristigen Kosten pro Rechnung - auch bei Anrechnung eines angemessenen Gewinnes - liegen.

82. Damit ist festzustellen, dass die von der PonteNova verlangten Preise in der Höhe von CHF 1.30 - CHF 1.70 bzw. CHF 0.92 - CHF 1.- für die "elektronischen Briefmarken" pro elektronische Rechnungsdatei weit über den effektiven Kosten liegen. Unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinnes und finanzieller Investitionen bestehen im relevanten Markt Indizien für die Erzwingung unangemessener Preise im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG, die nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt werden können.

83. Bezüglich des weiteren Vorgehens ist Folgendes festzuhalten: Vorliegend wird im jetzigen Zeitpunkt auf die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG verzichtet und die Vorabklärung eingestellt. Dies

insbesondere aus den folgenden Gründen: Die Prioritätensetzung des Sekretariates erlaubt es im Moment nicht, die derzeitigen knappen Ressourcen für die vorliegende Angelegenheit einzusetzen. Sodann ist die Rechtslage bezüglich der Kostenübernahme für die "elektronische Briefmarke" im System des Tiers garant zurzeit nicht abschliessend geklärt. Es ist zu erwarten, dass sich das BAG dazu nach Vorliegen der Arbeiten der Verbände von Leistungserbringern und Versicherern erneut äussern wird (vgl. Rz. 20 f.). Gleichwohl wird den Intermediären aufgrund des vorliegenden Schlussberichtes die Durchsetzung ihrer Ansprüche in zivilrechtlichen Verfahren (Art. 12 ff. KG) erleichtert. Weiter wurde die PonteNova am 16. August 2006 in einer Sitzung über die Indizien betreffend den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung informiert. Das Sekretariat wird den Markt jedoch weiterhin beobachten und behält sich die Eröffnung einer Untersuchung zu einem späteren Zeitpunkt vor.

C SCHLUSSFOLGERUNGEN

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

1. stellt fest,

a) dass derzeit keine Indizien dafür bestehen, dass die MediData auf dem relevanten Markt über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügt;

b) dass das von Art. 42 Abs. 3 KVG und TARMED abweichende sowie im Widerspruch zur Auslegung des BAG stehende Zahlungsmodell der MediData hinsichtlich der "elektronischen Briefmarke" zumindest im System des Tiers payant künftig zu einer marktbeherrschenden Stellung der MediData führen könnte und

c) behält sich die spätere Überprüfung der Wettbewerbsverhältnisse vor;

2. stellt fest,

a) dass Indizien dafür bestehen, dass die PonteNova auf dem relevanten Markt über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügt;

b) dass Indizien dafür bestehen, dass die PonteNova ihre allfällige marktbeherrschende Stellung durch die Erzwingung unangemessener Preise gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG missbraucht und

c) behält sich die spätere Überprüfung der Wettbewerbsverhältnisse vor;

3. beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen;

³⁴ Die PonteNova vollzieht die elektronische Datenübermittlung im Übrigen für Ärzte/innen nur, wenn sie den Praxisspiegel abonnieren.

-
4. verweist die Parteien bezüglich der Marktstellung und der Verhaltensweise des TrustCenters PonteNova auf den Zivilweg (Art. 12 ff. KG);
5. teilt den Parteien die Einstellung der Vorabklärung mit;
6. teilt dem BAG die Ergebnisse der Vorabklärung mit.
-

B 2

Wettbewerbskommission
 Commission de la concurrence
 Commissione della concorrenza

B 2	2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste
B 2.2	1. Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern

Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG und Sanktion gemäss Art. 49a Abs. 1 KG

Enquête selon l'art. 27 ss LCart et sanction selon l'art. 49a al. 1 LCart

Inchiesta giusta l'art. 27 segg. LCart e sanzione giusta l'art. 49a cpv. 1 LCart

Verfügung vom 5. März 2007 i.S. Untersuchung gemäss Art. 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251) betreffend Richtlinien des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW über die Kommissionierung von Berufsvermittlern wegen unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG und Verstosses gegen Art. 49a KG.

Feststellung der Marktbeherrschung von Publigroupe mittels ihrer Tochtergesellschaften Publicitas SA, Publimedia AG, Publimag AG und Mosse Media AG sowie des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften (VSW) im Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien in der Schweiz; Feststellung der Missbräuchlichkeit einzelner Klauseln der VSW-Richtlinien bei der Kommissionierung von Berufs-Inseratevermittlern; Sanktionierbarkeit nach Art. 49a Abs. 1 KG trotz einvernehmlicher Regelung; Unternehmensbegriff und Eigenschaft als Verfügungsadressatin.

Constat de position dominante de Publigroupe, au travers de ses filiales Publicitas SA, Publimedia AG, Publimag AG et Mosse Media AG ainsi que de l'Association des Société Suisse de Publicité (ASSP), sur le marché du placement et de la vente d'espaces d'annonces et de publicités dans la presse écrite en Suisse; Constat du caractère abusif de certaines clauses des directives de l'ASSP en matière de commissions versées aux intermédiaires professionnels pour le placement d'annonces; Possibilité de sanctionner selon l'art. 49a al. 1 LCart en dépit d'un accord amiable; Notion d'entreprise et qualité en tant que destinataire de la décision.

Constatazione della posizione dominante di Publigroupe attraverso le sue società affiliate Publicitas SA, Publimedia AG, Publimag AG e Mosse Media AG così come della Verband Schweizerischer Werbe-

gesellschaften (VSW) sul mercato per l'intermediazione e la vendita di spazi per annunci e pubblicità nei media scritti in Svizzera; constatazione dell'aspetto abusivo di alcune clausole delle direttive della VSW relative all'indennizzo per gli intermediari professionali per gli annunci; sanzioni giusta l'art. 49a cpv. 1 LCart malgrado una conciliazione; definizione di impresa e proprietà come destinatario della decisione.

Inhaltsverzeichnis					
A	Sachverhalt	192	B.4.2	Tätigkeit als Universalvermittler (Ziff. 2.2 Abs. 2)	220
A.1	Gegenstand der Untersuchung	192	B.4.2.1	Wettbewerbsbehinderung	220
A.2	Verfahrensbeteiligte	192	B.4.2.2	Keine sachlichen Rechtfertigungsgründe	221
A.3	Verfahrensgeschichte	193	B.4.2.2.1	Spartenvermittler	221
A.4	Verfahrensgegenstand	194	B.4.2.2.2	Vermittler in Nebentätigkeit oder im Nebenzweck	225
A.4.1	Bedeutung der Pressewerbung	194	B.4.2.3	Zwischenergebnis und Massnahmen	226
A.4.2	System der Pressewerbung	195	B.4.3	Beraterkommissionsberechtigte Unternehmen (Ziff. 2.2 Abs. 3)	226
A.4.2.1	Pachtregie- und Eigenregieverlage	195	B.4.3.1	Wettbewerbsbehinderung	226
A.4.2.2	Unabhängige Vermittler und Publigroupe	196	B.4.3.2	Sachliche Rechtfertigungsgründe	226
A.4.2.3	Media- und Werbeagenturen	199	B.4.3.3	Zwischenergebnis und Massnahme	227
B	Erwägungen	199	B.4.4	Genügendes Geschäftsvolumen (Ziff. 2.5)	227
B.1	Geltungsbereich	199	B.4.4.1	Wettbewerbsbehinderung	227
B.1.1	Unternehmen	199	B.4.4.2	Keine sachlichen Rechtfertigungsgründe	228
B.1.2	Verfügungsadressat	200	B.4.4.2.1	Das qualitative Erfordernis des Umsatzmixes	228
B.1.3	Marktmacht	200	B.4.4.2.2	Das quantitative Erfordernis des Mindestumsatzes	228
B.2	Vorbehaltene Vorschriften	201	B.4.4.3	Zwischenergebnis und Massnahme	228
B.3	Marktbeherrschende Stellung	201	B.4.5	Ergebnis und einvernehmliche Regelung	229
B.3.1	Relevanter Markt	201	B.4.5.1	Missbräuchlichkeit des Verhaltens von Publigroupe durch die Anwendung einzelner Bestimmungen der bisherigen VSW-Richtlinien	229
B.3.1.1	Sachlich relevanter Markt	201	B.4.5.2	Abschluss einer einvernehmlichen Regelung betreffend künftige VSW-Richtlinien	229
B.3.1.2	Räumlich relevanter Markt	207	B.5	Sanktionierung	231
B.3.1.3	Zwischenergebnis	208	B.5.1	Sanktionierbarkeit	231
B.3.2	Beurteilung der Marktstellung	208	B.5.1.1	Allgemeines	231
B.3.2.1	Aktueller Wettbewerb	208	B.5.1.2	Schlussbestimmung	231
B.3.2.1.1	Marktanteile der Publigroupe	208	B.5.1.3	Vorwerfbarkeit	232
B.3.2.1.2	Relative Stärke der Wettbewerber	209	B.5.1.4	Sanktionierbarkeit trotz einvernehmlicher Regelung	234
B.3.2.1.3	Disziplinierender Einfluss alternativer Werbeträger	212	B.5.2	Sanktionsbemessung	235
B.3.2.1.4	Vertikaler Marktdruck	213	B.5.2.1	Grundlagen	235
B.3.2.1.5	Fazit: kein ausreichender aktueller Wettbewerb	214	B.5.2.2	Maximalsanktion	235
B.3.2.2	Potenzieller Wettbewerb	214	B.5.2.3	Konkrete Sanktionsbemessung	235
B.3.2.3	Zwischenergebnis: Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung	217	C	Kosten	238
B.4	Missbräuchliche Verhaltensweise	217	D	Dispositiv	239
B.4.1	Inserate von mehreren juristisch und wirtschaftlich voneinander unabhängigen Auftraggebern (Ziff. 2.2 Abs. 1)	218			
B.4.1.1	Wettbewerbsbehinderung	218			
B.4.1.2	Keine sachlichen Rechtfertigungsgründe	218			
B.4.1.3	Zwischenergebnis und Massnahme	219			

A SACHVERHALT

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Die vorliegende Untersuchung betrifft das Inseratengeschäft im Printbereich, insbesondere die Anzeigenvermittlung. Sie bezweckt eine Beurteilung der Frage, ob Publigroupe SA (nachfolgend Publigroupe) ihre allenfalls marktbeherrschende Stellung missbraucht, indem sie gewisse im Markt tätige Inseratevermittler im Sinne von Art. 7 KG benachteiligt oder in der Ausübung oder der Aufnahme des Wettbewerbs behindert.

2. Publigroupe führt für eine Vielzahl von Zeitungen exklusiv das Anzeigengeschäft. Für Anzeigen, welche diesen Zeitungen von Drittunternehmen vermittelt werden, entrichtet Publigroupe in der Regel eine so genannte Vermittlungskommission. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist die Weigerung der Publigroupe, gewissen Vermittlern eine Kommission zu bezahlen. Zu prüfen ist, ob Publigroupe auf diese Weise potenzielle Neueinsteiger am Marktzutritt und bestehende Unternehmen in der Ausübung des Wettbewerbs in kartellrechtlich unzulässiger Weise behindert.

A.2 Verfahrensbeteiligte

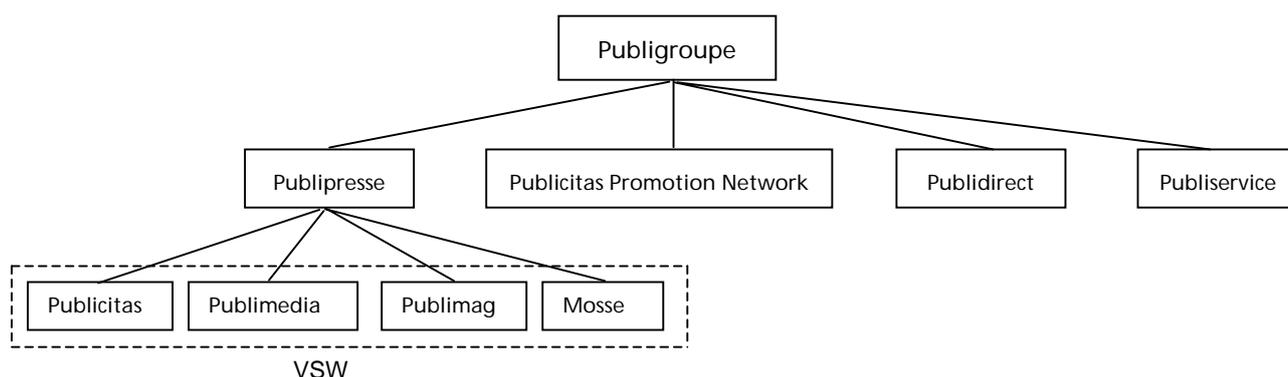
3. Die **Ad.X AG Ad Broker** (nachfolgend Ad.X) ist eine Anzeigenvermittlerin mit Sitz in Zollikon. Ihre Tätigkeit besteht in der Akquisition von Anzeigen sowie deren Erfassung und Vermittlung an die Zeitungen. Ad.X reichte bei der Wettbewerbskommission (Weko) eine Anzeige gegen Publigroupe wegen deren Kommissionierungspraxis ein.

4. Der **Verband Schweizerischer Werbegesellschaften** (nachfolgend VSW) ist ein Verein im Sinne von Art. 60 ff. ZGB mit Sitz in Zürich. Seit der Über-

nahme der Ofa Orell Füssli Werbe AG und der Assa Schweizer Annoncen AG im Jahre 1992 durch Publigroupe sind alle Mitglieder des VSW 100%ige Tochtergesellschaften der Publigroupe. Mitglieder des Verbandes sind die vier Gesellschaften Publicitas AG, Lausanne (nachfolgend Publicitas), Publimedia AG, Zürich (nachfolgend Publimedia), Publimag AG, Glattbrugg (nachfolgend Publimag), und Mosse Media AG, Zürich (nachfolgend Mosse). Sämtliche diese Gesellschaften sind als Anzeigenvermittlerinnen tätig. Laut eigenen Angaben setzt sich der VSW namentlich für die Wahrung der Interessen seiner Mitglieder ein, führt Branchenstatistiken und erlässt Richtlinien für die Konzernabschlüsse sowie für die Kommissionierung von Werbevermittlern.

5. **Publigroupe SA** ist ein international tätiger Konzern mit Geschäftstätigkeiten u.a. in den Bereichen der Kommunikation, der Presse, der Verzeichnisse und der Informatik. Der Konzern gliedert sich in die vier Geschäftsbereiche Publipresse, Publicitas Promotion Network, Publidirect und Publiservice (nicht operativ). Er erzielte 2004 einen Umsatz von über CHF 1.98 Mia.

6. Publipresse, der grösste Geschäftsbereich der Publigroupe, erzielte 2004 einen Umsatz von rund CHF 1.46 Mia., 2005 einen Umsatz von CHF 1.48 Mia. bei einem Gesamtumsatz von Publigroupe von CHF 2.015 Mia. Dem Geschäftsbereich Publipresse gehören die vier Tochtergesellschaften Publicitas, Publimedia, Publimag und Mosse an, welche alle im Bereich Promotion, Verkauf und Vermittlung von Presseinseraten tätig und die einzigen Mitglieder des VSW sind.



7. Die Tochtergesellschaft Publicitas ist mit Hilfe eines Netzes von Filialen und Agenturen als Pächterin und Vermittlerin von in erster Linie lokalen und regionalen Anzeigen tätig und betreibt ein Inseratemanagement für Print und Internet¹. Publimedia ist ein Beratungs- und Dienstleistungsunternehmen für Printmediaplanung und -abwicklung. Sie betreut Grosskunden und für Grosskunden tätige Werbe- und Medienagenturen für überregionale oder nationale Anzeigekampagnen. Publimedia ist die einzige Tochterge-

sellschaft des Geschäftsbereiches Publipresse, die nicht im Verkauf von Inserateraum gestützt auf Pachtverträge mit Verlagen tätig ist. Publimag betreut Anzeigenkunden für regional oder überregional verbreitete Zeitschriften und Fachpublikationen. Mos-

¹ Siehe dazu Rz. 31 ff.

se bietet die Planung und Abwicklung von Werbung im Bereich Tourismus und Ausbildung in allen Printmedien an.

8. Seit ihrer Gründung im Jahre 1890 hat Publigruppe durch Publicitas ein gesamtschweizerisches Netzwerk von mehr als 100 lokal verankerten Filialen und Agenturen entwickelt. Rund 600 Regietitel haben die Vermarktung ihres Anzeige- und Werberaumes an Publigruppe ausgegliedert. Für rund 1'300 weitere Zeitungen und Zeitschriften ist Publigruppe als Anzeigen- und Werbevermittlerin tätig. Aus historischen Gründen ist sie zudem an verschiedenen Verlagshäusern beteiligt.

A.3 Verfahrensgeschichte

9. Dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachstehend Sekretariat) wurde erstmals 1997 eine Anzeige betreffend die VSW-Kommissionierungsrichtlinien eingereicht. Mit Schreiben vom 28. Januar 1998 und 28. Oktober 1998 wurde der damaligen Anzeigerin und dem VSW zwar mitgeteilt, dass die Bestimmungen keinen Anlass zu kartellrechtlicher Kritik geben würden, es wurde dem VSW aber auch ausdrücklich mitgeteilt, dass das Sekretariat "im Moment" auf die Einleitung eines formellen Verfahrens verzichte, sich jedoch vorbehalte, die Praxis der Publigruppe-Töchter in der Anwendung der Kriterien künftig kritisch im Auge zu behalten und gegebenenfalls, gestützt auf die einschlägigen Bestimmungen des Kartellgesetzes, einzugreifen. Aufgrund zusätzlicher Angaben und Unterlagen, welche dem Sekretariat von der Anzeigerin nachgeliefert wurden, wurde Publigruppe in der Folge nochmals befragt und zu einer Änderung ihres Verhaltens aufgefordert. Nachdem Publigruppe den Forderungen des Sekretariats teilweise nachgekommen war, wurde das informelle Verfahren per 22. Dezember 1998 eingestellt. Das Sekretariat machte indes darauf aufmerksam, dass "sich die Kommissionierungspraxis des VSW durch ein gewisses Mass an systemimmanentem Diskriminierungspotenzial auszeichnet" und behielt sich deshalb ausdrücklich vor, zu gegebenem Zeitpunkt ein formelles Verfahren zu eröffnen, "sollten sich im Rahmen weiterer Beobachtungen der Marktverhältnisse Indizien für ein kartellrechtlich relevantes Verhalten der Publigruppe ergeben".

10. Am 12. Juli 2001 wurde dem Sekretariat durch die Ad.X erneut eine Anzeige gegen den VSW eingereicht. Die Ad.X machte geltend, die Weigerung des VSW, sie als kommissionsberechtigte Vermittlerin anzuerkennen, stelle einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 7 KG dar.

11. Am 26. Oktober 2001 versandte das Sekretariat einen summarischen Fragebogen an den VSW, welcher vom VSW mit Schreiben vom 6. Dezember 2001 beantwortet wurde. Gestützt auf diese Antworten eröffnete das Sekretariat am 19. Dezember 2001 eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG. Am 31. Januar 2002 fand eine Besprechung zwischen Mitgliedern des Sekretariats und Vertretern des VSW statt.

12. Am 19. März 2002 wurde der VSW erneut zur Beantwortung eines Fragebogens des Sekretariats

aufgefordert, welchen er mit Eingabe vom 3. Juni 2002 beantwortete. Am 17. Juni 2002 liess das Sekretariat verschiedenen führenden Schweizer Verlagen einen Fragebogen zukommen.

13. Die Vorabklärung ergab Anhaltspunkte für einen möglichen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch die Publigruppe, deren Tochtergesellschaften die einzigen Mitglieder des VSW sind. Das Sekretariat eröffnete deshalb im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums am 6. November 2002 eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG gegen Publigruppe (Schlussbericht vom 4.11.2002). Die Eröffnung der Untersuchung wurde am 20. November 2002 im Schweizerischen Handelsamtsblatt und am 26. November 2002 im Bundesblatt publiziert.

14. Im Rahmen der Untersuchung wurden ein weiteres Mal umfangreiche Fragebogen verschickt:

- 23.01.2003: Fragebogen für Publigruppe
- 27.01.2003: Fragebogen für Zeitungen oder Zeitschriften in Eigenregie
- 04.02.2003: Fragebogen für Anzeigenvermittler
- 13.10.2003: Fragebogen für Werbeagenturen
- 21.10.2003: Fragebogen für Zeitungen mit Pachtvertrag

15. Am 22. und 23. März 2004 trafen sich Mitglieder des Sekretariats mit Vertretern von Publigruppe in Lausanne und in Zürich. Auch die Ad.X wurde im Laufe des Verfahrens mehrmals zur Stellungnahme aufgefordert, obgleich ihr mit Schreiben vom 29. April 2004 mitgeteilt worden war, dass ihr keine Parteistellung im Sinne von Art. 6 VwVG zuerkannt werde.

16. Der Verfügungsentwurf wurde Publigruppe am 16. November 2004 zugestellt. Diese reichte ihre Stellungnahme innerhalb der erstreckten Frist am 2. März 2005 ein. Auf die Ausführungen der Publigruppe wird, soweit notwendig, nachfolgend eingegangen.

17. Am 30. März 2005 reichte Publigruppe dem Sekretariat eine als "unpräjudizielle Meldung gemäss Übergangsbestimmung zur Änderung des KG vom 20. Juni 2003" betreffend die Kommissionierungsrichtlinien von Publigruppe SA (bzw. des Verbands Schweizerischer Werbegesellschaften) für Universalvermittler betitelt Rechtschrift ein. Mit Schreiben vom 6. April 2005 wurde Publigruppe der Eingang des Schreibens bestätigt.

18. Am 4. April 2005 fand eine Anhörung der Publigruppe vor der Wettbewerbskommission statt. Anlässlich dieser Anhörung gab die Publigruppe zu Protokoll, dass sie bereit wäre, zu einer einvernehmlichen Regelung Hand zu bieten. In der Folge wurde das Sekretariat von der Weko beauftragt, auf den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung mit Publigruppe hinzuarbeiten. Mit Schreiben vom 13. April 2005 reichte Publigruppe einen ersten Vorschlag für eine einvernehmliche Regelung ein. Am 20. Mai 2005 und 11. August 2005 fanden Be-

sprechungen des Sekretariats mit Vertretern der Publigroupe in Bern statt, anlässlich welchen der Inhalt einer einvernehmlichen Regelung diskutiert und konkretisiert wurde. Am 31. August 2005 reichte Publigroupe dem Sekretariat einen überarbeiteten Entwurf künftiger Kommissionierungsrichtlinien ein. Auf der Basis dieses Entwurfes unterbreitete das Sekretariat am 26. September 2005 der Publigroupe einen Vorschlag für eine einvernehmliche Regelung, welche einen Rahmen abzustecken bezweckt, innerhalb dessen künftige Kommissionierungsrichtlinien als kartellrechtlich zulässig anerkannt würden. Nachdem Publigroupe mit Schreiben vom 31. Oktober 2005 gewisse Änderungs- und Ergänzungsbegehren gestellt hatte, wurde ihr am 14. November 2005 eine überarbeitete Version der einvernehmlichen Regelung zugestellt.

19. Die überarbeitete Version der einvernehmlichen Regelung vom 14. November 2005 wurde am 17. November 2005 einem Markttest unterzogen. Zahlreiche im Markt tätige Inseratevermittler sowie einige Werbe- und Mediaagenturen wurden eingeladen, zum Entwurf der einvernehmlichen Regelung Stellung zu nehmen. Insgesamt 20 der angefragten Unternehmen liessen sich in der Folge zum Entwurf vernehmen.

20. Während der Ausarbeitung der einvernehmlichen Regelung wurden die Parteien u.a. mit Schreiben vom 14. November 2005 und 13. Dezember 2005 darauf aufmerksam gemacht, dass ihr missbräuchliches Verhalten aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht meldefähig im Sinne der Schlussbestimmung zur Änderung vom 20. Juni 2003 war und auch der Abschluss einer einvernehmlichen Regelung nicht von einer Sanktionierung dispensieren würde.

21. Mit Schreiben vom 30. November 2005 erklärte sich Publigroupe ausdrücklich mit dem ihr vom Sekretariat der Wettbewerbskommission unterbreiteten Vorschlag für eine einvernehmliche Regelung einverstanden. Dies allerdings unter der Bedingung, dass ihr ausdrücklich und formell bestätigt werde, dass ihr Entwurf für überarbeitete Richtlinien in der Fassung vom 31. August 2005 über die Kommissionierung von Berufsvermittlern den in der einvernehmlichen Regelung formulierten Grundsätzen vollumfänglich entspricht und kartellrechtlich nicht zu beanstanden ist.

22. Am 3. November 2005 ging beim Sekretariat eine erneute Anzeige gegen die Publigroupe wegen deren Geschäftspraktiken bei der Kommissionierung von Berufsinseratevermittlern ein. Die Unio AG (nachfolgend Unio) brachte dem Sekretariat zur Kenntnis, dass sich der VSW mit Hinweis auf die laufende Untersuchung weigere, einen Entscheid über die Kommissionsberechtigung der Unio zu fällen. Mit Schreiben vom 14. November 2005 wurde Publigroupe mitgeteilt, dass das Sekretariat die Weigerung des VSW, das von Unio eingereichte Gesuch um Anerkennung als Inseratevermittler zu prüfen, als kartellrechtlich bedenklich erachte. Mit Schreiben vom 30. November 2005 teilte Publigroupe dem Sekretariat mit, dass der Unio "in antizipierter Anwendung der erst im Entwurf vorliegenden neuen Richtlinien die Anerken-

nung als kommissionsberechtigte Vermittlerin" ab dem 1. Januar 2006 zugesichert worden sei.

23. Mit Schreiben vom 6. Februar 2006 teilte das Sekretariat Publigroupe mit, dass die Kommissionierungsrichtlinien in der Version "Entwurf 8 vom 31. August 2005" nach Ansicht des Sekretariats nicht gegen die einvernehmliche Regelung verstossen. In der Folge publizierte Publigroupe auf dem Internet die angepassten VSW-Richtlinien.

24. Mit Schreiben vom 24. Mai 2006 orientierte Publigroupe das Sekretariat über die Anerkennung der Ad.X als kommissionsberechtigte Berufsinseratevermittlerin per 1. Juni 2006. Von der Anerkennung ausgenommen seien die Umsätze mit Mercuri Urval, da der Nachweis der rechtlichen und wirtschaftlichen Unabhängigkeit von dieser Gesellschaft noch nicht erbracht worden sei.

25. Am 16. Mai 2006 wurde den Parteien das aktualisierte Aktenverzeichnis zugesandt und am 9. Juni 2006 auf Gesuch hin Einsicht in die gewünschten Akten gewährt.

26. Mit Schreiben vom 10. Juli 2006 wurde Publigroupe, Publicitas, Publimag, Publimedia, Mosse und dem VSW der überarbeitete 2. Antrag des Sekretariats zur Stellungnahme zugesandt. Die Parteien reichten innert erstreckter Frist am 20. September 2006 ihre Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats ein. Dabei stellten sie das Gesuch um Anhörung vor der Weko.

27. Am 6. November 2006 fand die Anhörung vor der Weko statt. Die Anhörung war gesuchsgemäss beschränkt auf die Frage der Sanktionierung. Die Anhörung wurde protokolliert und unter Mitwirkung von Publigroupe bereinigt.

A.4 Verfahrensgegenstand

A.4.1 Bedeutung der Pressewerbung

28. Im Jahr 2004 wurden in der Schweiz insgesamt CHF 5.23 Mia. in die Werbung investiert, davon CHF 2.29 Mia. in die Pressewerbung². Der Presse kommt somit als Werbeträgerin eine zentrale Rolle zu. Die Werbeausgaben in der Presse (Zeitungen und Zeitschriften) machen im gesamten Media-Mix³ rund 63% aus, ein im internationalen Vergleich⁴ sehr hoher

² Vgl. WEMF AG für Werbemedienforschung, Statistik Werbeaufwand Schweiz, zu finden unter: <http://www.wemf.ch/d/statistiken/werbestat.shtml>. Zum Vergleich: Werbeaufwand Fernsehen: CHF 0.57 Mia.; Radio: CHF 0.133 Mia.; Aussenwerbung: CHF 0.57 Mia.; Kino: CHF 0.04 Mia.; Direktwerbung: CHF 1.24 Mia.

³ Unter Media-Mix versteht man im Werbebereich die möglichst optimale Kombination der zur Verfügung stehenden Werbeträger (Zeitungen, Zeitschriften, TV, Radio, Kino, Aussenwerbung und Internet) zur Erreichung der gesetzten Werbeziele und Erreichung der Zielgruppe. Dabei handelt es sich um die relative (%) Gewichtung der Werbeausgaben nach Medien. (Vgl. dazu Print-Media-Planer 2006, S. 10 f.).

⁴ Vgl. Western European Market & Media Fact 2005, enthalten in: Print-Media-Planer 2006, S. 10. Länderzahlen im Vergleich: Italien 32%, Frankreich 46%, Österreich 59%, Grossbritannien 54%, Deutschland 65 %.

Wert. Diese 63% setzen sich aus 45% Zeitungswerbung und 13% Zeitschriftenwerbung zusammen.

29. In der Schweiz wurden im Jahr 2005 insgesamt 2'694 Zeitungen und Zeitschriften publiziert⁵. Die überwiegende Mehrzahl dieser Publikationen sind Anzeiger, Spezial-, Hobby- und Fachzeitschriften und verfügen über entsprechend kleine Auflagen. Die Zahl der Tageszeitungen in der Schweiz beträgt ca. 445⁶, doch generieren diese rund 70%-75% des Netto-Werbeumsatzes in Printmedien. Die Tageszeitungsdichte in der Schweiz ist mit 43,6 Zeitungen pro Mio. Einwohner ausserordentlich hoch⁷. Die Mehrsprachigkeit, die starke regionale Verankerung, die hohen Ansprüche und die Kaufkraft der Leserschaft dürften die Hauptgründe für diese Vielfalt darstellen und sind zugleich Charakteristika des Schweizer Pressemarkts.

30. Seit 2001 erlebt die Pressebranche eine Krise, welche insbesondere auf einen Rückgang der Ausgaben für Anzeigen (insbesondere Stellenanzeigen) aufgrund der wirtschaftlichen Rezession zurückzuführen ist. Während die Publigroupe im Jahr 2000 einen Umsatz von CHF 2.7 Mia. erzielte, belief sich dieser im Jahr 2004 noch auf CHF 1.98 Mia. Im Jahr 2005 stieg der Umsatz - allerdings vor allem dank einem guten Finanzergebnis - wieder auf über CHF 2 Mia. Betroffen vom Umsatzrückgang waren insbesondere die Stellenanzeigen und in geringerem Ausmass die kommerzielle Werbung. Dieses Phänomen führte zu einem Rationalisierungs- bzw. Konzentrationsprozess in der schweizerischen Presselandschaft.

A.4.2 System der Pressewerbung

31. Das System der Pressewerbung besteht grundsätzlich aus fünf verschiedenen Stufen mit unterschiedlichen Akteuren im Markt: die Leserschaft (1), die Verlage (Zeitungen, Zeitschriften etc.) mit oder ohne Pacht (2), die Anzeigenvermittler (3), die Werbe- und Media-Agenturen (4) und schliesslich die Werbeauftraggeber (5).

32. Publigroupe ist durch Publicitas, Publimedia, Publimag und Mosse nicht nur auf Stufe der Anzeigenvermittler (Stufe 3) tätig, sondern bewirtschaftet auch direkt den gesamten Inserateteil (Anzeigen, Reklamen, Beilagen etc.) auf der Stufe der Verlage (Stufe 2), soweit sie mit den Verlagen Pachtverträge abgeschlossen hat. Publigroupe bietet sowohl die Dienstleistungen des Outsourcings (mittels Pachtvertrag) wie auch der Vermittlung (mittels Zusammenarbeitsvertrag) an. Auf der Verlagsstufe kommt Publigroupe ebenfalls Einfluss zu, da sie Minderheitsbeteiligungen an einigen Verlagen hält.

33. Dieses fünfstufige System ist insoweit dynamisch, als die Akteure untereinander in verschiedenen Formen interagieren. Der Fokus der vorliegenden Untersuchung lag auf der Geschäftsbeziehung zwischen den unabhängigen Vermittlern und Publigroupe als Pächterin diverser Titel.

34. Die drei mittleren Stufen (Verlags-, Vermittlungs- und Agenturenstufe) weisen folgende Charakteristika und Funktionsweise auf:

A.4.2.1 Pachtregie- und Eigenregieverlage

35. Auf der Verlagsstufe (Stufe 2) haben die Verleger von Zeitungen oder Zeitschriften grundsätzlich die Wahl zwischen zwei Systemen: Pacht- oder Eigenregie.

36. **Pachtregieverlage** sind diejenigen Verlage, die mit Vermittlungsunternehmen (in aller Regel mit Publigroupe) einen Pachtvertrag abgeschlossen haben. Pachtverträge sind Dauerschuldverhältnisse zwischen dem Vermittlungsunternehmen und einem Zeitungsverlag, die in der Regel mit einer mittleren Laufdauer von zurzeit ca. sechs Jahren abgeschlossen werden. Gegenstand des Pachtvertrages ist die Verpflichtung des Vermittlungsunternehmens, den Geschäftsbereich Inserateakquisition integral für eine Zeitung zu übernehmen. Dies umfasst insbesondere Anzeigen, Reklame, Beilagen und andere bezahlte Veröffentlichungen. Mit dem Abschluss eines Pachtvertrages für einen bestimmten Titel übernimmt Publigroupe die Gesamtverantwortung für dessen Inserategeschäft. Die grundlegenden Parameter wie Insertionskonditionen, die Ausgestaltung des Verlags-titels und der Vertrieb des Titels werden jedoch nach wie vor durch den Verlag bestimmt.

37. Mit der Übertragung erhält die Pächterin das Recht, in eigenem Namen und auf eigene Rechnung Anzeigen für diese Publikationen entgegenzunehmen, abzuwickeln, zu übermitteln und zu verrechnen. Die Dienstleistung der Pächterin umfasst somit den aktiven Verkauf des Titels in allen Segmenten, Akquisition von Neukunden, Inserateabwicklung, Anzeigenmarketing, Erscheinungskontrolle, Fakturierung und Übernahme des Delkredererisikos. Wirtschaftlich gesehen wird ein integraler Bestandteil des Zeitungsverlages an ein drittes Unternehmen ausgelagert ("Outsourcing").

38. Die Pachtregie kann als Voll- oder Teilpachtregie ausgestaltet sein. Während beim Vollpachtvertrag alle Anzeigen eines Titels durch die Pächterin bewirtschaftet werden, ist dies bei einem Teilpachtvertrag nur für einen Teil der Anzeigen der Fall. In der Regel führt der Verlag bei einem Teilpachtvertrag die Vermarktung regionaler Werbung in Eigenregie, währenddem die nationale Werbung der Pächterin anvertraut wird.

39. Entscheidet sich ein Verlag für die Vermarktung seines Titels in **Eigenregie**, betreibt er die Inserateakquisition und die damit zusammenhängenden Tätigkeiten grundsätzlich selbst oder bedient sich dazu unabhängiger Vermittler.

⁵ Datenbank Media VSW 2005 (per 28.10.2005), enthalten in: Print-Media-Planer 2006, S. 18.

⁶ Datenbank Media VSW 2005 (per 28.10.2005), enthalten in: Print-Media-Planer 2006, S. 18.

⁷ Inklusiv Amtsblätter, Anzeiger, Gratiszeitungen, Sonntagszeitungen, exklusive Gratiszeitungen. Vgl. WAN 2005/Die Schweiz in Zahlen 2005 (UBS), enthalten in: Print-Media-Planer 2006, S. 20. Länderzahlen im Vergleich: Italien 1.6, Frankreich 2.0, Österreich 25.6, Grossbritannien 20.6, Deutschland 22.8.

40. Sowohl bei der Eigen- wie auch bei der Pachtregie wird der Preis der Anzeigen von den Verlegern festgelegt. Im Falle einer Pachtregie wird die Pächterin in der Regel konsultiert, ohne aber über Entscheidungsbefugnisse zu verfügen. Die Wahl zwischen Pacht- und Eigenregie hat für die Werbeauftraggeber nur insofern Konsequenzen, als diese bei Pachtzeitungen faktisch gezwungen sind, über die Pächterin zu inserieren. Will ein Inserent eine Anzeige in der Baslerzeitung (Pachtzeitung) veröffentlichen, muss er sich an eine Publicitas Niederlassung (in Basel oder anderswo) wenden. Will er die gleiche Anzeige im Tagesanzeiger (Eigenregiezeitung) publizieren, kann er sich direkt an die zuständige Abteilung des Tagesanzeigers wenden⁸.

41. Zu den Pachttiteln zählen insbesondere die folgenden Zeitungen: die NZZ (seit 2005), die Basler Zeitung, das St. Galler Tagblatt, die Mittelland Zeitung, die Thurgauer Zeitung, der Zürcher Oberländer, der Zürcher Unterländer, die Südostschweiz, die Neue Luzerner Zeitung, die Neue Zuger Zeitung, der Landbote, die Basellandschaftliche Zeitung, die Solothurner Zeitung, das Oltnen Tagblatt, die Appenzeller Zeitung, das Bieler Tagblatt, die Aargauer Zeitung (seit 2006), 24Heures, La Tribune de Genève, Le Matin, La Presse Riviera Chablais, La Presse Nord Vaudois, Le Temps, La Côte, Le Nouvelliste, La Liberté, L'Express, L'Impartial, Le Journal du Jura, Le Quotidien Jurassien, Il Corriere del Ticino, La Regione, Il Giornale del Popolo etc. Alle diese Titel haben ihr Anzeigengeschäft an Publigroupe ausgelagert.

42. Von den bedeutenden Tageszeitungen in der deutschen Schweiz führen insbesondere der Tagesanzeiger, der Blick, 20 Minuten sowie die Espace Medien (u.a. Berner Zeitung, Der Bund, Solothurner Tagblatt, Berner Oberländer, Thuner Tagblatt) ihr Anzeigengeschäft in Eigenregie.

A.4.2.2 Unabhängige Vermittler und Publigroupe

43. Auf der Vermittlungsstufe (Stufe 3) ist zwischen den unabhängigen Vermittlern und Publigroupe zu unterscheiden. Publigroupe kommt, wie bereits dargelegt, eine Doppelfunktion zu: Sie ist Pächterin und Vermittlerin. Als Pächterin übernimmt Publigroupe⁹ für ca. 600 Zeitungen und Zeitschriften *exklusiv* die Vermarktung des Inserate- und Werberaumes. Als normale Vermittlerin vermittelt sie *nicht exklusiv* Anzeigen für Eigenregieverlage. Daneben sind auch unabhängige Vermittler auf dem Markt tätig, welche Werbung und Inserate an Eigenregietitel und - in geringerem Ausmass - auch an Pachtregietitel vermitteln.

44. Die wenigen in der Schweiz tätigen unabhängigen Vermittler - ihre Anzahl beläuft sich auf ca. 35 bis 40 - weisen eher bescheidene Umsätze von jährlich maximal CHF 10 Mio. bis CHF 15 Mio.¹⁰ aus. Geografisch konzentriert sich die Mehrheit der unabhängigen Vermittler auf den Grossraum Zürich. Sie sind entweder als Universal- oder als Spartenvermittler tätig. Nach der Definition des VSW vermitteln Universalvermittler alle Arten von Anzeigen und die Tätig-

keit als Vermittler ist ihr Hauptzweck. Im Gegensatz dazu beschränken sich die so genannten Spartenvermittler auf die Vermittlung einer spezifischen Art von Anzeigen, seien dies Stellen-, Immobilien- oder kommerzielle Anzeigen, oder sie bezwecken hauptsächlich eine andere Tätigkeit als die Vermittlung von Anzeigen. Den Vermittlern wird für ihre Vermittlungstätigkeit grundsätzlich eine Kommission entrichtet.

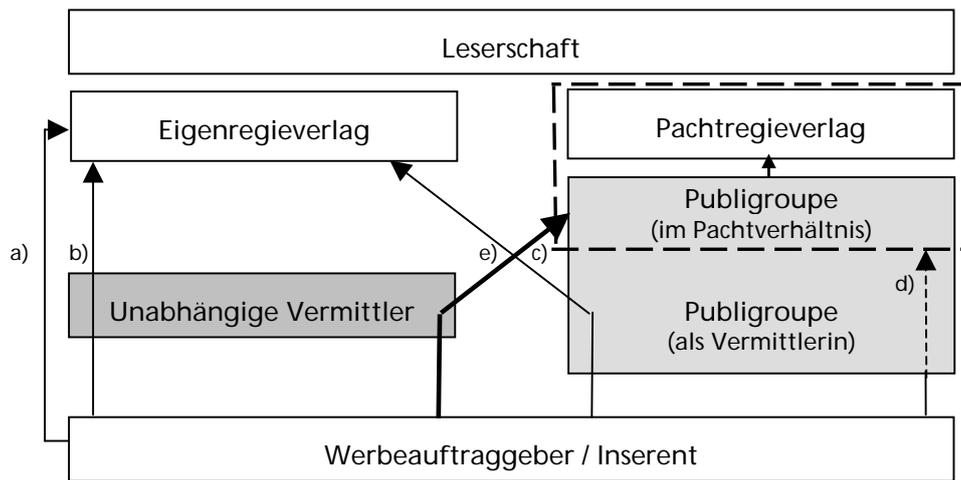
45. Ein Werbeauftraggeber/Inserent ist für die Platzierung seiner Werbung bzw. seines Inserates im gewünschten Printmedium nicht zwingend auf die Zwischenschaltung eines Vermittlers angewiesen. Je nachdem ob der Anzeigeraum in Eigenregie oder in Pachtregie vermarktet wird, lassen sich insgesamt fünf verschiedene Konstellationen der Insertion mit je eigenen Kommissionszahlungen unterscheiden (nachfolgend a-e)¹¹:

⁸ Davon unberührt bleibt die Möglichkeit, die Dienste eines unabhängigen Vermittlers in Anspruch zu nehmen, welcher das Inserat sodann an den Eigenregieverlag oder - im Falle einer Pachtregie - an die Publigroupe weiterleitet. Allerdings werden nur rund 5% des Anzeigevolumens von unabhängigen Vermittlern vermittelt.

⁹ Von den Tochtergesellschaften der Publigroupe im Geschäftsbereich Publipresse schliessen nur Publicitas, Publimag und Mosse Pachtverträge mit Verlagen ab. Publimedia schliesst aus Unabhängigkeitsgründen keine Pachtverträge ab.

¹⁰ Nur zwei Vermittler haben einen Umsatz von CHF 10 Mio. bis CHF 15 Mio. erreicht.

¹¹ Aus Lesbarkeitsgründen wird im Schema auf die Darstellung der Media- und Werbeagenturen verzichtet.



46. (a) Ein Werbeauftraggeber, der in einer Eigenregie-Zeitung inserieren möchte, kann sich direkt an diesen Verlag wenden, ohne einen Vermittler zwischen zu schalten. Es wird keine Kommission entrichtet.

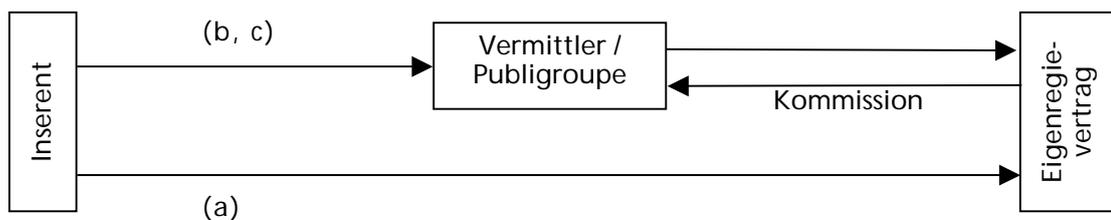
47. (b) Ein Werbeauftraggeber, der in einer Eigenregie-Zeitung inserieren möchte, kann seine Anzeige über einen unabhängigen Vermittler platzieren. Der unabhängige Vermittler erhält vom Verlag eine Kommission für die vermittelte Anzeige, die in der Regel zwischen dem Verlag und dem Vermittler periodisch ausgehandelt und festgelegt wird.

48. (c) Ein Werbeauftraggeber, der in einer Eigenregie-Zeitung inserieren möchte, kann schliesslich seine

Anzeige bei einer Tochtergesellschaft der Publigroupe aus dem Bereich Publipresse aufgeben. Diese Konstellation ist in der Praxis häufig anzutreffen. Nach Aussagen der befragten Eigenregie-Verlage generieren die von Publigroupe vermittelten Anzeigen rund 40%-50% des Umsatzes. Publigroupe erhält vom Verlag in Eigenregie eine Kommission, die in der Regel in einem Zusammenarbeitsvertrag verankert ist.

49. Die drei oben beschriebenen Situationen, in welchen die Verlage Eigenregie führen, (a, b und c) lassen sich horizontal wie folgt illustrieren:

Eigenregie:



50. (d) Ein Werbeauftraggeber, der in einer Zeitung inserieren möchte, die ihr Inserategeschäft an Publigroupe ausgegliedert hat, kann seine Anzeige direkt bei einer Publigroupe-Gesellschaft aufgeben. In ihrer Funktion als Pächterin vermarktet Publigroupe den Anzeigeraum zu Gunsten des Pachtverlags in eigenem Namen und auf eigene Rechnung. Als Gegenleistung erhält sie die so genannte Pachtkommission, welche sie von dem durch sie generierten Umsatz in Abzug bringt. Bspw. leitet sie von den eingenommenen Beträgen 75% an den Verlag weiter und behält 25% als Kommission. Die Pachtkommission wird zwischen dem Verlag und dem Vermittler ausgehandelt und im Pachtvertrag festgelegt. Je nach Verlag ist das Kommissionierungssystem unterschiedlich komplex ausgestaltet oder umfasst nur einen Einzelsatz. Kriterien wie Inseratetyp, Erzielung eines

vorbestimmten Nettokundenumsatzes oder Herkunft der Anzeige können den Vergütungssatz beeinflussen.

51. (e) Ein Werbeauftraggeber schliesslich, der in einer Pachtregie-Zeitung inserieren möchte, kann seine Anzeige auch über einen unabhängigen Vermittler aufgeben. Aufgrund des exklusiven Pachtvertrags kann der Vermittler nicht direkt an den Verlag gelangen, sondern muss die Anzeige zwingend über die Pächterin, in der Regel die Publigroupe, weiterleiten. Für diese Vermittlungsleistung wird ihm durch

Publigruppe eine Kommission entrichtet¹², sofern der unabhängige Vermittler die Voraussetzungen der VSW-Richtlinien erfüllt.

52. Die Richtlinien des VSW über die Kommissionierung von Berufs-Inseratevermittlern (nachstehend VSW-Richtlinien) legen die Bedingungen für die Gewährung der Kommission fest¹³. Um kommissioniert zu werden, muss ein unabhängiger Vermittler vom VSW (d.h. dessen Mitglieder Publicitas, Publimedia, Publimag und Mosse) als kommissionsberechtigt anerkannt werden. Eine solche Anerkennung wird unter den folgenden Voraussetzungen gewährt:

2. Voraussetzungen der Kommissionierung als Berufs-Inseratevermittler

2.1 Juristisch selbstständige Unternehmen

Als Berufs-Inseratevermittler kommissioniert werden nur juristisch selbstständige Unternehmen, die im Handelsregister eingetragen und MWSt-pflichtig sind.

2.2 Tätigkeit als Universalvermittler als hauptsächlicher Zweck

Als Berufs-Inseratevermittler kommissioniert werden nur Unternehmen, die im Hauptzweck als Universalvermittler in der Disposition in eigenem Namen und auf eigene Rechnung von Inseraten, Werbebeilagen und Beiheftern (Inserate) mehrerer juristisch und wirtschaftlich voneinander unabhängiger Auftraggeber in verschiedenen Printmedien voneinander wirtschaftlich und juristisch unabhängiger Verlage tätig sind.

Unternehmen, die nicht als Universalvermittler tätig sind, d.h. ihre Vermittlungstätigkeit auf einen oder auch mehrere spezielle Rubriken beschränken oder diese Tätigkeit nur nebenher betreiben oder einen anderen Hauptzweck haben, werden nicht kommissioniert. Andere Hauptzwecke sind z.B. die Personal-, Werbe-, Unternehmens- oder Finanzberatung, die Vermittlung von Immobilien oder anderen Kauf- oder Mietobjekten sowie Treuhandfunktionen.

Unternehmen, die über die VSW-Kommissionsberechtigung als Werbe-, PR- oder Mediaberater oder -Agentur verfügen, können nicht gleichzeitig als Berufs-Inseratevermittler kommissioniert werden.

2.3 Kaufmännische und fachliche Qualifikation

Als Berufs-Inseratevermittler kommissioniert werden nur Unternehmen, deren geschäftsführendes Personal sich über eine ausreichende Erfahrung oder Ausbildung im kaufmännischen Bereich ausweisen kann.

Das Personal und die Infrastruktur des Unternehmens müssen Gewähr bieten für eine fachgerechte Ausführung aller Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Akquisition, Vermittlung, Abwicklung und Abrechnung von Inserataufträgen.

2.4 Kreditwürdigkeit

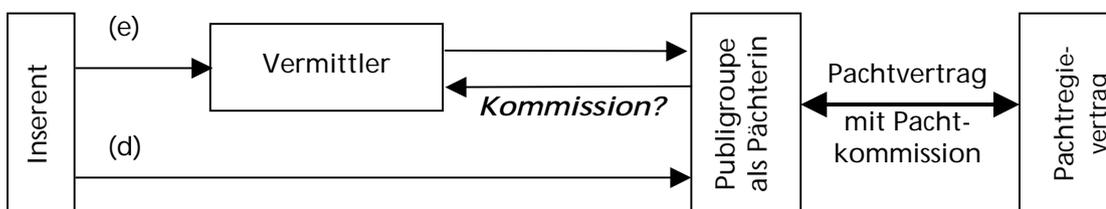
Als Berufs-Inseratevermittler kommissioniert werden nur Unternehmen, die eine für den Zweck und den Umfang ihrer Geschäftstätigkeit ausreichende Kreditwürdigkeit nachweisen können.

2.5 Nachweis eines Geschäftsvolumens von entweder insgesamt CHF 1 Mio. oder mindestens CHF 100'000.- in Pachtorganen von VSW-Mitgliedfirmen

Als Berufs-Inseratevermittler kommissioniert werden nur Unternehmen, die nachweisen, dass sie entweder im Inserateverkauf ein Geschäftsvolumen von total CHF 1 Mio. pro Jahr in Pressemedien erreichen oder mit Pachtorganen von VSW-Mitgliedfirmen einen Nettoumsatz von mindestens CHF 100'000.- pro Jahr erzielen. In beiden Fällen muss mindestens die Hälfte des Umsatzes von kommerziellen Inseraten stammen.

53. Die zwei letzten beschriebenen Situationen (d und e), in welchen Publigruppe als Pächterin für die Verlage agiert, lassen sich wie folgt illustrieren:

Pachtregie:



¹² Davon unberührt - und von der Vermittlerkommission zu unterscheiden - ist die Pachtkommission, welche die Publigruppe für ihre Dienstleistung als Pächterin vom Verlag erhält. Unter dem Begriff "Kommission" wird, soweit nicht anders präzisiert, nachfolgend die "Berufs-Inseratevermittlerkommission" verstanden.

¹³ Die Pachtkommission wird nicht durch diese Richtlinien geregelt, sondern sie wird im Einzelnen mit den Verlagen ausgehandelt.

54. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist die Kommissionierungspraxis der Publigroupe gegenüber den unabhängigen Vermittlern, welche einzig in der letztgenannten Konstellation (e) zum Tragen kommt.

55. Dabei riefen insbesondere die folgenden vier Kommissionierungsvoraussetzungen kartellrechtliche Bedenken hervor: Die Forderung in Ziff. 2.2 Abs. 1, dass die Inserate von mehreren juristisch und wirtschaftlich voneinander unabhängigen Auftraggebern stammen müssen; die Bestimmung in Ziff. 2.2 Abs. 2, wonach nur Universalvermittler, nicht aber Spartenvermittler oder Vermittler in Nebentätigkeit kommissioniert werden; die Bestimmung in Ziff. 2.2 Abs. 3, wonach Werbe-, PR- oder Mediaberater oder -Agenturen nicht sowohl die Beraterkommission als auch die Vermittlungskommission erhalten dürfen; sowie die Voraussetzungen betreffend das Geschäftsvolumen in Ziff. 2.5.

A.4.2.3 Media- und Werbeagenturen

56. Auf der Agenturenstufe (Stufe 4) spielen die Media- und Werbeagenturen als Zwischeneinheiten in der Praxis eine wesentliche Rolle. In der Regel werden sie von mittleren und grossen Kunden beauftragt, Werbekampagnen zu entwickeln. Für die Beurteilung des vorliegenden Falles sind die Agenturen indes von untergeordneter Bedeutung.

57. Den Media- und Werbeagenturen stehen theoretisch die gleichen fünf Insertionswege zur Verfügung wie den direkten Inserenten, auch wenn in der Praxis die Variante e (durch einen unabhängigen Vermittler an Publigroupe) eher unüblich ist.

58. Die Agenturen erhalten von den Publigroupe-Gesellschaften eine so genannte Beraterkommission¹⁴, unabhängig davon, bei welchen Publikationen ein Inserateraum eingekauft wird. Sie beträgt zwischen 5% (die meisten Tageszeitungen: BK I) und 15% (die meisten Publikumszeitschriften: BK II). Gemäss den Branchengrundsätzen wird den Werbeauftraggebern die Beraterkommission weitervergütet. An sich ist das System neutral. Dennoch muss darauf hingewiesen werden, dass sich die Höhe der Beraterkommission (BK I oder BK II) auf die Kommission auswirkt, die Publigroupe den unabhängigen Vermittlern einräumt. Wenn der unabhängige Vermittler eine Werbeagentur als Kunde hat, die Anspruch auf die Beraterkommission I (5%) hat, erhält dieser Vermittler von Publigroupe eine erhöhte Kommission (z.B. 8%), wovon 5% der Werbeagentur als Beraterkommission bezahlt wird. Schlussendlich behält der Vermittler nur noch 3%. Das gleiche System gilt ebenfalls für die Jahresumsatzprämien gegenüber den Inserenten (JUP I oder JUP II)¹⁵. Die Höhe der Kommission wird im Einzelnen wie folgt geregelt:

4. Kommissionierungsregeln

4.1 Kommissionsberechtigte Aufträge

Die Mitgliedfirmen des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften VSW verpflichten sich, den im Sinne dieser Richtlinien kommissionsbe-

rechtigten Berufs-Inseratevermittlern folgende Vermittlungskommission zu entrichten.

Für vermittelte Aufträge, die weder auf JUP I / BK I, noch auf JUP II / BK II Anspruch haben, beträgt die Vermittlungskommission fünf Prozent des Kundennettos.

Für vermittelte Aufträge, die Anspruch auf JUP I oder BK I haben, beträgt die Vermittlungskommission acht Prozent des Kundennettos.

Für vermittelte Aufträge in Publikumszeitschriften, die Anspruch auf JUP II oder BK II haben, beträgt die Vermittlungskommission 17,5 Prozent des Kundennettos.

Für vermittelte Aufträge in Fachzeitschriften beträgt die Vermittlungskommission fünf Prozent nach Abzug der JUP oder der BK.

Diese Regelung gilt ausschliesslich für die Vermittlung von Aufträgen an VSW-Pachttitel, auch wenn die Dispositionen exklusiv über nur eine bestimmte VSW-Pachtfirma erfolgen. Die Vermittlung von Inseraten für Eigenregie-Titel über VSW-Firmen sind nicht kommissionsberechtigt.

B ERWÄGUNGEN

B.1 Geltungsbereich

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

B.1.1 Unternehmen

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

61. Es stellt sich die Frage, gegen welches Unternehmen das vorliegende Verfahren zu führen ist. In Frage kommen der VSW, dessen Mitglieder Publicitas, Publimedia, Publimag und Mosse oder deren Muttergesellschaft, Publigroupe.

62. In ihrer Stellungnahme vom 20. September 2006 macht Publigroupe geltend, die einzelnen Tochtergesellschaften sowie der VSW würden als Adressatinnen der Verfügung bezeichnet, obwohl diesen Rechtspersonen ausdrücklich die Unternehmensqualität und damit die Unterstellung unter den Geltungsbereich des Kartellgesetzes gemäss Art. 2 KG abgesprochen und entsprechend nie ein Untersuchungsverfahren gemäss Art. 27 KG eröffnet worden sei. Die nachfolgenden Erwägungen zeigen, dass zwischen Unternehmensqualität und Eigenschaft als Verfügungsad-

¹⁴ Siehe VSW-Richtlinien über die Kommissionierung von Werbe-, PR-, Media- und Web-Agenturen.

¹⁵ Siehe JUP-Vereinbarung, abgeschlossen zwischen Schweizer Werbe-Auftraggeber SWA einerseits sowie Verband Schweizerischer Werbegesellschaften VSW und Verband Schweizer Presse andererseits.

ressat zu unterscheiden ist, weshalb der von Publigroupe geltend gemachte Widerspruch nur vermeintlich besteht:

63. Der VSW tritt auf dem nachfolgend abzugrenzenden Markt nicht als Anbieter oder Nachfrager von Gütern oder Dienstleistungen auf. Als Unternehmen im Sinne von Art. 2 KG sind deshalb dessen Mitglieder zu betrachten.

64. Unternehmen im Sinne von Art. 2 KG müssen wirtschaftlich selbstständig sein. Diese Voraussetzung wird in der Regel von konzerninternen Gesellschaften wegen deren wirtschaftlicher Abhängigkeit zur herrschenden Gesellschaft nicht erfüllt¹⁶. Sofern die Muttergesellschaft ihre Tochtergesellschaften effektiv zu kontrollieren vermag und die Kontrolle tatsächlich ausübt, so dass die Konzerngesellschaften nicht in der Lage sind, sich von der Muttergesellschaft unabhängig zu verhalten, wird der Konzern kartellrechtlich als Ganzes erfasst (selbstständige Wirtschaftseinheit).

65. Ein Konzern liegt vor, wenn kumulativ zwei Tatbestandsmerkmale vorliegen: Die Zusammenfassung mehrerer juristisch selbstständiger Gesellschaften und das Vorhandensein einer einheitlichen wirtschaftlichen Leitung¹⁷. Entscheidend ist, dass das konzernierte Unternehmen seine wirtschaftlichen Grundentscheidungen nicht selbst treffen kann, sondern sich nach den Weisungen der Konzernleitung richten muss. Beide Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall erfüllt. Die Zusammenfassung der vier Gesellschaften ist mit ihrer 100%-Angehörigkeit zu Publigroupe gegeben. Die einheitliche Leitung ergibt sich vor allem aus folgenden Tatsachen:

- Die vier Mitglieder des VSW bilden den operativen Bereich von Publigroupe auf dem Markt für die Vermittlung von Printwerberräumen (Geschäftsbereich Publipresse).
- Sie werden in der Rechnungslegung von Publigroupe vollumfänglich konsolidiert.
- Es gibt zahlreiche persönliche Verflechtungen zwischen den Verwaltungsräten und Geschäftsleitungen der vier Mitglieder des VSW und Publigroupe.

66. Obwohl die vier Mitglieder des VSW rechtlich selbstständig sind, treten sie wegen ihrer 100%-Angehörigkeit zu Publigroupe nicht wirtschaftlich selbstständig am Markt auf. Vielmehr handelt es sich um konzernierte Gesellschaften des Publigroupe-Konzerns, welcher kartellrechtlich eine wirtschaftliche Einheit darstellt.

67. Als Unternehmen im Sinne von Art. 2 KG ist folglich Publigroupe zu qualifizieren.

B.1.2 Verfügungsadressat

68. Von der Bestimmung des Unternehmens im Sinne von Art. 2 KG zu unterscheiden ist die Frage, an welche Gesellschaften die vorliegende Verfügung zu adressieren ist.

69. Verfügungsadressaten sind diejenigen natürlichen und juristischen Personen, deren Rechte und Pflichten im Sinne eines Tuns, Duldens oder Unterlassens durch

die Verfügung unmittelbar, direkt und rechtsverbindlich geregelt werden oder deren Rechtstellung durch den Hoheitsakt in anderer Weise gestaltet wird¹⁸. Materielle Verfügungsadressaten sind die durch das Verfügungsdispositiv verpflichteten Personen.

70. Publigroupe hat die vier Gesellschaften Publicitas, Publimag, Publimedia und Mosse, die vier einzigen Mitglieder des VSW, vollständig konzerniert. Als Inhaberin der Entscheidungsbefugnis ist Publigroupe in der Lage, das Verhalten des VSW nach dem vorliegenden Verfügungsdispositiv zu richten. Durch die Verfügung der Weko, bzw. die einvernehmliche Regelung, werden die Rechte und Pflichten von Publigroupe geregelt.

71. Durch die Prüfung der VSW-Richtlinien und ihrer möglichen Veränderung wird zugleich in die Rechtstellung der vier Gesellschaften Publicitas, Publimag, Publimedia und Mosse eingegriffen, da die operativen Tätigkeiten vor allem auf der Ebene dieser vier Tochtergesellschaften erfolgen. Die Verfügung der Weko, bzw. die einvernehmliche Regelung, berührt somit ebenfalls deren Rechte und Pflichten unmittelbar.

72. Herausgeberin der Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildenden VSW-Richtlinien ist der von den Tochtergesellschaften der Publigroupe beherrschte Verband Schweizerischer Werbegesellschaften. Die Verfügung der Weko unter Einschluss der einvernehmlichen Regelung betrifft den bisherigen und künftigen Inhalt besagter Richtlinien und verpflichtet mithin auch den VSW als deren formeller Herausgeber.

73. Demzufolge sind sowohl Publigroupe als auch Publicitas, Publimag, Publimedia und Mosse sowie der VSW Adressaten der vorliegenden Verfügung.

B.1.3 Marktmacht

74. Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form der Ausübung von Marktmacht dar.¹⁹ Wird nachstehend die marktbeherrschende Stellung bejaht, wird auch die Ausübung von Marktmacht festgestellt. Falls eine marktbeherrschende Stellung verneint werden sollte, ist die Prüfung der Marktmacht obsolet, da in diesem Fall kein kartellrechtsrelevantes Verhalten im Sinne von Art. 7 KG vorliegt.

¹⁶ Vgl. ROLF H. WEBER, in: Schweizerisches Immaterialgüter und Wettbewerbsrecht SIWR, Band V/2, Basel 2000, S. 38.

¹⁷ ROLAND VON BÜREN, Schweizerisches Privatrecht SPR, Band VIII/6, Der Konzern, 2. Aufl., Basel 2005, S. 77 ff.

¹⁸ ISABELLE HÄNER, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zürich 2000, Rz. 537. Vgl. dazu auch "Swisscom ADSL", RPW 2004/2, S. 421, Rz. 64 ff.; Beschwerdentscheid Reko/WEF vom 30. Juni 2005, E. 3.2.

¹⁹ Vgl. "Watt/Migros - EEF", RPW 2001/2, S. 268, Rz. 79; Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 80 f.; JÜRGEN BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 2. Aufl., Zürich 2005, 2 N. 14 zu Art. 2 KG.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

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

B.3 Marktbeherrschende Stellung

77. 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).

78. Als marktbeherrschend 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).

79. Um festzustellen, ob sich Publigroupe tatsächlich in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

B.3.1 Relevanter Markt

B.3.1.1 Sachlich relevanter Markt

80. 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 VKU²⁰, der hier analog anzuwenden ist). Im vorliegenden Fall stellt sich folglich die Frage, welche Leistungen aus der Sicht der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als Substitute für die Leistungen von Publigroupe anzusehen sind. Um diese Frage zu beantworten, ist vorab zu klären, wer Marktgegenseite der Publigroupe ist und welche Leistungen von dieser angeboten werden.

81. Umfang und Art der Dienstleistungen der Publigroupe im Bereich der Werbe- und Anzeigenvermittlung sind vielfältig. Publigroupe ist auf verschiedenen Marktstufen in unterschiedlichen Geschäftsbereichen tätig. Grundsätzlich ist zu unterscheiden, ob Publigroupe als einfache Vermittlerin für Eigenregieverlage auftritt, oder ob sie für einen Ver-

lag die Vermittlung bzw. den Verkauf von Werbe- und Anzeigeraum in Pachtregie betreibt.

82. Tritt Publigroupe als Vermittlerin auf, so steht ihr auf der einen Seite der Eigenregieverlag gegenüber, dessen Werbe- und Inseraterraum sie vermittelt und mit welchem sie zu diesem Zweck in der Regel einen so genannten Zusammenarbeitsvertrag abschliesst. Auf der anderen Marktseite stehen ihr als Endnachfrager die Werbenden bzw. deren Agenturen gegenüber, denen sie den Werbe- und Inseraterraum der Eigenregieverlage vermittelt. In diesem Bereich tritt Publigroupe als Wettbewerberin der anderen unabhängigen Vermittler auf, welche ebenfalls in der Vermittlung von Werbe- und Inseraterraum der Eigenregieverlage tätig sind.

83. Vermarktet Publigroupe für einen Verlag bzw. dessen Titel den Werbe- und Inseraterraum exklusiv, so schliesst sie mit diesem einen Pachtvertrag. Wie bereits erwähnt, müssen sich Inserenten, welche Werbe- und Inseraterraum in diesen so genannten Pachtregie-Titeln nachfragen, entweder direkt an die Publigroupe wenden oder an einen unabhängigen Vermittler, welcher ebenfalls Anzeigerraum in Pachtregietiteln vermittelt. In diesem Fall bestehen zwischen den unabhängigen Vermittlern und dem Verlag keine direkten Geschäftsbeziehungen, sondern die unabhängigen Vermittler kontrahieren mit der Publigroupe, welche den Werbe- und Inseraterraum als Pächterin exklusiv für den Verlag vermarktet. Für ihre Vermittlungsdienstleistung wird den unabhängigen Vermittlern von der Pächterin eine Kommission entrichtet. Im System der Pachtregie sind Marktgegenseite der Publigroupe somit die unabhängigen Vermittler. Da die unabhängigen Vermittler ebenfalls eine Exklusivvermarktung des Werbe- und Inseraterraums eines Titels übernehmen könnten, stellen sie zugleich potenzielle Konkurrenten der Publigroupe dar.

84. Für die vorliegende Untersuchung sind somit grundsätzlich folgende drei sachlichen Marktabgrenzungen denkbar:

- der Markt für die Vermittlung von Inserate- und Werberaum in Printmedien, welcher die Vermittlungstätigkeit der Publigroupe und der unabhängigen Vermittler sowie die Tätigkeit der Publigroupe als Pächterin umfasst.
- der Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien, welcher neben der Vermittlungstätigkeit der Publigroupe und der unabhängigen Vermittler auch die direkte Vermarktung des Werberaumes durch die Eigenregieverlage umfasst. Dieser Markt entspricht umfangmässig den insgesamt in der Pressewerbung getätigten Ausgaben²¹.

²⁰ Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996, SR 251.4.

²¹ Sämtliche Anzeigen werden entweder in Pachtverlagen oder in Eigenregieverlagen publiziert. Die von den unabhängigen Vermittlern vermittelten Anzeigen sind darin eingeschlossen.

- der Gesamtwerbemarkt (Presse, Fernsehen, Radio, Plakate, Internet und Direktwerbung).

Nachfolgend soll unter a) das Nachfrageverhalten der Werbeauftraggeber als die eine Marktgegenseite (nachfolgend, Rz. 85 ff.) und unter b) das Nachfrageverhalten der Verlage als andere Marktgegenseite der Publigroupe analysiert werden (hinten, Rz. 89 ff.).

85. a) Gegenüber den Werbeauftraggebern tritt Publigroupe als Verkäuferin von Anzeige- und Werberaum auf. Den Werbenden ist in aller Regel weder bekannt noch von Bedeutung, ob dieser Inseraterraum aus einer Zeitung stammt, welche ihr Anzeigengeschäft an die Publigroupe ausgelagert hat, oder ob die Publigroupe als Vermittlerin für eine Eigenregiezeitung tätig ist. Als Wettbewerber zur Publigroupe treten die unabhängigen Vermittler im Markt auf, welche ebenfalls Werbe- und Inseraterraum in den wichtigsten Printmedien anbieten.

86. Die Dienstleistung der unabhängigen Vermittler ist aus Sicht der Werbenden dann mit derjenigen der Publigroupe substituierbar, wenn die unabhängigen Vermittler die von ihnen nachgefragten Titel in ihrem Portefeuille führen. Ist dies nicht der Fall, bspw. weil sich ein unabhängiger Vermittler auf die Titel aus der Region Zürich konzentriert, stellt der Weg über die unabhängigen Vermittler für überregionale Werbekampagnen keine Alternative zur Dienstleistung der Publigroupe dar.

87. Gegen eine enge Abgrenzung des Marktes auf die Vermittlungstätigkeit spricht indes die Tatsache, dass die direkte Platzierung von Inseraten in den gewünschten Printtiteln ohne Zwischenschaltung eines Vermittlers in der Praxis sehr häufig und volumenmässig beachtlich ist. Dieser direkte Kontakt mit dem Verlag, ohne über Publigroupe oder einen unabhängigen Vermittler zu gehen, ist allerdings nur bei den Eigenregieverlagen möglich. Bei den Eigenregieverlagen, in welche vor dem Wechsel der NZZ und der Aargauer Zeitung in die Pachtregie rund die Hälfte aller Anzeigen publiziert wurden, steht es den Werbeauftraggebern frei, ob sie von der Dienstleistung der Publigroupe bzw. eines unabhängigen Vermittlers Gebrauch machen oder sich direkt an den Verlag wenden. Gemäss Angaben der befragten Eigenregieverlage werden ca. 40% bis 50% von ihren Anzeigenumsätzen von Publigroupe vermittelt, während von den unabhängigen Vermittlern nur rund 5% des Umsatzes stammt. Der restliche Umsatz wird durch direkte Vermarktung des Anzeige- und Werberaumes ohne Zwischenschaltung der Publigroupe oder eines anderen Vermittlers generiert.

88. Für die Marktseite der Werbeauftraggeber stellen folglich im Bereich der Eigenregieverlage die unabhängigen Vermittler sowie die direkte Insertion Ausweichmöglichkeiten zu den Dienstleistungen der Publigroupe dar. Dies spricht dafür, den relevanten Markt aus Sicht der Werbenden als Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien abzugrenzen.

89. b) Gegenüber den Verlagen tritt Publigroupe zum einen als Pächterin, zum anderen als einfache Anzei-

genvermittlerin auf. Die Verlage haben grundsätzlich die Wahl, ihr Anzeigengeschäft selber in Eigenregie zu führen, oder aber dieses auszulagern. Die Vermarktung des Werberaumes in Eigenregie stellt somit eine Alternative zur exklusiven Vermarktung durch die Publigroupe als Pächterin dar.

90. Verlage, welche ihren Werbe- und Inseraterraum in Eigenregie vermarkten, bedienen sich unterschiedlicher Verkaufskanäle: Rund die Hälfte der Anzeigen wird direkt an die Inserenten verkauft, die andere Hälfte wird durch Publigroupe (40%-50%) und unabhängige Vermittler (unter 5%) vermittelt. Diese drei Verkaufskanäle sind aus Sicht der Eigenregieverlage grösstenteils substituierbar.

91. Verlage, die sich für eine Auslagerung des Anzeigengeschäfts entscheiden, haben theoretisch ebenfalls die Wahlmöglichkeit, Publigroupe oder einen unabhängigen Vermittler als Pächter einzusetzen. Allerdings ist es den unabhängigen Vermittlern bis anhin nur mit einigen wenigen lokalen Zeitungen oder spezialisierten Zeitschriften gelungen, einen Pachtvertrag zu schliessen. Unabhängige Vermittler haben namentlich die ausgelagerte Anzeigeverwaltung gewisser kleinerer Lokalzeitungen wie "Tössthaler", "Anzeiger für Gäu und Thal", der Inseratekombinationen "Oltner Kombi", des "Langenthaler Ring", "Jurasüdfuss-Kombi", "Jurasüdfuss-Kombi PLUS" und der Berner Lokalausgabe von "20 Minuten", sowie diverser Zeitschriften wie "Zürcher Wirtschaft", "Anwaltsrevue", "Der Treuhandexperte", "WWF Magazin" oder "Panorama" übernommen.

92. Insgesamt stehen den Verlagen als Marktgegenseite der Publigroupe somit gewisse Substitutionsmöglichkeiten zu deren Dienstleistung offen. Insbesondere können die Verlage in Eigenregie ihre Anzeigen auch direkt ohne Zwischenschaltung von Vermittlern vermarkten. Allerdings ist der Einschluss des selbstständigen Verkaufs des Anzeige- und Werberaums durch die Eigenregieverlage in den relevanten Markt nur soweit sachgerecht, als die Wahlmöglichkeit der Verlage zwischen Eigen- oder Pachtregie nicht übermässig eingeschränkt ist.

93. Die befragten Zeitungen mit Pachtvertrag sind sich einig, dass ein Systemwechsel von Pacht- zu Eigenregie grundsätzlich möglich ist. Einige präzisieren, dass sich diese potenzielle Alternative auf die Preise und Leistungsqualität von Publigroupe auswirkt. Allerdings sehen die meisten in den kommenden Jahren keinen Systemwechsel vor. Kommt hinzu, dass die Pachtverträge in der Regel über mehrere Jahre abgeschlossen werden, was die Möglichkeit eines Wechsels zur Eigenregie ebenfalls beschränkt. Auch falls Publigroupe ihre Pachtkommissionstarife um wenige Procente erhöht, können die Verlage nicht kurzfristig und ohne spürbare Zusatzkosten zum Modell der Eigenregie wechseln. Nur wenige Pachtregieverlage sind der Meinung, dass die Eigenregie eine ernst zu nehmende Alternative zum Outsourcing-Angebot von Publigroupe ist. Sämtliche befragten Verlage geben an, dass das Netzwerk, das Know-how, die Übernahme des Delkreder-Risikos und die variablen Kosten Vorteile von Publigroupe darstellen, weisen jedoch

gleichzeitig darauf hin, dass die erhebliche Umsatzabhängigkeit ihres Unternehmens von Publigroupe und die Distanz zu den Kunden problematisch sein könnten.

94. Bei der Wahl eines Verlages zwischen dem Modell der Eigenregie und dem Modell der Pachtregie sind insbesondere die nachfolgenden Parameter von Bedeutung:

- Erstens ist die Grösse des Verlags wesentlich für die Möglichkeit, die Vermarktung im Eigenregiesystem vorzunehmen. Insbesondere Verlage mit einer genügenden kritischen Masse geben an, mittelfristig eine Eigenregie organisieren zu können, falls Publigroupe ihre Pachtkommissionstarife um wenige Prozente erhöht. Dies widerspiegelt sich namentlich in der Tatsache, dass die Deutschschweizer Eigenregiezeitungen (20 Minuten, Blick, Tages-Anzeiger, Titel der Espace Media, früher NZZ) alle über eine erhebliche Finanzkraft verfügen.
- Zweitens ist die geografische Lage der Verlage von Bedeutung. Für in Randregionen tätige Verlage ist der Aufbau einer Eigenregie für nationale Inserate in der Regel kaum realisierbar. Eine Eigenregie wäre für sie nur für den lokalen Anzeigenmarkt möglich.
- Drittens ist die Rolle der Minderheitsbeteiligungen von Publigroupe zu berücksichtigen. Beinahe sämtliche Verlage, an welchen Publigroupe als Minderheitsaktionärin beteiligt ist, haben mit Publigroupe Pachtverträge abgeschlossen. Neben Minderheitsbeteiligungen kann Publigroupe auch anders finanziell beteiligt sein, namentlich durch Investitionsdarlehen (für die Erneuerung von Zeitungsrotationsmaschinen), denen Publigroupe erst zustimmt, wenn ein Pachtvertrag mit einer Publipresse-Gesellschaft abgeschlossen wird.

95. Publigroupe macht allerdings darauf aufmerksam, dass einige Titel trotz ungünstiger geografischer Lage oder Minderheitsbeteiligungen von Publigroupe von einem Pachtsystem zu einer Vermarktung des Anzeige- und Werberaums in Eigenregie gewechselt haben. Von Publigroupe namentlich erwähnt wurden diesbezüglich der Walliser Bote (trotz Randregion), Der Bund, [...] ([...] trotz Minderheitsbeteiligung), das Aargauer Tagblatt und Edipub.

96. Dieser Einwand der Publigroupe ist insoweit zu relativieren, als [...] die Aargauer Zeitung per 2006 wieder zum System der Pachtregie zurückwechselte (siehe dazu auch hinten, Rz. 179). Der Wechsel des Bundes zur Eigenregie ist überdies auf besondere wirtschaftliche Umstände zurückzuführen (dazu hinten, Fn. 98).

97. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass den Verlagen in Pachtregie die Möglichkeit eines Wechsels zur Eigenregie zwar grundsätzlich erhalten bleibt, jedoch nur wenige Pachtregieverlage tatsächlich über die für eine längerfristige Eigenregie notwendigen Mittel und Ressourcen verfügen. Die Alternative der selbstständigen Vermarktung des Anzeigenraumes in Eigenregie stellt deshalb nicht ein perfek-

tes Substitut zur Dienstleistung der Publigroupe dar. Nichtsdestotrotz dürfte von der Möglichkeit der Eigenregievermarktung eine gewisse disziplinierende Wirkung ausgehen. Der sachlich relevante Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU hat neben der Vermittlungstätigkeit der Publigroupe und der unabhängigen Vermittler deshalb auch die direkte Vermarktung von Anzeige- und Werberaum durch die Verlage in Eigenregie zu umfassen. In sachlicher Hinsicht ist der Markt als Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien abzugrenzen.

98. Zu prüfen bleibt der Einwand der Publigroupe, eine korrekte Marktabgrenzung habe den Gesamtwerbemarkt als Grundlage für die Marktanteilsberechnung zu berücksichtigen. Die verschiedenen Werbekanäle (Presse, Fernsehen, Radio, Plakate, Internet und Direktwerbung) würden sich gegenseitig derart konkurrieren, dass sie von den Werbeauftraggebern als substituierbar angesehen werden. Jüngste publizierte Zahlen würden belegen, dass auf dem Werbemarkt aufgrund der dynamischen Entwicklung insbesondere zu Gunsten elektronischer Medien sehr markante Verschiebungen zwischen den Werbeträgern stattfänden.

99. Vorweg ist festzuhalten, dass die vorliegend untersuchte Dienstleistung der Publigroupe die Vermittlung und Vermarktung von Werberaum in Printmedien betrifft. Untersucht wird mithin nicht der Printwerbemarkt als solches, sondern eine von diesem abgeleitete spezifische Dienstleistung, welche von den Verlagen von Publigroupe und anderen Marktteilnehmern erbracht wird. Die allenfalls durch das Verhalten der Publigroupe diskriminierten unabhängigen Vermittler sind vorwiegend im Bereich der Vermittlung von Printwerbung tätig. Inwieweit andere Werbeträger das Verhalten der Publigroupe gegenüber den unabhängigen Vermittlern im Printbereich zu disziplinieren geeignet sind, scheint bereits vor diesem Hintergrund fraglich. Andere Werbeträger vermögen allenfalls den Primärmarkt der Printwerbung zu beeinflussen. Ihre Bedeutung für die vorliegend relevante Vermittlungstätigkeit von Werbe- und Inserateraum in Printmedien ist indes beschränkt.

100. Zwischen dem von Publigroupe geltend gemachten Gesamtwerbemarkt und dem vorliegend zu untersuchenden Kommissionierungsverhalten der Publigroupe bestehen kaum Rückwirkungen:

- Zum einen wirkt sich der Entscheid der Publigroupe, unabhängige Vermittler zu kommissionieren, einzig zwischen den Parteien aus: Im Falle einer Kommissionierung werden die unabhängigen Vermittler für ihre Dienstleistung entschädigt, andernfalls erhöht Publigroupe ihren Ertrag als Pächterin. Die von den Verlagen festgelegten Insertionskonditionen, welche für einen allfälligen Wettbewerb zwischen den unterschiedlichen Werbekanälen von Bedeutung wären, bleiben jedoch von der Kommissionierungspraxis der Publigroupe unberührt.
- Zum anderen hätte auch der von Publigroupe geltend gemachte Wettbewerb im Gesamtwerbemarkt

keine disziplinierende Wirkung auf die Kommissionierungspraxis der Publigroupe. Allfälliger Wettbewerb unter den Werbekanälen vermag sich allenfalls auf die durch die Verlage festgelegten Insertionskonditionen für die Endkunden auszuwirken. Die Kommissionierungspraxis der Publigroupe hingegen bleibt davon unberührt.

Bereits aufgrund dieser Erwägungen ist nicht sachgerecht, der vorliegenden Untersuchung betreffend das Geschäftsverhalten der Publigroupe gegenüber den unabhängigen Vermittlern einen "Gesamtwerbemarkt" zugrunde zu legen. Nachfolgende Analyse des Primärmarktes macht zudem deutlich, dass für die Inserenten und Werbeauftraggeber die unterschiedlichen Werbekanäle nur beschränkt substituierbar sind und sich auch aus diesem Grund eine Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes als "Gesamtwerbemarkt" nicht rechtfertigt.

101. In ihrer bisherigen Rechtsprechung hat sich die Weko bereits mehrfach mit der Substituierbarkeit der verschiedenen Werbekanäle auseinandergesetzt und kam dabei jeweils zum Schluss, dass diese nicht dem gleichen sachlichen Markt zuzurechnen seien. In ihrer ständigen Praxis unterscheidet die Weko aufgrund unterschiedlicher Bedürfnisse und Eigenschaften der Werbetreibenden zwischen einem Markt für nationale Werbung und einem Markt für regionale und lokale Werbung.

- Im Markt für nationale Werbung wurde in Anwendung des SSNIP-Tests ("small but significant nontransitory increase in price") festgestellt, dass andere Werbeträger von den Werbetreibenden nicht als nähere Substitute für Zeitungen betrachtet werden. Auch bei einer dauerhaften Erhöhung der Insertionspreise um 10% würden die Unternehmen nicht auf andere Werbekanäle ausweichen. Andere Werbeträger stellen Substitute zweiter oder dritter Priorität dar. Auf dem Markt für nationale Werbung ergänzen alternative Werbeträger Printmedien in erster Linie als Bestandteil des Mediamix, ohne diese aber substantiell zu konkurrenzieren²².
- Mit Bezug auf den Markt für regionale und lokale Werbung, der insbesondere Rubrikanzeigen, aber auch lokale kommerzielle Werbung umfasst, wurde festgestellt, dass sich diverse Werbekanäle grundsätzlich gleichzeitig ergänzen und konkurrieren. Die Feststellung eines gewissen Konkurrenzverhältnisses bezog sich jedoch vorab auf verschiedene Printprodukte (lokale (Gratis-) Anzeiger und Tageszeitung) und nur in begrenzterem Umfang auch auf Direktwerbung und Lokalradios²³.

102. Im vorliegenden Fall ist eine Unterscheidung zwischen einem Markt für nationale und einem Markt für regionale und lokale Werbung nicht angebracht. Publigroupe ist ein auf dem gesamten schweizerischen Markt aktives Unternehmen, welches sämtliche Arten von Werbung und Inseraten an Printmedien vermittelt. Sowohl national Werbetreibende wie auch Kleininserenten bedienen sich der Vermittlungsdienstleistungen der Publigroupe. Das Filialnetz der Publigroupe deckt die ganze Schweiz ab;

Publigroupe hat mit Titeln aus sämtlichen Regionen der Schweiz Pacht- und Zusammenarbeitsverträge geschlossen. Auch vermarktet und vermittelt Publigroupe Anzeigeraum von sowohl regionalen wie auch nationalen Titeln. Eine sachliche Unterscheidung in verschiedene Teilmärkte (nationale bzw. lokale/regionale Werbung) kann deshalb unterbleiben.

103. Lanciert ein Unternehmen bzw. dessen Werbeagentur eine grössere Werbekampagne, stellt es zu diesem Zweck einen so genannten Media-Mix mit verschiedenen Werbeträgern zusammen. Dabei wird angestrebt, die verschiedenen Werbeträger optimal zu kombinieren, um in quantitativer und qualitativer Hinsicht eine maximale Werbewirkung zu erzielen. Welche Medien effektiv gewählt werden, ist von den Kommunikationszielen und einer Vielzahl anderer Kriterien wie der Art der Anzeige (Produktwerbung oder Stelleninserate), den Eigenschaften des Mediums, dem Zielpublikum (breit oder eng definierte Bevölkerungsgruppe), der Reichweite (Erreichbarkeit, Streuverlust) oder den Kosten abhängig. Diese Kriterien bestimmen die Wahl des Hauptwerbeträgers und der Ergänzungsmedien mit.

104. Die Printwerbung wird durch mehrere Charakteristiken gekennzeichnet, welche die Presse als Werbekanal schwer substituierbar machen:

- Erstens profitiert die Pressewerbung von der starken Position der Schweizer Presse. Nicht nur mit Bezug auf die absoluten und relativen Zahlen, sondern auch was die Vielfalt und die Leserbindung anbelangt, ist die Schweiz als eigentliches Presse-land zu bezeichnen²⁴. Die Vielfalt der Publikationen in geografischer, sozialer und sprachlicher Hinsicht erlauben eine weite Erreichbarkeit, gestatten einen gezielten und effizienten Werbeeinsatz und vermeiden somit Streuverluste. Die Leserbindung (Abonnementanteil) ist in der Schweiz überdurchschnittlich hoch, was wiederum die Glaubwürdigkeit und Akzeptanz der Printwerbung verstärkt.
- Zweitens lässt die Presse eine komplexe Botschaft zu. Textintensive Anzeigen ermöglichen einen vertieften Kontakt mit dem Leser und einen erhöhten Informationsgehalt.
- Drittens zieht die Pressewerbung aus den technischen Eigenschaften der Presse Nutzen. Inserate können, ohne an einen bestimmten Platz (Plakat, Aussenwerbung) oder an eine bestimmte Zeit (Radio, TV, Kino) gebunden zu sein, jederzeit, überall und wiederholt gelesen werden. Ausserdem kennen Printmedien kaum Kapazitätsgrenzen. Der Erscheinungsrhythmus von Zeitungen erlaubt rasche Werbeeinsätze und schnelle Reaktionen.

²² Zuletzt "Tamedia AG/20 Minuten (Schweiz) AG", RPW 2004/2, S. 596 ff., Rz. 60 ff., m.w.Hw.

²³ Zuletzt "Tamedia AG/20 Minuten (Schweiz) AG", RPW 2004/2, S. 598 ff., Rz. 70 ff., m.w.Hw.

²⁴ Siehe Rz. 24 ff.

- Viertens sind die Produktionskosten einer Anzeige relativ niedrig im Vergleich zu Fernseh- oder Radiospots.

Nachteilig wirken sich hingegen die hohen Veröffentlichungskosten aus, insbesondere wenn mit der Werbebotschaft eine hohe Penetration angestrebt wird.

105. Die anderen traditionellen Werbeträger weisen unterschiedliche Eigenschaften auf und dienen unterschiedlichen Zielsetzungen. Während das Fernsehen auf die breite Kommunikation einer emotionalen, einfachen Botschaft (meistens Markenartikel mit grossen Budgets) dank audiovisueller Möglichkeiten abzielt, wird Radio eher als lokales oder regionales Ergänzungsmedium eingesetzt, das aktuelle Angebote oder Aktionen vorwiegend im Bereich Handel und Gewerbe durch schnellwirkende Appelle an ein junges Zielpublikum fördert. Plakate und Aussenwerbung werden ebenfalls als Ergänzungsmedium angesehen, welches sich durch eine hohe, aber oberflächliche Kontaktchance auszeichnet und in erster Linie schnelle, klar verständliche, prägnante und kurze Botschaften zu vermitteln vermag²⁵.

106. Die befragten Werbeagenturen bestätigen insgesamt diese Erkenntnisse. Insbesondere heben sie drei Hauptvorteile der Pressewerbung hervor: Die Möglichkeit einer informativen und komplexen Botschaft, die gute geografische und soziodemografische Selektierbarkeit des Publikums und die rasche Verfügbarkeit. Was die Kosten der Pressewerbung anbelangt, wird einerseits darauf aufmerksam gemacht, dass eine weit verbreitete nationale Kampagne meistens teuer und die Streuverluste möglicherweise gross seien; andererseits geben manche Agenturen an, Printmedien seien als Werbeträger eher kostengünstig, sofern es gelinge, das Zielpublikum durch die Wahl von spezifischen Publikationen gut zu selektieren. Auf den SSNIP-Test "Wie würden Sie reagieren, wenn sich die Insertionspreise für die Pressewerbung um etwa 10% erhöhen würden?" antworteten die Medienagenturen mit grosser Mehrheit, dass das Budget für Pressewerbung aufrechterhalten, jedoch das Anzeigevolumen sinken würde. Rund ein Viertel sprach sich sogar für die Erhöhung des Budgets für Pressewerbung aus, um das Anzeigevolumen aufrechtzuerhalten, sofern genügend Mittel vorhanden

²⁵ Vgl. dazu nachfolgende schematische Zusammenstellung, aus: Print-Media-Planer 2005, S. 12 f: (für weiterführende Angaben überdies Intermediavergleich des Media Trend Spezial 2004, wiedergegeben in Print-Media-Planer 2006, S. 12 ff.).

Medium	Funktion des Werbeträgers	Wirkungssituation	Darstellungsmöglichkeit	Selektion (Zielgruppe)	Verfügbarkeit	Kosten
Tageszeitung	Aktuelle Information, Neuigkeiten, Chronik des Tagesgeschehens, Kommentar und Unterhaltung	Häusliche Atmosphäre, Büro, Zug, Vormittag, meist abonniert – wird erwartet	Text und Bild. Viele Format- und Farbvarianten sowie Prospektbeilagen möglich	Selektion nach geografischen und soziodemograf. Kriterien, Ansprache bestimmter Personkreise, überregionaler und lokaler Einsatz	Praktisch unbegrenzt, 2-3 Tage Reservationszeit, Spezialinsetrate etwas früher	Niedrige bis mittlere Tsd.-Kontakt-Preise je nach Auflage und Projektion
Publikumszeitschrift	Unterhaltung, Orientierungshilfe	Häusliche Atmosphäre, Coiffeur, Café etc., Nachmittag, Abend	Bild und Text. Beilage von Testmustern teilweise möglich	Selektion der Zeitschriften nach Zielgruppe nur bedingt möglich, keine Lokalsegmentierung	Praktisch unbegrenzt, häufig wöchentliche bis monatliche Erscheinung	Niedrige bis mittlere Tsd.-Kontakt-Preise je nach Auflage und Projektion
Fachzeitschrift	Information, Weiterbildung von und für Fachleute	Professionelle oder häusliche Umgebung, Mehrfachnutzung	Bild und Text. Beilage von Testmustern teilweise möglich	Selektion nach Zielgruppen respektive nach Fachgebiet	Begrenzt, da häufig nur monatliche Erscheinung	Niedrige bis mittlere Tsd.-Kontakt-Preise je nach Auflage und Projektion
Internet	Weltweite aktuelle Informationen und Unterhaltung rund um die Uhr	Professionelle und häusliche Umgebung oder ausser Haus	Interaktiv mit Text, bewegten Bildern und Ton, Banner und Buttons mit «Links»	Selektion der Zielgruppe nach geo- und soziodemografischen Merkmalen, Segmentierung nach Web-Seiten möglich	Praktisch keine Begrenzung	Tiefe bis mittlere Tsd.-Kontakt-Preise, Verrechnung nach erzielten Werbekontakten teilweise möglich
Plakat	Meist Werbung	Auf der Strasse, im Vorübergehen, schneller flüchtiger Eindruck	Nur Optik, vorwiegend Bild (farbig), Text, Beschränkung auf Produktname bzw. Slogan	Keine Selektion der Zielgruppen nach soziodemografischen Merkmalen, Differenzierung nach Plakatstandort	Beschränktes Angebot an Flächen, Reservationszeit	Aussagen über Preis/Leistungsverhältnis kaum möglich, generell niedrige Tsd.-Kontakt-Preise
Fernsehen	Unterhaltung und Information	Häusliche Atmosphäre, Gruppenerlebnis, Abend	Bewegte Optik und Akustik, multisensorische Ansprache	Selektion nach sprachregionalen und lokalen Kriterien sowie nach Sendefässen möglich	Je nach Sendestation und -gefäss frühzeitige Reservation	Niedrige bis hohe Tsd.-Kontakt-Preise je nach Sendestation und -gefäss
Teletext	Aktuelle Informationen (erfordert TXT-Decoder)	Häusliche Umgebung – verstärkte Nutzung am Wochenende	Kurze, prägnante Botschaften, Text u. Logos, keine Bilder. (Zeilen- und Seitenwerbung)	Selektion nach Sprachregionen. Keine lokale Segmentierung möglich	Begrenztes Angebot einzelner Rubriken, 2-3 Tage Reservationszeit	Niedrige bis mittlere Tsd.-Kontakt-Preise
Kino	Ausschliesslich Unterhaltung	Ausser Haus, im verdunkelten Saal (Film: alleinige Hinwendung), Nachmittag/Abend	Bewegte Optik und Akustik, multisensorische Ansprache mittels Filmdia, Diamovie, Werbefilm	Differenzierung nach Besucherstaffeln, regionale und lokale Abgrenzung möglich, Schwerpunkt bei jungen Leuten	Begrenzte Kapazität, Reservationszeit	Mittlere bis hohe Tsd.-Kontakt-Preise
Lokalradio	Aktuelle Informationen, Unterhaltung	Häusliche Atmosphäre, Arbeitsplatz, besonders im Auto, ganzer Tag	Nur Akustik (Sprache, Musik, Geräusche)	Selektion nach regionalen und lokalen Kriterien. Schwerpunkt bei jungen Leuten	Theoretisch weniger als 24 Std. Reservationszeit	Je nach Sender und Ausstrahlungszeit niedrige bis hohe Tsd.-Kontakt-Preise
Direktwerbung	Ausschliesslich Werbung	Häusliche oder professionelle Umgebung, unadressierte oder persönlich gehaltene Ansprache	Text und Bild, Testmuster – Produkterlebnis	Sowohl Massenaussendungen wie auch genaue Zielgruppen-segmentierung	Praktisch keine Begrenzung	Hohe Kontakt-Preise (Produktions- und Streukosten beachten)

seien. Keine der befragten Agenturen visierte von vornherein eine Senkung des Budgets für Pressewerbung und Verschiebung auf alternative Werbeträger an. Nur soweit eine Verschiebung auf andere Werbeträger mit dem vordefinierten Media-Mix und der Zielsetzung übereinstimmt, werden andere Medien berücksichtigt. Die entsprechende Frage betreffend die Insertionspreise der Tagespresse wurde in gleicher Weise beantwortet. Die geringe Preiselastizität der Printwerbung bestätigt die bisherigen Erkenntnisse der Wettbewerbskommission, dass die verschiedenen klassischen Werbeträger schwer substituierbar sind.

107. Auch die von Publigroupe eingereichten Unterlagen belegen, dass sich die Werbeausgaben in den unterschiedlichen Medien über einen längeren Zeitraum (1982-2004) nicht gegenläufig, sondern im Wesentlichen gleichförmig entwickelten. Zwar konnten die elektronischen Medien (verstanden als TV, Radio, Kino und Teletext) in den letzten 20 Jahren ihre Werbeumsätze stärker steigern als die Presse- und die Plakatwerbung, eine irgendwie geartete Substitutionsbeziehung lässt sich indes nicht ableiten. Auch in den Jahren des stärksten Umsatzwachstums der elektronischen Medien (1993-2000) konnten die Presse- und Plakatwerbung, wenn auch auf wesentlich bescheidenerem Level, ihren Umsatz steigern. Eine gegenläufige Bewegung (Umsatzzunahme der elektronischen Medien bei gleichzeitiger Umsatzabnahme der Printmedien) lässt sich - mit Ausnahme der letzten drei Jahre - nicht beobachten. Dies deutet darauf hin, dass diese unterschiedlichen Werbeträger in erster Linie ergänzend eingesetzt wurden, mithin keine starke Abwanderung von der Pressewerbung zur TV-, Radio- und Kinowerbung stattfand.

108. Publigroupe unterstreicht insbesondere die Bedeutung der Substitutionsbeziehung zwischen dem Printbereich und dem Internet. Dieses stelle ein echtes Substitut dar, welches trotz tendenziell steigenden Marktvolumens zu massiven Einbrüchen im Printbereich, vor allem der Rubrikinserate geführt hätte (Rz. 97 ff. der Stellungnahme vom 20.9.2006).

109. Die Bedeutung und die Eignung des Internets als alternativer Werbekanal hängt stark von der Art der Anzeige und des beworbenen Produkts ab. Zu unterscheiden ist zwischen der kommerziellen Werbung und Rubrikanzeigen (Immobilien-, Auto- und Stelleninserate).

110. Im Bereich der kommerziellen Werbung ist die Eignung des Internets als Substitut zur Printwerbung als gering einzuschätzen. Onlinewerbung kommt allenfalls die Rolle einer flankierenden Massnahme zur traditionellen Werbung zu. Dies bestätigen die befragten Werbeunternehmen und ergibt sich aus empirischen Marktdaten: Die Bruttowerbeeinnahmen der Pressemedien (Tagespresse, Publikumszeitschriften, Fachzeitschriften) beliefen sich 2004 auf über CHF 2.3 Mia. und waren somit fast 80-mal höher als diejenigen des Internets (unter CHF 30 Mio.). Zwar bietet das Internet auch für kommerzielle Werbung gewisse Vorteile, insbesondere den quasi unbegrenzten Platz, z.B. für technische Informationen, doch lässt sich ein Produkt nicht ausschliesslich über das

Internet lancieren oder vermarkten. Eine Pressekampagne ist unabdingbar, und sei es nur, um die Website bekannt zu machen bzw. auf sie zu verweisen.

111. Dagegen hat das Internet im Bereich der Rubrikanzeigen grosse Bedeutung erlangt. Seit ein paar Jahren werden vermehrt Wohnungen und Autos durch Inserate im Internet vermittelt und viele Stellen im Internet ausgeschrieben. Insbesondere im Bereich der Immobilien- und Autoinserate dürfte das Internet mittlerweile den wichtigsten und für viele Inserenten primären Marktplatz darstellen.

112. Im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle "Tamedia/Edipresse/Homegate"²⁶ kam die Weko im Bereich der Rubrikanzeigen, insbesondere im Bereich der Immobilienanzeigen, zum Schluss, dass Printinserate aufgrund wesentlicher Differenzen hinsichtlich Qualität, Preis, Penetrationskraft und Zielpublikum trotz teilweise substitutiver Eigenschaften nicht dem gleichen sachlichen Markt wie die Online-Inserate angehören. Ebenso identifiziert die EU-Kommission einen von der Printwerbung separaten Markt für Online-Werbung²⁷ und hielt das deutsche Bundeskartellamt fest, dass Abo-Tageszeitungen, Kaufzeitungen und Anzeigenblätter sich wegen anderer zeitlicher und personeller Reichweiten, beträchtlicher Qualitätsunterschiede, sowie wegen erheblicher Preisunterschiede deutlich vom Online-Anzeigemarkt unterscheiden und deshalb nicht ohne Weiteres austauschbar seien²⁸.

113. Aus der Sicht der Inserenten von Rubrikanzeigen stellen die verschiedenen Medien teils alternative, teils ergänzende Insertionskanäle dar. Wesentlich für die Inserenten ist, dass ihr Inserat von einer möglichst grossen Anzahl potenzieller Abnehmer zur Kenntnis genommen werden kann. Dieses Ziel lässt sich sowohl über Onlineportale wie auch über Printmedien erreichen, weshalb der Marktgegenseite grundsätzlich die Wahl zwischen den verschiedenen Kanälen offen steht. Für eine teilweise Substituierbarkeit der Online- und Printinserate spricht überdies, dass das seit mehreren Jahren sinkende Rubrikanzeigevolumen in den Printmedien zu einem gewissen Teil von den Online-Marktplätzen absorbiert wurde.

114. Aus dem Nachfrageverhalten der Inserenten ergibt sich jedoch, dass sich die verschiedenen Kanäle der Immobilien-, Auto- und Stellenvermittlung heute zu weiten Teilen ergänzen und nicht direkt konkurrieren. Um die Erfolgsaussichten zu maximieren, werden Rubrikanzeigen häufig in verschiedenen Medien platziert. Der Grund für das mehrgleisige Vorgehen liegt im unterschiedlichen Suchverhalten der potenziellen Kunden, die sich je nach persönlicher Situation, Alter und Gewohnheiten ausschliesslich

²⁶ "Tamedia AG/Edipresse SA/Homegate AG", RPW 2005/2, S. 312 ff.

²⁷ Statt vieler: Telia/Telenor, Comp/M.1439 vom 13.10.1999.

²⁸ Bundeskartellamt B6 - 136/01, S. 8 f., Rz. 18, "bild.de".

oder zumindest vorwiegend über ein bestimmtes Medium erreichen lassen. Onlineinserate verfügen dabei insbesondere bezüglich der Kosten (Onlineinserate sind wesentlich günstiger als Printinserate), der Einfachheit der Aufschaltung, dem Informationsgehalt der Onlineinserate (Bilder der Objekte, Grundrisse, Lageplänen etc.) sowie der zeitlich und räumlich grossen Penetrationskraft über wesentliche Vorteile gegenüber dem Printinserat. Hingegen lässt sich mit einem Inserat in einem Printmedium eine hohe Kontaktquote sicherstellen, werden doch damit auch solche potenzielle Kunden erreicht, welche nicht gezielt nach einem Produkt oder einer neuen Stelle suchen (sog. "Zufallsfunde").

115. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass auch wenn das Inserat im Internet in einzelnen Fällen als Substitut zu einer Anzeige in einem Printmedium dienen kann, Print- und Onlineinserate aufgrund unterschiedlicher Eigenschaften zumeist komplementär eingesetzt werden. Analog der bisherigen Praxis der Weko, der EU-Kommission sowie des Bundeskartellamtes zur sachlichen Marktabgrenzung ist vorliegend davon auszugehen, dass das Internet als alternativer Werbekanal weder im Bereich der kommerziellen Werbung noch im Bereich der Rubrikinserate in einer ausreichend engen substitutiven Beziehung zur Pressewerbung steht, um die beiden Werbekanäle dem gleichen sachlichen Markt zuzuordnen.

116. Unter Direktwerbung wird das Zusenden von kommerzieller Werbung per Post (direkt in den Briefkästen) verstanden. Im Jahr 2004 wurden für Direktwerbung mit CHF 1.24 Mia.²⁹ beinahe zweimal so viel wie für Fernsehwerbung und zehnmal so viel wie für Radiowerbung ausgegeben. Die Umsätze in der Direktwerbung waren längere Zeit zunehmend und in den letzten Jahren weniger von der Werbekrise betroffen als andere Kanäle. In den letzten Jahren ist allerdings eine gewisse Stagnation festzustellen.

117. Auch die Direktwerbung unterscheidet sich in wesentlichen Belangen von der Printwerbung. Der Hauptvorteil der Direktwerbung liegt in der Möglichkeit, einen direkten Kontakt mit dem erwünschten Kundenkreis aufzubauen, wodurch sich die Direktwerbung auch unmittelbar als Verkaufskanal nutzen lässt. Bedingt durch die Besonderheiten der Direktwerbung ist es sogar möglich, durch - meist belohnte - Rückschreiben Reaktionen von den Kunden zu erhalten. Allerdings weist die Direktwerbung auch gewisse Nachteile auf. Erstens ist das Aufbauen eines ausgewählten Kundenkreises bzw. einer Adresskartei teuer und langfristig zu planen. Eine Direktwerbung ohne ausgewählte Adressen ist mit hohen Kosten verbunden und eine Angebotsindividualisierung lässt sich kaum erzielen. Ausserdem muss mit enormen Streuverlusten gerechnet werden. Zweitens weigern sich die Haushalte in der Schweiz zunehmend, die Direktwerbung anzunehmen. In den Agglomerationen liegt der Anteil der Haushalte mit einem "Stopp"-Kleber, welcher diese Haushalte für unadressierte Werbung unzugänglich macht, mit rund 50% ausserordentlich hoch³⁰. Die adressierte Direktwerbung umgeht das Problem der Annahmeverweigerung,

allerdings sind die Kosten für adressierte Werbesendungen hoch. Überdies hat die Überflutung der Briefkästen mit Werbung zur Folge, dass sowohl unadressierte Werbung als auch adressierte Werbung auf grosse Skepsis seitens der Kunden stossen und oftmals kaum zur Kenntnis genommen werden.

118. Insgesamt weist das Direktmailing bezüglich Kosten, Streuverluste, Koordinationsaufwand und Informationsgehalt wesentlich andere Eigenschaften als die Pressewerbung auf³¹. Insbesondere wegen der hohen Kosten und grossen Streuverlusten eignet sich Direktmailing nur für spezielle Werbekampagnen als ein Bestandteil des Werbemixes. Für eine Mehrheit der Anzeigen, insbesondere Rubrikanzeigen, ist Direktmailing indes völlig ungeeignet. Die Substitutionseffekte zwischen Direktmailing und Printwerbung sind insgesamt als gering einzuschätzen. Analog der bisherigen Praxis der Weko ist Direktmailing deshalb nicht dem gleichen relevanten Markt wie die Printwerbung zuzuordnen³².

119. Zusammenfassend ist somit festzustellen, dass sich ein Einbezug anderer Werbekanäle in den relevanten Markt nicht rechtfertigt. Andere Werbeträger wie insbesondere auch das Internet und die Direktwerbung stehen zu den Printmedien nicht in einer Substitutions-, sondern vielmehr in einer Ergänzungsbeziehung. Sie können Teil des Werbemixes darstellen, ohne aber die Printmedien zu ersetzen.

120. Der Beurteilung der Marktstärke von Publigruppe ist deshalb der Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien zugrunde zu legen.

B.3.1.2 Räumlich relevanter Markt

121. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, der hier analog anzuwenden ist). Für die Definition des räumlich relevanten Marktes ist gemäss VKU nicht darauf abzustellen, wo welche vergleichbaren Produkte und Dienstleistungen nachgefragt und angeboten werden könnten, sondern viel mehr wo sie effektiv nachgefragt und angeboten werden.

122. Marktgegenseite sind - wie bereits erwähnt - die Inserenten und die Verlage. Werbeauftraggeber fragen Werberaum in Zeitungen oder Zeitschriften in der Schweiz nach. Die Filialen von Publigruppe vermitteln Anzeige- und Inserateraum für lokale, regionale und nationale, kaum jedoch für internationale Werbung und Insertionen. Nur wenige Filialen bieten Werberaum in ausländischen Publikationen an. Daraus folgt, dass der räumlich relevante Markt nicht weiter als national abzugrenzen ist.

²⁹ Stiftung Werbestatistik Schweiz, Werbeaufwand 2004, Zürich 2004.

³⁰ Vgl. Media Trend Journal Nr. 11, 2003, S. 38 ff. Agglomerationen Basel 54,6%, Zürich 52,7%, Bern 47,9%.

³¹ Vgl. Media Trend Spezial 2004, wiedergegeben in Print-Media-Planner 2006, S. 16.

³² Vgl. dazu "Bernser Zeitung AG/20 Minuten (Schweiz) AG", RPW 2004/2, S. 575, Rz. 169.

123. Aus Sicht der Marktgegenseiten, d.h. der Werbeauftraggebenden und der Verlage, könnte sich gegebenenfalls eine lokale oder regionale Marktabgrenzung aufdrängen. Lokale und regionale Anzeigen werden in der Regel auf lokalem und regionalem Gebiet nachgefragt. Ebenso ist ein nicht unerheblicher Teil der kommerziellen Werbung lokalen Charakters. Allerdings bezieht sich auch ein wesentlicher Teil der Werbung (rund 40%-50%) in der Schweiz auf das nationale Gebiet. Dies gilt ganz besonders für die kommerzielle Werbung, welche Teil einer breiten, oftmals nationalen Kampagne ist, sowie Kaderstellenanzeigen. Für die Werbetreibenden ist Publigroupe wegen ihres breiten gesamtschweizerischen Netzwerkes insbesondere für nationale Kampagnen von Bedeutung. Auch für die Verlage ist Publigroupe gerade deshalb interessant, weil sie in deren Netzwerk von den von Publigroupe schweizweit vermittelten Anzeigen profitieren können.

124. Die geografischen Unterschiede sind für die Beurteilung der Marktstellung von Publigroupe punktuell zu berücksichtigen. Eine regionale Marktabgrenzung rechtfertigt sich im vorliegenden Fall aber nicht. Aus diesem Grund ist in vorliegender Untersuchung von einem gesamtschweizerischen Markt auszugehen.

B.3.1.3 Zwischenergebnis

125. Aus den oben genannten Gründen handelt es sich beim relevanten Markt um den Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien in der Schweiz. Er entspricht umsatzmässig allen getätigten Ausgaben für Pressewerbung in Eigenregie- oder Pachttiteln in der Schweiz.

B.3.2 Beurteilung der Marktstellung

126. Publigroupe wird sich von anderen Marktteilnehmern nicht in wesentlichem Umfang unabhängig

verhalten können, wenn sie ausreichend starker aktueller und/oder potenzieller Konkurrenz gegenübersteht oder sonstige Wettbewerbsfaktoren ausreichend disziplinierenden Einfluss auszuüben vermögen.

B.3.2.1 Aktueller Wettbewerb

127. Bei der Analyse einer Wettbewerbssituation ist zu beurteilen, welche Marktstellung dem mutmasslich marktbeherrschenden Unternehmen und seinen Wettbewerbern zukommt. Als Wettbewerber der Publigroupe treten im Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien Eigenregieverlage und unabhängige Vermittler auf.

128. Der Marktanteil ist ein wichtiger Anhaltspunkt für die Beurteilung des aktuellen Wettbewerbs. Allerdings sind auch andere Parameter wie die Marktanteilsentwicklung, die Marktanteilsverteilung bzw. die relative Stärke der Wettbewerber, der disziplinierende Einfluss alternativer Werbeträger oder ein allfälliger vertikaler Marktdruck von Bedeutung.

B.3.2.1.1 Marktanteile der Publigroupe

129. Der Geschäftsbereich Publipresse erzielte im Jahre 2004 einen Umsatz von CHF 1.458 Mia. Im gleichen Jahr betragen die gesamthaft im Markt für Pressewerbung getätigten Ausgaben CHF 2.294 Mia. Somit wurde im Bereich der Printwerbung und -insertion fast 2/3 des Gesamtumsatzes über die Publigroupe abgewickelt. Es errechnet sich ein Marktanteil der Publigroupe von rund 64%³³. Auch wenn der Umsatz von Publipresse der konjunkturellen Krise wegen von CHF 1.891 Mia. in 2000 auf CHF 1.458 Mia. im Jahre 2004 zurückging, blieb der Marktanteil von Publigroupe stabil.

Geschäftsjahre	2000	2001	2002	2003	2004
Gesamtausgaben Pressewerbung (CHF Mio.)	3'032	2'886	2'547	2'302	2'294
Umsatz Publipresse (CHF Mio.)	1'980	1'892	1'646	1'476	1'458
Marktanteil (%)	65,3	65,6	64,6	64,1	63,6

130. Der Umsatz der Publipresse stammt einerseits aus deren Tätigkeit als Pächterin, andererseits aus der Anzeigenvermittlung an Eigenregiezeitungen.

131. Eine Vielzahl von Titeln (ca. 600) hat einen langfristigen Pachtvertrag mit Publigroupe abgeschlossen. Unter den wichtigsten Tageszeitungen der Schweiz sind dies namentlich die Basler Zeitung, das St. Galler Tagblatt, die Mittelland Zeitung, die Thurgauer Zeitung*, der Zürcher Oberländer*, der Zürcher Unterländer, die Südostschweiz*, die Neue Luzerner Zeitung, die Neue Zuger Zeitung, der Landbote, die Basellandschaftliche Zeitung, die Basler Zeitung, die

Solothurner Zeitung, das Oltner Tagblatt, die Appenzeller Zeitung, das Bieler Tagblatt, 24Heures, La Tribune de Genève, Le Matin, La Presse Riviera Chablais, La Presse Nord Vaudois, Le Temps, La Côte*, Le Nouvelliste, La Liberté, L'Express, L'Impartial, Le Journal du Jura, Le Quotidien Jurassien, Il Corriere del Ticino, La Regione, Il Giornale del Popolo etc. (bei den mit *

³³ Bei einer engeren Definition des relevanten Marktes als "Markt für die Vermittlung von Inserate- und Werberaum in Printmedien", würde sich der Marktanteil der Publigroupe auf ca. 95% Marktanteil belaufen.

gekennzeichneten Zeitungen handelt es sich nur um einen Teilpachtvertrag). Die NZZ hat für das Jahr 2005 ebenfalls einen Pachtvertrag mit Publigroupe abgeschlossen. Seit 2006 hat überdies die Aargauer Zeitung ihr Anzeigengeschäft wieder an Publigroupe ausgelagert. Da es sich bei der NZZ und der Aargauer Zeitung um zwei der bedeutendsten Eigenregietitel handelte, dürfte mit der Übernahme von deren Anzeigengeschäft der Marktanteil der Publigroupe für die Jahre 2005 und 2006 signifikant steigen.

132. Die von Publigroupe betreuten Regiezeitungen generierten 2004 insgesamt einen Anteil von 55% des in der Branchenstatistik der Werbemedienforschung (WEMF) über die Schweizer Presse verzeichneten Anzeigenvolumens. Die Exklusivvermarktung ist das Kerngeschäft von Publipresse. Rund [60%-80%] ihres Umsatzes und [80%-100%] ihrer Kommissionserträge stammen aus der Anzeigenvermittlung für Pachtregiezeitungen. Die Bedeutung des Regiegeschäfts dürfte mit der Auslagerung der Anzeigenvermarktung der NZZ und der Aargauer Zeitung weiter zunehmen.

133. Mit diesen Angaben macht Publigroupe in Rz. 37 ff. ihrer Stellungnahme vom 20. September 2006 folgende Überlegung. Gemäss Rz. 129 hievor beträgt das Gesamtvolumen der im Jahre 2004 in der Schweiz getätigten Printwerbung CHF 2'294 Mio. Davon wurden 2004 ungefähr 55% des Anzeigenvolumens über Publigroupe-Pachtregiezeitungen umgesetzt (Rz. 132). Die anderen 45% des Werbevolumens werden durch Printtitel in Eigenregie generiert (Rz. 134). Publigroupe versteht in ihrer Stellungnahme in Rz. 37 diese 55% des Anzeigengeschäfts nicht als Marktanteil von Publigroupe-Pachtregiezeitungen, sondern versteht die 55% als Anzeigenvolumen, welches über die Gesamtheit aller Pachttitel generiert wird, also auch über Titel, die ihr Anzeigengeschäft an andere Unternehmen als Publigroupe ausgegliedert haben. Da aber die 55% in Rz. 132 hievor ausschliesslich das Anzeigenvolumen von Publigroupe-Pachtregiezeitungen darstellen, ist die Berechnung von Publigroupe in Rz. 38 ihrer Stellungnahme vom 20. September 2006 unzutreffend, wonach die Publipresse Gesellschaften von diesen 55% nur [60%-80%] erwirtschafteten. Sie erwirtschafteten vielmehr 100% von diesen 55%. Aus dieser Interpretation von Rz. 129 f. hievor zieht Publigroupe an verschiedenen Stellen ihrer Stellungnahme unzutreffende Schlüsse oder stellt inkorrekte Berechnungen an. Zunächst fallen die Berechnungen des von Publigroupe erwirtschafteten Volumens gemessen am Gesamtprintvolumen deshalb durchwegs zu tief aus, namentlich in Rz. 38 ff. 46 f., 107, 121 der Stellungnahme vom 20. September 2006. Diese Berechnungen führen wiederum zu falschen Schlüssen auf die Marktstellung und auf die Möglichkeiten von Publigroupe, Einfluss im Markt nehmen zu können. Weiter ist es aufgrund dieser Ausführungen nicht zutreffend, dass Publigroupe in Rz. 115 ff. ihrer Stellungnahme vom 20. September 2006 einen Marktanteil an diesen 55% für "publigroupe-fremde" Outsourcingpartner von Verlagen berechnet.

134. Zu dem mit den Pachtregietiteln generierten Umsatz ist der aus der Anzeigenvermittlung an Eigenregiezeitungen erwirtschaftete Umsatz zu addieren. Rund 45% des Werbevolumens in Printtiteln wurde 2004 in Eigenregieverlagen umgesetzt. Auch die Eigenregieverlage sind indes faktisch auf eine Zusammenarbeit mit Publigroupe zwingend angewiesen. Die von Publigroupe vermittelten Anzeigen generieren je nach Eigenregietitel 40%-50% der Werbeeinnahmen³⁴, wobei insbesondere die nationale Werbung über Publigroupe akquiriert wird.

135. Auch für Publigroupe ist die Tätigkeit als einfache Vermittlerin von wirtschaftlicher Bedeutung. Rund ein Drittel des Umsatzes der Geschäftssparte Publipresse von fast CHF 1.5 Mia. wird mit der Vermittlung von Inseraten an Eigenregiezeitungen erwirtschaftet. Demgegenüber erzielen die grössten unabhängigen Vermittler einen jährlichen Umsatz von unter CHF 15 Mio.

136. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der hohe Marktanteil der Publigroupe im relevanten Markt von über 63% auf deren Doppelfunktion zurückzuführen ist: Einerseits schlossen zahlreiche Verlage mit Publigroupe exklusive Pachtverträge, andererseits generieren die Eigenregieverlage rund 40% bis 50% ihres Anzeigenvolumens mit von Publigroupe vermittelten Inseraten. Publigroupe ist faktisch das einzige Unternehmen, welches das Outsourcing des Anzeigengeschäfts eines Printmediums zu übernehmen in der Lage ist, und gleichzeitig die bei Weitem grösste Vermittlerin bei den Eigenregiezeitungen. Insgesamt platziert Publigroupe in ihren rund 600 Regietiteln und dank Zusammenarbeitsverträgen mit fast allen Verlagshäusern täglich rund 15'000 Inserate in den Schweizer Printmedien. Diese Marktstruktur führt zu einer ausserordentlich grossen Abhängigkeit sämtlicher Verlage von Publigroupe.

137. Der Marktanteil von Publigroupe ist in den letzten Jahren im Wesentlichen konstant geblieben. Mit dem Wechsel des NZZ-Verlages und der Aargauer Zeitung zur Pachtregie dürften sich die Marktanteile der Publigroupe indes vergrössern und deren Marktstellung sich weiter verstärken.

B.3.2.1.2 Relative Stärke der Wettbewerber

138. Für die Beurteilung der Marktstärke der Publigroupe ist des Weiteren die relative Stärke der Wettbewerber der Publigroupe, d.h. der Eigenregieverlage und der unabhängige Anzeigenvermittler, zu analysieren.

139. Für die Verlage stellt das System der Inseratevermarktung in Eigenregie eine mögliche Alternative zum Pachtverhältnis mit Publigroupe dar. Beinahe sämtliche Titel, deren Anzeigengeschäft nicht an

³⁴ Im Jahre 2001: für NZZ 40,5%, Espacemedia 51%, Ringier 50,4% und Tagesanzeiger 39%.

tenen 35% Marktanteil auf zahlreiche, nicht organisierte, heterogene Eigenregietitel bzw. unabhängige Vermittler. Angesichts dieser Marktanteilsverteilung ist davon auszugehen, dass kein Wettbewerber in der Lage ist, einen disziplinierenden Einfluss auf Publigroupe auszuüben.

144. Publigroupe macht in Rz. 121 und 151 ihrer Stellungnahme vom 20. September 2006 geltend, die unabhängigen Vermittler erzielten über ihre Vertriebspartnerschaften mit den Publipresse-Gesellschaften nur gerade CHF 14.8 Mio. oder ca. 13% ihres Gesamtumsatzes. Daraus schliesst Publigroupe, dass die Vermittler gar nicht auf den Zugang zum Vertriebssystem der Publipresse-Gesellschaften angewiesen seien. Diese Schlussfolgerung ist nicht überzeugend. Die Tatsache, dass die Vermittler nur einen geringen Teil über den Zugang zum "Vertriebssystem" der Publipresse-Gesellschaften erzielten, lässt vielmehr vermuten, dass es Publigroupe gelingt, diese unabhängigen Vermittler wirksam von der Kommissionierung auszuschliessen. Dies zeigt sich darin, dass die 35 bis 40 unabhängigen Vermittler zusammen einen Umsatz von CHF 114.5 Mio. erzielen, was einen Bruchteil des Umsatzes von Publigroupe ausmacht.

145. Weitere strukturelle Vorteile verstärken die Marktstellung von Publigroupe. Publigroupe verfügt über ein extensives Netzwerk von rund 100 lokal verankerten Filialen und Agenturen, welches eine in jeder Region des Landes ausgezeichnete und direkte Kundenbeziehung ermöglicht. Daraus resultieren erhebliche indirekte Netzwerkeffekte: Die Inanspruchnahme der Dienstleistung der Publigroupe durch einen neuen Verlag oder einen zusätzlichen Inserenten bringt für die andere Seite einen Mehrwert mit sich, der höher als der Wert des Einzelkunden ist. Solche Netzwerkeffekte entstehen sowohl auf der Seite der Verlage wie auch auf der Seite der Anzeigenkunden. Auf Seite der Verlage zeigen sich die Vorteile insbesondere für die in Randgebieten erscheinenden Printtitel, welche dank der schweizweiten Präsenz der Publigroupe von nationalen Werbekampagnen profitieren können. Die Südschweiz bspw. gibt an, dass eine Eigenregielösung für sie, die in einem Randgebiet der Schweiz arbeitet, unklug wäre, weil im nationalen Markt die Anzeigekquisition und Administration nur mit einem sehr hohen Aufwand an finanziellen Ressourcen realisiert werden könne. Le Quotidien Jurassien erklärt, dass die Zeitung ein nationaler Pressewerbeträger bleiben wolle, was nur mit der Promotion und dem Verkaufstellennetz der Publigroupe zu erreichen sei. Auf der Seite der Inserenten stellt das Netzwerk der Publigroupe sicher, dass diese einfachen Zugang auch zu geografisch und sachlich weit gestreuten Printmedien erhalten. Die Verkaufsstellen von Publicitas bieten Beratung und Informationen zu allen verfügbaren Printmedienprodukten an.

146. Der aus dem Filialnetz der Publigroupe resultierende Netzwerkeffekt hat zur Folge, dass eine Zusammenarbeit mit Publigroupe zumindest im Bereich der nationalen Werbung sowohl für die Verlage wie

auch für die Inserenten wirtschaftlich weit gehend unabdingbar ist.

147. Publigroupe macht in diesem Zusammenhang geltend, mit dem Netzwerk seien auch strukturelle Nachteile verbunden, da sie verpflichtet sei, praktisch jeden Printtitel in das Netzwerk aufzunehmen. Dem ist entgegenzuhalten, dass insbesondere für die kleinen Verlage kaum Ausweichmöglichkeiten zur Publigroupe vorhanden sind, weshalb sie faktisch auf eine Zusammenarbeit bzw. eine Einbindung in das Netzwerk der Publigroupe angewiesen sind. In ihrer Stellungnahme vom 20. September 2006 präzisiert Publigroupe dieses Argument insofern, als sie geltend macht, es handle sich bei den Verlagen zu einem Grossteil um regional oder lokal starke Marktteilnehmer, weshalb sie die Konditionen über die Zusammenarbeit mit Publigroupe diktierten (Rz. 103). Selbst bei grossen Verlagen ist dieses Argument jedoch zu relativieren: Aufgrund der indirekten Netzwerkeffekte und dem daraus resultierenden faktischen Zwang einer Zusammenarbeit mit Publigroupe dürften die strukturellen Nachteile der Verlage diejenigen der Publigroupe bei Weitem übersteigen (zu den vertikalen Abhängigkeiten siehe auch hinten, Rz. 157 ff.).

148. Ausserdem hält Publigroupe Minderheitsbeteiligungen (teilweise mit Aktionärbindungsverträgen) an diversen Verlagshäusern, insbesondere in der Westschweiz. An der Edipresse SA, die von der Weko auf dem Markt für überregionale Tageszeitungen als marktbeherrschend qualifiziert wurde³⁹, hält Publigroupe eine Beteiligung von 14,8%. Auch wenn Publigroupe im Zusammenhang mit der Fusion "Edipresse/Corbaz" verpflichtet wurde, sich aus den operativen Gesellschaften der Edipresse zurückzuziehen, verschaffte ihr diese Beteiligung Zugang zu den wichtigsten Tageszeitungen der Westschweiz (u.a. Le Matin, 24Heures, Tribune de Genève und mittelbar Le Temps). Im Wallis war Publigroupe an der Rhone-Media SA, Herausgeberin des Le Nouvelliste, und in Neuenburg ist sie immer noch an SNP Société Neuchâtoise de Presse SA, Herausgeberin von L'Express und l'Impartial, beteiligt. Sämtliche diese Verlage haben ihr Anzeigegeschäft an Publigroupe ausgelagert. Aus diesen Gründen ist der Wettbewerb im relevanten Markt in der Westschweiz praktisch ausgeschlossen.

149. Ähnliche Situationen finden sich auch in anderen Gebieten der Schweiz. In Basel ist Publigroupe an der National Zeitung und Basler Nachrichten AG mit 37% beteiligt. In der Ostschweiz bestehen Beteiligungen an der St. Galler Tagblatt AG und an der Südschweiz Publicitas AG, einem Gemeinschaftsunternehmen mit dem Verleger der Südschweiz. In der Region Zürich ist Publigroupe seit 2005 an der Freien Presse Holding, einer Tochtergesellschaft der NZZ, sowie verschiedenen regionalen Verlagen beteiligt. Keine Beteiligungen hält sie hingegen am Blick und am Tages-Anzeiger. Da indes auch diesen Tageszeitungen und anderen Zürcher Eigenregieverlagen

³⁹ "Le Temps", RPW 1998/1, S. 61, Dispositiv.

rund die Hälfte der Anzeigen von Publigroupe vermittelt werden, besteht auch hier eine gewisse wirtschaftliche Abhängigkeit. Dasselbe gilt für die Eigenregietitel aus dem Raum Bern.

150. Schliesslich hat Publigroupe eine beträchtliche Finanzkraft im Vergleich zu anderen Akteuren auf dem Markt, insbesondere den unabhängigen Vermittlern. Während die unabhängigen Vermittler einen Umsatz im einstelligen oder tiefen zweistelligen Millionenbereich generieren, erzielte Publigroupe im Jahr 2005 einen Konzernumsatz von über CHF 2 Mia. - wovon rund $\frac{3}{4}$ im Bereich Publipresse - und einen Gewinn vor Steuern von rund CHF 72 Mio. Der Geschäftsbericht 2004 machte explizit darauf aufmerksam, dass die Publigroupe über eine "sehr gesunde Gewinn- und Bilanzstruktur" verfüge, was eine Dividendenerhöhung erlaube.

B.3.2.1.3 Disziplinierender Einfluss alternativer Werbeträger

151. Zu prüfen ist, inwieweit die Möglichkeit der Online-Insertion eine gewisse disziplinierende Wirkung auszuüben vermag.

152. Einzelne Untersuchungen zeigen, dass die Werbung im Internet in den letzten Jahren stark zunahm und voraussichtlich weiter zunehmen wird. Dabei unterscheiden sich Rolle und Bedeutung des Internets für die kommerzielle Werbung wesentlich von derjenigen für die Rubrikanzeigen (Autos, Inserate, Stellen).

153. Im Bereich der kommerziellen Werbung wird das Internet als flankierendes Werbemedium eingesetzt, welches die Pressewerbung keinesfalls zu ersetzen vermag. Entsprechend gering ist auch der Substitutionseffekt zwischen der Print- und der Online-Werbung (vgl. dazu auch vorne, Rz. 104 ff.). Hingegen hat sich das Internet als Marktplatz für Rubrikanzeigen weit gehend etabliert. Viele Rubrikinserate sind in den letzten Jahren ins Internet abgewandert. Die Printmedien nehmen im Bereich der Rubrikanzeigen vermehrt eine bloss ergänzende Funktion für solche Objekte ein, die sich per Internet nicht verkaufen lassen. Print- und Onlineinserate erfüllen indes nicht denselben Zweck bzw. es lassen sich unterschiedliche Zielgruppen ansprechen. Die beiden Insertionskanäle üben deshalb gegenseitig nur beschränkt eine disziplinierende Wirkung aus⁴⁰.

154. Diese disziplinierende Wirkung des Internets im Bereich der Rubrikinserate betrifft den Primärmarkt der Rubrikinserate. Die tieferen Umsätze, welche die Printmedien mit Rubrikinseraten generieren, wirken sich mittelbar auch auf die mit Pacht- und Vermittlerkommissionen erzielten Umsätze der Publigroupe aus. Die wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Printmedien im Bereich der Rubrikinserate ändern indes nichts an der marktbeherrschenden Stellung der Publigroupe im vorliegend relevanten Markt für die Vermittlung und Vermarktung von Inserateraum in Printmedien. Den Outsourcing- und Vermittlungsdienstleistungen für Printinserate der Publigroupe erwächst durch die Möglichkeit der Internet-Werbung keine Konkurrenz. Auch wenn - bildlich

gesprochen - der Rubrik-Umsatz-Kuchen für die Printmedien rückläufig ist, wird dieser doch weiterhin zu rund 65% durch die Publigroupe bearbeitet. Die Internet-Insertion übt keinen wesentlichen disziplinierenden Einfluss auf die Dienstleistungen der Publigroupe im Bereich der Printmedien aus. Im Gegenteil: Die Verlage wie auch die unabhängigen Vermittler sind in dem rückläufigen Markt mehr denn je auf eine Zusammenarbeit mit Publigroupe angewiesen, um von deren umfassendem Netzwerk und Know-how profitieren und somit eine weitere Abwanderung der Rubrikinserate verhindern zu können.

155. Zu berücksichtigen ist überdies, dass die Publigroupe im Online-Bereich ihre Geschäftstätigkeit in jüngster Zeit stark ausgebaut hat. Per 2. Mai 2005 lancierte die Publicitas den neuen Geschäftsbereich Publicconnect, welcher sich neben der Vermittlung von Printinseraten insbesondere auf die Vermittlung von Onlineinseraten - auch in kombinierter Form - spezialisiert und Zugang zu diversen Online-Plattformen offeriert. Per 1. Juli 2005 wurde überdies die web2com AG gegründet, welche aus einer Fusion der Publimedia webadvertising AG und der Publicitas webservices AG entstand und neuerdings direkt der Publigroupe unterstellt ist. web2com ist in der Beratung, Planung und Abwicklung von Online-Werbung sowie in der Konzeption und Umsetzung von Cross-media-Kampagnen tätig. Zu diesem Zweck vermarktet sie führende Websites und arbeitet eng mit weiteren bedeutenden Anbietern von Websites zusammen. Des Weiteren ist Publigroupe u.a. an der Fundgrub AG, die einen online-Marktplatz für Kleininserate betreibt, zu 100%, an der Auto Börse Medien AG, die ein online-Portal für Autoinserate führt, zu 60%, und an Swissimmo SA und Homegate AG, welche schweizweit führende Online-Immobilienmarktplätze betreiben, zu 25% resp. 4% beteiligt. Und schliesslich wirkt Publigroupe in Zusammenarbeit mit den Zeitungsverlagen am Aufbau regionaler Portale mit, welche die Bedürfnisse in den Bereichen Stellen-, Immobilien- und Autoinserate abdecken.

156. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass das Internet als Werbemedium insgesamt nicht in der Lage ist, einen disziplinierenden Einfluss auf die Geschäftstätigkeit der Publigroupe auszuüben. Online und Print bieten je nach konkretem Werbe- oder Insertionsziel unterschiedliche Vor- bzw. Nachteile. Namentlich die klassische Werbung (Promotion eines Produktes, Bekanntmachung einer Marke etc.) lässt sich kaum über das Internet substituieren. Soweit ein gewisses Substitutionsverhältnis zwischen Print und Online im Bereich der Rubrikinserate zu bejahen ist, betrifft dieses ausschliesslich die Primärmärkte. Einen wesentlichen disziplinierenden Einfluss auf die Outsourcing- und Vermittlungsdienstleistung der Publigroupe übt die Insertion von Rubrikinseraten im Internet hingegen nicht aus. Schliesslich ist zu beachten, dass Publigroupe auch im Bereich der Vermittlung von Online-Inseraten über eine starke Marktstellung verfügt. Aus all diesen Gründen ist Publigroupe

⁴⁰ Vgl. dazu Intermediavergleich des Media Trend Spezial 2004, wiedergegeben in Print-Media-Planer 2006, S. 12.

im vorliegend relevanten Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien trotz der Möglichkeit der Online-Insertion in der Lage, sich im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

B.3.2.1.4 Vertikaler Marktdruck

157. Publigroupe bringt vor, sie verfüge nicht über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG, da sie sich weder gegenüber den Verlagen (nachfolgend Rz. 158 ff.) noch gegenüber den Inseratekunden (hinten, Rz. 163 ff.) in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten könne.

158. Gegenüber den Verlagen bestehe die Unabhängigkeit nicht, weil diese jeweils für ihre Verlagsprodukte Monopolstellungen besässen. Diese Monopolstellungen könnten die Verlage bei den Verhandlungen mit den Publipresse-Gesellschaften über die Vermittlungskommissionen in erheblichem Masse nutzen. Die Publipresse-Gesellschaften seien, um die Netzwerkeffekte tatsächlich wirksam als Verkaufsargument nutzen zu können, darauf angewiesen, ein möglichst breites Portfolio von Verlagserzeugnissen zu führen. Dies zwingt sie, mit jedem Verlag einen Pacht- oder einen Zusammenarbeitsvertrag abzuschliessen. Dieser vertikale Marktdruck habe denn auch dazu geführt, dass die Brutto- und insbesondere die Nettomarge in den letzten Jahren trotz Restrukturierungs- und Effizienzprogrammen eingebrochen seien.

159. Damit Publigroupe ihre starke Marktstellung behaupten kann und die Anzahl der Verlage, deren Werbe- und Inseraterraum sie verkauft, genügend gross bleibt für die Erzielung der oben beschriebenen Netzwerkeffekte, ist sie darauf angewiesen, mit einer Vielzahl von Printtiteln eine vertragliche Vereinbarung zu schliessen. Auf der anderen Seite führen die Netzwerkeffekte dazu, dass auch die Verlage auf eine Zusammenarbeit mit Publigroupe - sei dies im Rahmen eines Pachtvertrages oder zumindest im Rahmen eines Kooperationsvertrages - angewiesen sind, ansonsten ihnen wesentliche Werbeeinnahmen zu entfallen drohen. Während der Vertragsschluss für die - insbesondere kleineren - Verlage oftmals überlebenswichtig ist, befindet sich Publigroupe in einer wesentlich stärkeren Verhandlungsposition. Das Scheitern der Vertragsverhandlungen ist für sie weit weniger schlimm als für die Verlage, welchen dadurch ein wesentlicher Einnahmezweig, namentlich derjenige nationaler Werbung, abgeschnitten würde. Die Tatsache, dass selbst bei den Eigenregieverlagen rund 40% des Inserateumsatzes durch Publigroupe vermittelt wird, verdeutlicht, wie sehr die Verlage ihrerseits auf Publigroupe angewiesen sind. Ohne eine Zusammenarbeit mit Publigroupe, zumindest auf der Basis eines Kooperationsvertrages, würden die Verlage von der bedeutenden Einnahmequelle der überregionalen Werbung, welche rund 40%-50% der Einnahmen ausmacht, weit gehend ausgeschlossen.

160. Die Vertragsverhandlungen führt die Publigroupe mit den einzelnen Verlagen. Diese haben je für sich zu entscheiden, ob sie dem etablierten Netzwerk

der Publigroupe im Rahmen eines Pacht- oder Kooperationsvertrages beitreten wollen oder nicht. Eine echte wirtschaftliche Alternative zur Publigroupe in der Form eines anderen Netzwerkes besteht im Bereich der vorliegend relevanten Printmedien nicht. Auch wenn Publigroupe in der Summe ihr Netzwerk aufrechterhalten muss, befinden sich die einzelnen Verlage bei den Verhandlungen mit Publigroupe deshalb stets in einer strukturell wesentlich nachteiligen Verhandlungsposition. Dieser strukturelle Nachteil der Verlage liesse sich nur dadurch lösen, dass die Verlage gemeinsam als Verhandlungspartner auftreten, was jedoch nicht der Fall ist.

161. Dies führt dazu, dass Publigroupe im Bereich der Kooperationsverträge zumindest den kleineren Verlagen die Höhe der Vermittlungskonditionen weit gehend vorgeben kann. Im Bereich der Pachtverträge sind die Vertragsbeziehungen komplexer und es ist nicht auszuschliessen, dass Publigroupe - wie von ihr geltend gemacht - in den letzten Jahren nicht mehr gleich gute Konditionen ausschöpfen konnte. Dies dürfte indes weniger auf eine geschwächte Marktstellung der Publigroupe, sondern vielmehr darauf zurückzuführen sein, dass viele Printmedien in jüngster Zeit wirtschaftliche Schwierigkeiten hatten.

162. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Abhängigkeit von Publigroupe und der Zwang zur Zusammenarbeit mit Publigroupe für die Verlage wesentlich grösser ist als umgekehrt. Dies gilt insbesondere, aber nicht nur, für die kleineren Verlage. Ein allfälliger vertikaler Marktdruck, welchem sich Publigroupe seitens der Verlage ausgesetzt sieht, reicht deshalb nicht aus, um deren marktbeherrschende Stellung im Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien zu disziplinieren.

163. Vertikaler Wettbewerbsdruck sei - gemäss Angaben der Publigroupe - auch im Verhalten der Inserenten spürbar. Diese würden drohen, den Mediamix zulasten der Printwerbung zu verschieben und Publigroupe unter Druck setzen, die Verlage zu Zugeständnissen bei den Konditionen zu bewegen.

164. Es mag zutreffen, dass sich einzelne Grosskunden gegen die Insertionskonditionen zur Wehr setzen. Die Insertionskonditionen werden indes nicht von Publigroupe, sondern von den Verlagen festgesetzt. Eine Intervention der Inserenten ist folglich nicht dazu geeignet, das Verhalten der Publigroupe als Pächterin bzw. Vermittlerin von Inserate- und Werberaum in Printmedien zu disziplinieren, sondern allenfalls das Verhalten der Verlage. Inwieweit diese untereinander ausreichendem Wettbewerb ausgesetzt sind, ist für vorliegende Untersuchung indes nicht relevant. Aus diesem Grund wird die Marktstellung von Publigroupe bei der Prüfung der vorliegend relevanten Tätigkeit der Vermittlung bzw. deren Kommissionierung entgegen ihrer Argumentation in Rz. 94 f. und Rz. 102 der Stellungnahme vom 20. September 2006 auch nicht dadurch geschwächt, dass die Konditionenhoheit bei den Verlagen verbleibt.

165. Zu beachten ist überdies, dass aus der Tatsache, dass sich einige Grosskunden gegen die Konditionen zur Wehr setzen, nicht geschlossen werden kann, es bestehe ausreichender vertikaler Wettbewerbsdruck. Im Bereich der Printwerbung ist es den Verlagen ohne Weiteres möglich, je nach Kunde unterschiedliche Konditionen bzw. Rabatte, Free Space etc. zu gewähren. Während somit einige Grosskunden im Einzelfall bessere Konditionen auszuhandeln in der Lage sind, hat sich die grosse Mehrheit der Inserenten und Werbenden mit den von den Verlagen vorgegebenen Konditionen abzufinden. Der vertikale Wettbewerbsdruck, den einige Grosskunden ausüben können, geht somit indirekt zulasten der kleineren Inserenten und Werbenden. Eine ausreichende disziplinierende Wirkung geht davon jedenfalls nicht aus.

B.3.2.1.5 Fazit: kein ausreichender aktueller Wettbewerb

166. Es ergibt sich somit, dass aufgrund des hohen Marktanteils von Publigroupe, der unausgeglichenen Marktanteilverteilung und der strukturellen Vorteile der Publigroupe (Netzwerk, Minderheitsbeteiligungen, Finanzkraft) im Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien kein ausreichender aktueller Wettbewerb vorhanden ist. Ebenso vermag keine ausreichende disziplinierende Wirkung von alternativen Werbeträgern oder von vertikalem Marktdruck durch Verlage oder der Marktgegenseite auf Publigroupe auszugehen.

B.3.2.2 Potenzieller Wettbewerb

167. Da der aktuelle Wettbewerb keine ausreichende disziplinierende Wirkung auf Publigroupe zu entfalten vermag, ist nachfolgend der Einfluss des potenziellen Wettbewerbs zu prüfen.

168. Im Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien geht potenzieller Wettbewerb von zwei Faktoren aus: einerseits können die bis jetzt von Publigroupe gepachteten Verlage zur Eigenregie zurückwechseln, andererseits ist denkbar, dass die unabhängigen Vermittler ihre Marktposition als Pächter oder als Vermittler auszubauen in der Lage sind. Weil mit dem Eigenregiesystem die Pachtexklusivität der Publigroupe umgangen und der direkte Kontakt zwischen Verlagen und Werbeauftraggebern ermöglicht werden kann, kommt dessen Entwicklungspotenzial eine zentrale Bedeutung zu. Überdies fördert die Eigenregie die Marktchancen der unabhängigen Vermittler, weil diese nicht mehr verpflichtet sind, über Publigroupe zu inserieren. Die Möglichkeit künftiger Markteintritte bzw. die Verstärkung der Marktstellung bisheriger Akteure im relevanten Markt steht folglich in einem engen Zusammenhang mit der Anzahl der von Publigroupe unabhängigen Verlage.

169. Der potenziellen Konkurrenz kommt nur dann eine ausreichende disziplinierende Wirkung zu, wenn zusätzliche Markteintritte im Falle von Wettbewerbsbeschränkungen hinreichend wahrscheinlich sind, die Zutritte rasch erfolgen können und genügend gross sind. Mit anderen Worten sind die Wahrscheinlichkeit

eines Marktzutritts, die voraussichtliche Zeitspanne bis zum möglichen Marktzutritt und das voraussichtliche Ausmass der möglichen Marktzutritte massgebend für die Analyse des potenziellen Wettbewerbs. Vorweg ist nachfolgend zu prüfen, ob und unter welchen Umständen ein Wechsel der Verlage, die ihr Anzeigengeschäft an die Publigroupe ausgelagert haben, zum System der Eigenregie realisierbar ist (nachfolgend, Rz. 173 ff.), bevor die Rolle der unabhängigen Vermittler analysiert wird (hinten, Rz. 185 ff.).

170. Die Vermarktung des Anzeigeraumes in Eigenregie ist für die Verlage mit gewissen Vorteilen verbunden. Die Eigenregie ermöglicht den Verlagen, den direkten Kundenkontakt zu pflegen und unmittelbar Einfluss auf den Gesamterfolg ihrer Zeitungen (Anzeigen sind die wichtigste Einnahmequelle einer Zeitung) zu nehmen. Da sie nicht von einem exklusiven Pächter abhängig sind, verfügen sie über das notwendige Know-how und können direkt Einfluss auf den Pressemarkt ausüben.

171. Die Vermarktung in Eigenregie bringt allerdings auch gewichtige Nachteile mit sich. Aufgrund der damit verbundenen Fixkosten ist ein höherer Kapitalaufwand notwendig. Kostenintensiv sind insbesondere die allgemeine Infrastruktur (Material, Raum etc.), das Informatiksystem sowie Lohn- und Bildungskosten der Belegschaft, die für den aktiven Verkauf des Titels in allen Segmenten, die Akquisition von Neukunden, die Inserateabwicklung, das Anzeigemarketing, die Erscheinungskontrolle und die Fakturierung zuständig sind. Ein Grossteil der befragten Zeitungen mit Pachtvertrag gab denn auch an, der Vorteil des Outsourcings der Inserateverwaltung an Publigroupe liege darin, dass keine Fixkosten, sondern nur variable Kosten in der Form einer Kommission anfallen.

172. Die Erfolgsaussichten von Marktzutritten werden zusätzlich dadurch vermindert, dass die Pressebranche in den letzten Jahren eine wirtschaftliche Krise durchlief und die Werbeeinnahmen im Bereich der Presse tendenziell rückläufig bzw. stagnierend bleiben dürften. Die Verlage sind in der heutigen Situation kaum bereit, ihre wichtigste Einnahmequelle durch den Aufbau einer Eigenregie zu gefährden. Die Anzeigeneinnahmen machen je nach Zeitung zwischen 60% und 70% des gesamten Umsatzes aus⁴¹. Vor diesem Hintergrund sind die Risiken eines Wechsels zur Eigenregie erheblich, zumal sich ein Verlag bei einem Wechsel erst umfassendes Know-how aneignen muss. Viele der bei einem Wechsel entstehenden Investitionen sind überdies so genannte "sunk costs", welche bei einem späteren Rückwechsel zur Pachtregie nicht wieder rückgängig gemacht werden können. Die mit dem Wechsel zur Eigenregie verbundenen Risiken mindern die Wahrscheinlichkeit von Marktzutritten.

173. Obschon einige der Verlage, welche ihr Anzeigengeschäft an Publigroupe ausgelagert haben, die Pachtkommission als zu hoch empfinden, sind die meisten Pachtregieverlage mit der Leistungsqualität

⁴¹ Siehe zur Bedeutung der Anzeigen für eine Tageszeitung, ULRICH IMMENGA, Pressemärkte in der Wettbewerbs- und Medienpolitik, Zeitschrift für Wettbewerbsrecht 3/2004, S. 345.

von Publigroupe zufrieden. Publigroupe ist es gelungen, durch die Pflege der Kundenbeziehungen, die professionelle Betreuung der Kunden und Behandlung der Anzeigen, die sicheren Zahlungseingänge und das gute Controlling eine kompetente Reputation und damit eine starke Kundenbindung aufzubauen. Diese Kundenbindung an Publigroupe müsste ein neuer Wettbewerber lösen, was aufgrund der Komplexität der von Publigroupe erbrachten Leistungen schwierig ist. Die Bereitschaft der Verlage zu einem Wechsel ins System der Eigenregie ist deshalb als gering einzuschätzen.

174. Das hervorragend organisierte, flächendeckende Netzwerk von Filialen in der Schweiz wird von den Verlagen als besonderer Vorteil der Publigroupe betrachtet, da es ihnen ermöglicht, ein erhebliches Anzeigevolumen zu generieren. Der Aufbau eines ausreichend grossen, für Verlage und Kunden vorteilhaften Netzwerkes ist mit grossem Aufwand verbunden. Insbesondere Zeitungen mit einer gewissen regionalen oder überregionalen Bedeutung sind darauf angewiesen, Inserate aus einem grösseren geografischen Gebiet zu akquirieren. Der Aufbau eines zu Publigroupe alternativen Netzwerkes ist ausserordentlich kostspielig, zumal für die Erzielung der Netzwerkeffekte eine gewisse kritische Masse benötigt wird.

175. Neben dem schwierig umzusetzenden Wechsel zu einem System der reinen Eigenregie stehen den Verlagen noch andere Wege offen, ihre Abhängigkeit von Publigroupe zu mildern. Zu erwähnen ist namentlich die Teilverpachtung. Bei einem Teilpachtvertrag übernimmt der Verlag in der Regel die lokale Anzeigenakquisition, während die Pächterin für die Akquisition ausserhalb des Lokalbereichs (regional oder national) zuständig ist. Die Thurgauer Zeitung, die Südostschweiz, der Zürcher Oberländer und La Côte haben Teilpachtverträge mit Publigroupe abgeschlossen. Diese Zeitungen profitieren von der privilegierten Beziehung, die sie mit lokalen Inserenten aufgrund der räumlichen Nähe pflegen können, und gleichzeitig vom nationalen und möglicherweise internationalen Netz der Publigroupe. Eine interessante Variante dieses Systems wurde von der Südostschweiz eingeführt, welche für die Bewirtschaftung der lokalen Werbung mit Publicitas eine gemeinsame Anzeigenfirma gegründet hat. Die gemeinsame Firma bringt im lokalen Markt den Vorteil, dass diese vom Know-how von beiden Aktionären Nutzen ziehen kann.

176. Fraglich scheint indes, inwieweit das Modell der Teilverpachtung Entwicklungspotenzial hat und ob eine solche Entwicklung den Wettbewerb in beachtlicher Weise fördern könnte. Von den 14 befragten Verlagen, deren Zeitungen von Publigroupe gepachtet sind, haben bis anhin vier ein solches Teilpachtssystem eingeführt. Auf die Frage: "Besteht heute für die Verpachtung des Anzeigengeschäfts Ihrer Zeitung eine ernst zu nehmende Alternative zum Angebot der Publicitas?" gaben drei aus der Westschweiz stammende Verlage an, eine Eigenregie für die lokale Werbung könne kurzfristig aufgebaut werden. Die

Zahl ist zwar gering, sie zeigt aber immerhin, dass das Teilpachtssystem künftig an Bedeutung gewinnen könnte. Weniger eindeutig ist die Konsequenz für den Wettbewerb. Auch bei einem Wechsel zur Teilpacht würden die Verlage für nationale Anzeigen von Publigroupe abhängig bleiben. Da die nationale Werbung rund die Hälfte des Werbeumsatzes generiert, vermag ein Wechsel zur Teilpacht die Abhängigkeit der Verlage gegenüber Publigroupe nicht zu beseitigen.

177. Letztlich ist zu berücksichtigen, dass Publigroupe an vielen Verlagen Minderheitsbeteiligungen (teilweise auch Mehrheitsbeteiligungen) hält. Diese Beteiligungen sind in der Regel mit dem Outsourcing des Anzeigengeschäfts an Publigroupe verbunden. Zwar sind nicht immer alle Verlagsprodukte (oft Zeitschriften) an Publigroupe verpachtet, doch werden die wichtigsten Verlagszeitungen systematisch verpachtet. Publigroupe ist namentlich an folgenden Verlagen, die ihr Anzeigengeschäft ausgelagert haben, als Minderheitsaktionärin beteiligt: National Zeitung und Basler Nachrichten AG, Edipresse SA, St. Galler Tagblatt AG, Südostschweiz Presse AG, Vogt-Schild Holding AG, SNP Société Neuchâteloise de Presse SA. Durch die Edipresse hat Publigroupe zudem die Möglichkeit, Einfluss auf weitere Verlage auszuüben. Auch die befragten Eigenregieverlage betonen die direkte Beziehung zwischen Pacht und Beteiligung des Pächters am Medienunternehmen ("Pacht gegen Beteiligung"). In einigen Fällen unterstützt Publigroupe Verlage nicht durch eine Aktienkapitalbeteiligung, sondern mittels eines Darlehens, was ihr ebenfalls einen nicht unbedeutenden Einfluss verschaffen kann. Verlage, bei welchen Publigroupe eine Minderheitsbeteiligung hält, dürften nur unter besonderen Umständen und bei ausreichender Eigenfinanzkraft zur Vermarktung in Eigenregie wechseln.

178. Das Potenzial des Wettbewerbsdruckes durch die Eigenregievermarktung lässt sich auch an der Anzahl erfolgter bzw. geplanter Wechsel zur Eigenregie und deren Erfolg messen. Allerdings kann aus fehlenden Marktzutritten in der Vergangenheit nicht zwingend auf eine inexistente oder geringe potenzielle Konkurrenz geschlossen werden. Zwar weisen fehlende Marktzutritte in der Regel auf Marktzutrittsschranken hin, doch können sie auch eine Folge bereits bestehenden intensiven Wettbewerbs sein. Im Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien sind indes der aktuelle Wettbewerb gering und die Marktzutrittsschranken hoch. In den letzten zehn Jahren haben denn auch nur der Bund und der Walliser Bote ihre Pachtverträge mit Publigroupe nicht verlängert und einen Wechsel zur Eigenregie vorgenommen⁴².

⁴² Beim "Bund lagen allerdings spezielle Umstände vor. Mit dessen Übernahme durch die Espace Medien AG übernahm diese auch die Vermarktung des Anzeige- und Werberaumes in eigener Regie, um die Synergien mit der von ihr bereits bisher in Eigenregie vermarkteten "Berner Zeitung" zu nutzen.

179. Zu berichtigen ist der Einwand der Publigroupe, auch die Aargauer Zeitung und [...] hätten zum System der Eigenregie gewechselt bzw. den Pachtvertrag mit Publigroupe gekündigt.

- Die "Aargauer Zeitung" (ehemals "Aargauer Tagblatt") wechselte zwar 1996 zum System der Eigenregie, doch übernahm Publigroupe per 1. Januar 2006 wiederum die gesamte Anzeigenregie des Zeitungsbereichs der AZ Medien Gruppe. Der neue Pachtvertrag betrifft namentlich die Aargauer Zeitung, das Limmattaler Tagblatt, die Limmattaler Zeitung, die Aargauer Woche mit Regionalausgaben und den Lenzburger Bezirks-Anzeiger. Auch das nationale Anzeigenmarketing der Mittelland Zeitung⁴³ wird künftig ausschliesslich von der Publicitas betreut werden. Rund zehn Jahre nach dem Wechsel der Aargauer Zeitung zur Vermarktung in Eigenregie wird dieser Wechsel somit nicht nur rückgängig gemacht, sondern die Zusammenarbeit mit der Publigroupe zusätzlich ausgebaut und intensiviert. Eine der gemäss Publigroupe wichtigsten Eigenregiezeitungen der Schweiz wird ab 2006 die Vermarktung ihres Inserate- und Werberaumes somit vollumfänglich an die Publigroupe auslagern.

- [...].

180. Die wenigen erfolgten und erfolgreichen Wechsel ehemaliger Pachtverlage zum System der Eigenregien lassen darauf schliessen, dass auch künftig kaum mit Systemwechseln zur Eigenregie zu rechnen ist. Die Entwicklung geht stattdessen deutlich in die gegenteilige Richtung: In den letzten Jahren haben Zeitungen wie das St. Galler Tagblatt, der Landbote, Le Nouvelliste, L'Express und L'Impartial, die Solothurner Zeitung etc. ihre Pachtverträge mit Publigroupe erneuert. 2005 wurde zudem die Anzeigeverkaufsabteilung der NZZ und der NZZ am Sonntag an die Publicitas ausgelagert. Auch die Aargauer Zeitung lagerte per 2006 ihr Anzeigengeschäft wieder an Publigroupe aus. Die Beobachtung der Marktentwicklung ergibt somit, dass die Wahrscheinlichkeit von Marktzutritten von Eigenregien als gering eingestuft werden muss und stattdessen mit zusätzlichem Outsourcing an die Publigroupe zu rechnen ist.

181. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die aufwändige Organisation einer Eigenregie, die damit verbundenen Risiken und sunk costs, die starke Kundenbindung an Publigroupe, deren Netzwerkevorteile, die begrenzten Auswirkungen der Teilverpachtung auf den Wettbewerb und die Verflechtung von Publigroupe mit den Verlagshäusern Systemwechsel zur Vermarktung des Anzeige- und Werberaumes in Eigenregie - wenn nicht verhindern - zumindest erschweren bzw. weniger attraktiv und daher unwahrscheinlich machen.

182. Zu beachten ist überdies, dass ein allfälliger Wechsel zur Vermarktung in Eigenregie nicht sofort vollzogen werden kann. Ein Verlag, der in der vollständigen Eigenregie eine ernst zu nehmende Alternative zum Angebot von Publigroupe sieht, gibt an, dass sich eine komplette Eigenregie namentlich wegen des beträchtlichen Anzeigevolumens und der

hohen Investitionskosten frühestens innert zwei Jahren realisieren liesse. Die Mehrheit der befragten Verlage gibt überdies an, vertraglich an Publigroupe gebunden zu sein, weshalb eine Eigenregie zumindest momentan keine Option darstelle. Damit ist die voraussichtliche Zeitspanne bis zu einem möglichen Marktzutritt als eher lang zu qualifizieren.

183. Wesentlich ist schliesslich, dass selbst im - wirtschaftlich unwahrscheinlichen - Falle zunehmender Wechsel zur Eigenregie die dominierende Stellung der Publigroupe kaum abgeschwächt würde. Auch Eigenregieverlage generieren 40% bis 50% ihres Anzeigumsatzes mit von Publigroupe vermittelter Werbung, wobei insbesondere nationale Werbekampagnen in aller Regel über Publigroupe abgewickelt werden. Selbst im Falle einer Auflösung des Pachtvertrages mit Publigroupe sind die Eigenregieverlage deshalb auf eine weiterführende Kooperation mit Publigroupe als Vermittlerin angewiesen, um nicht von der wichtigen Einnahmequelle der überregionalen Werbung abgeschnitten zu werden. Im relevanten Markt für die Vermittlung und den Verkauf für Inserate- und Werberaum in Printmedien führt deshalb faktisch kein Weg an der Publigroupe vorbei, unabhängig davon, ob diese als Pächterin oder Vermittlerin für einen bestimmten Titel tätig ist. Die starke Stellung der Publigroupe mit einem Marktanteil von 65% auf dem relevanten Markt gründet denn auch darin, dass sie nicht nur für die Pachtregietitel, sondern auch für die Eigenregietitel eine unverzichtbare Kooperationspartnerin ist.

184. Als vorläufiges Ergebnis ist somit festzuhalten, dass die Möglichkeit der Verlage, sich aus dem Pachtvertrag zu lösen und ihren Inserate- und Werberaum in Eigenregie zu vermarkten, keinen genügenden Wettbewerbsdruck auf Publigroupe auszuüben vermag.

185. Zu prüfen bleibt schliesslich, inwieweit künftige Marktzutritte unabhängiger Vermittler bzw. die Verstärkung deren heutiger Marktstellung einen disziplinierenden Einfluss auf Publigroupe auszuüben vermögen. Der heutige Marktanteil der unabhängigen Vermittler ist mit unter 5% gering. Dieser könnte sich insbesondere dann steigern, wenn die derzeitigen Eigenregie- oder Pachtverlage bereit sind, ihr Anzeigengeschäft nicht an Publigroupe, sondern an alternative unabhängige Vermittler auszulagern.

186. Die Entwicklung der Marktstellung der unabhängigen Vermittler ist somit von derjenigen der Eigenregien abhängig. Verzichten die Verlage auf exklusive Pachtverträge mit Publigroupe, nimmt der potenzielle Zuwachspielraum der unabhängigen Vermittler zu. Obige Erwägungen machen indes deutlich, dass mit zusätzlichen Eigenregietiteln in näherer

⁴³ Die vier Medienhäuser AZ Medien Gruppe (Aargauer Zeitung, AZ; Limmattaler Tagblatt), Vogt-Schild Gruppe (Solothurner Zeitung; Grenchner Tagblatt; Langenthaler Tagblatt; Berner Rundschau), Dietschi AG (Oltnen Tagblatt) und Zofinger Tagblatt AG (Zofinger Tagblatt) kooperieren seit Anfang 2002 im Zeitungsbereich. Ihre Zeitungen erscheinen mit dem gemeinsamen Untertitel Mittelland Zeitung (MZ).

Zukunft nicht zu rechnen ist und die jüngsten Marktentwicklungen vielmehr auf eine Zunahme des Outsourcing an Publigroupe hindeuten. Das Marktpotenzial der unabhängigen Vermittler ist vor diesem Hintergrund als gering einzuschätzen.

187. In diesem Zusammenhang spielt das Erfordernis eines effizienten Netzwerkes eine bedeutende Rolle. Zwar verfügen die unabhängigen Vermittler in der Regel über das für die Pachtregie notwendige Know-how, doch stellen die sich aus dem Aufbau eines umfassenden Filialnetzes ergebenden Kosten eine erhebliche Marktzutrittschranke dar. Der mengenmässige Vorteil der Publigroupe gegenüber Konkurrenten ist so markant, dass der Aufbau eines gleichwertigen und kompetitiven Netzwerkes durch weitere Unternehmen ausserordentlich schwer realisierbar und insbesondere kaum finanzierbar ist.

188. Aus den vorigen Erwägungen ergibt sich, dass das Marktpotenzial unabhängiger Vermittler als gering einzustufen ist. Dies bestätigen auch die Antworten der befragten Vermittler bezüglich der künftigen Geschäftsstrategie. Einige unabhängige Vermittler gaben an, eine Nischenstrategie, wie bspw. Anzeigen für die Tourismus- oder Ausbildungsbranche oder die Konzentration auf Stellenanzeigen, berge das grösste Potenzial. Andere brachten vor, auf dem Markt nur bestehen zu können, weil sie Pachttitel betreuen. Das Geschäft mit der Vermittlung von Anzeigen in Fremdtiteln sei auch bei einer 5%igen Kommission nicht kostendeckend. Zudem wurde hervorgehoben, dass die Vermittlung an Verlage in Eigenregie aufgrund höherer Kommissionen rentabler sei. Die Kommissionierung von 5% (in den Pachtpublikationen von Publigroupe) verhindere jedem Neueinsteiger das Überleben in dieser Branche, ausser er könne ein grosses Volumen von Anzeigen in Nicht-Publicitas-Blättern generieren. Dies habe dazu geführt, dass sich die unabhängigen Vermittler bis anhin mehrheitlich im Grossraum Zürich etablieren konnten, da hier die grössten Eigenregietitel ansässig sind. Weiter wird von den befragten Vermittlern betont, dass sie sich aufgrund des schwierigen wirtschaftlichen Marktumfelds durch spezifische Vorteile hervorheben müssten. Kunden liessen sich von Publigroupe nur durch einen besseren Service (Personalisierung und Zuverlässigkeit der Dienstleistungen) abwerben. Strukturell gebe es jedoch wenig Wachstumsmöglichkeiten. Insgesamt schränke die derzeitige Marktstruktur das Entwicklungspotenzial der unabhängigen Vermittler stark ein.

189. Zusammenfassend ist folglich festzuhalten, dass das Wachstumspotenzial der bestehenden unabhängigen Vermittler begrenzt ist und kaum mit dem Eintritt neuer Unternehmen zu rechnen ist. Aufgrund diverser struktureller Faktoren (exklusive Pachtverträge der Publigroupe, unwahrscheinlicher Systemwechsel zur Eigenregie, Kosten für den Aufbau eines Filialnetzwerkes) ist die vom potenziellen Wettbewerb durch unabhängige Vermittler ausgehende disziplinierende Wirkung gering.

B.3.2.3 Zwischenergebnis: Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung

190. Im Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien sieht sich Publigroupe weder aktuellem noch potenziellem Wettbewerb ausgesetzt, welcher eine ausreichende disziplinierende Wirkung auf das Verhalten der Publigroupe ausüben könnte. Auch bestehen in vertikaler Hinsicht keine Wettbewerbskräfte, welche Publigroupe daran hindern könnten, sich in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Publigroupe ist deshalb als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren.

B.4 Missbräuchliche Verhaltensweise

191. Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs ohne sachliche Gründe behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 KG). Publigroupe macht in Rz. 6, 17, und insbesondere 90 ff. ihrer Stellungnahme vom 20. September 2006 geltend, das Kommissionierungssystem für Vertriebspartner der Publipresse-Gesellschaften sei von seiner Ausgestaltung her vergleichbar mit einem selektiven Vertriebssystem. Auch wenn der Hersteller einen hohen Marktanteil habe, könne er nicht verpflichtet werden, jedes Unternehmen unabhängig von irgendwelchen objektiven Kriterien für den Vertrieb seiner Produkte zuzulassen. Es ist deshalb nachfolgend zu prüfen, ob im vorliegenden Fall von einer kartellrechtlich nicht zu beanstandenden Kommissionierungspraxis auszugehen ist, oder ob die VSW-Richtlinien Vermittler ohne sachlichen Gründe von der Kommissionierung ausschliessen.

192. Gegenstand vorliegender Untersuchung war die Prüfung, inwieweit die Publigroupe durch ihre Tochtergesellschaften bzw. den VSW ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht, indem sie einzelne unabhängige Vermittler von einer Kommissionierung ausschliesst. Als Instrument des möglichen Missbrauchs dienen die VSW-Richtlinien, welche festlegen, unter welchen Voraussetzungen der Vermittler für seine Vermittlungstätigkeit eine Kommission von Publigroupe erhält. Wird ein Vermittler nicht als kommissionsberechtigt anerkannt, sind sämtliche seine Vermittlungsleistungen zu Gunsten der von Publigroupe gepachteten Printtitel von einer Kommissionierung ausgeschlossen. Die Kommissionierungsrichtlinien erschweren deshalb in ihrer Gesamtheit den Marktzutritt der unabhängigen Vermittler.

193. Ein als kommissionsberechtigt anerkannter Vermittler hingegen erhält eine Kommission von in der Regel 5%. Berechtigten die vermittelten Aufträge zu Jahresumsatzprämien (JUP) oder Beraterkommissionen (BK), welche an den Auftraggeber (Inserenten oder Agentur) weitergeleitet werden müssen, wird die Kommission entsprechend angehoben. So beträgt die Vermittlungskommission für Aufträge mit einer JUP I oder BK I 8% des Kundennettos und die Vermittlungskommission für Aufträge in Publikumszeit-

schriften mit einer JUP II oder BK II 17,5% des Kundennettos (vgl. oben, Rz. 58).

194. Damit ein Vermittler kommissioniert wird, muss er die in Ziff. 2 der VSW-Richtlinien festgelegten Voraussetzungen erfüllen⁴⁴. Der genannte Artikel sieht folgende Kommissionierungsvoraussetzungen vor:

- Juristische Selbstständigkeit des Unternehmens (Ziff. 2.1)
- Tätigkeit als Universalvermittler als hauptsächlicher Zweck (Ziff. 2.2)
- Kaufmännische und fachliche Qualifikation (Ziff. 2.3)
- Kreditwürdigkeit (Ziff. 2.4)
- Nachweis eines Geschäftsvolumens von entweder insgesamt CHF 1 Mio. oder mindestens CHF 100'000.- in Pachtorganen von VSW-Mitgliedfirmen (Ziff. 2.5)

195. Einer kartellrechtlichen Beurteilung waren insbesondere die folgenden vier Voraussetzungen der VSW-Richtlinien zu unterziehen: Die Forderung, dass die Inserate von mehreren juristisch und wirtschaftlich voneinander unabhängigen Auftraggebern stammen müssen (Ziff. 2.2 Abs. 1), die Bestimmung, wonach nur so genannte Universal-, nicht jedoch Spartenvermittler oder Vermittler in Nebentätigkeit kommissioniert werden (Ziff. 2.2 Abs. 2), die Bestimmung, dass Werbe-, PR- oder Mediaberater oder -agenturen nicht sowohl die Berater- als auch die Vermittlungskommission als Berufsinseratevermittler erhalten dürfen (Ziff. 2.2 Abs. 3) und die das Geschäftsvolumen betreffenden Vorgaben (Ziff. 2.5).

196. Die Nichtkommissionierung einzelner Vermittler, welche die Kommissionierungsvoraussetzungen nicht zu erfüllen vermögen, kann in zweifacher Hinsicht einen Verstoss gegen das kartellrechtliche Missbrauchsverbot darstellen:

- Die Nichtkommissionierung gewisser Vermittler führt möglicherweise zu Marktzutrittsschranken, welche Neueinsteiger und bestehende Unternehmen in der Ausübung des Wettbewerbs behindern (sog. Behinderungstatbestand). Dieser Sachverhalt wird von der Generalklausel nach Art. 7 Abs. 1 KG erfasst.
- Sachlich nicht gerechtfertigte Kommissionierungsvoraussetzungen führen möglicherweise zu Diskriminierungen von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG. Die Diskriminierung ist ein so genannter Ausbeutungs- oder Benachteiligungstatbestand.

Die Kommissionierungsverweigerung durch die Publigroupe ist sowohl unter dem Aspekt der unzulässigen Behinderung von Wettbewerbern wie auch unter dem Aspekt der Ausbeutung der Marktgegenseite einer kartellrechtlichen Analyse zu unterziehen. Nachstehend wird der allfällige Missbrauch vorwiegend als Behinderungstatbestand geprüft, ergänzend

jedoch auch auf die Diskriminierungsproblematik verwiesen.

197. Die von Publigroupe in den VSW-Richtlinien festgeschriebenen Kommissionierungsvoraussetzungen sind einzeln auf ihre Kartellrechtskonformität zu prüfen. Dazu sind in einem ersten Schritt die jeweiligen Wettbewerbsbehinderungen zu identifizieren, und in einem zweiten Schritt deren Missbräuchlichkeit bzw. deren Rechtfertigung durch sachliche Gründe zu beurteilen. Soweit eine Kommissionierungsvoraussetzung als unzulässig erkannt wurde, wurden im Rahmen der einvernehmlichen Regelung entsprechende Massnahmen ergriffen.

B.4.1 Inserate von mehreren juristisch und wirtschaftlich voneinander unabhängigen Auftraggebern (Ziff. 2.2 Abs. 1)

B.4.1.1 Wettbewerbsbehinderung

198. Ziff. 2.2 Abs. 1 VSW-Richtlinie lautet:

Als Berufs-Inseratevermittler kommissioniert werden nur Unternehmen, die im Hauptzweck als Universalvermittler in der Disposition in eigenem Namen und auf eigene Rechnung von Inseraten, Werbebeilagen und Beiheftern (Inserate) mehrerer juristisch und wirtschaftlich voneinander unabhängiger Auftraggeber in verschiedenen Printmedien voneinander wirtschaftlich und juristisch unabhängiger Verlage tätig sind.

199. Um als kommissionsberechtigt anerkannt zu werden, müssen die Inseratevermittler Inserate von mehreren juristisch und wirtschaftlich voneinander unabhängigen Auftraggebern vermitteln. Diese pauschale Nicht-Kommissionierung von Unternehmen, welche nicht für mehrere wirtschaftlich voneinander unabhängige Auftraggeber vermitteln, stellt eine Marktzutrittsschranke dar. Insbesondere neu in den Markt eintretende Unternehmen vermitteln in einer ersten Phase oftmals Anzeigen von einzelnen wirtschaftlich starken Auftraggebern, bevor es ihnen gelingt, sich im Markt zu positionieren und auch Anzeigen weiterer Unternehmen zu vermitteln. Überdies führt die Nicht-Kommissionierung von Vermittlern, welche nicht für mehrere juristisch und wirtschaftlich unabhängige Inserenten tätig sind, zu deren Diskriminierung gegenüber anderen Vermittlungsunternehmen.

B.4.1.2 Keine sachlichen Rechtfertigungsgründe

200. Im Verlaufe des Verfahrens machte Publigroupe unterschiedliche Gründe geltend, um die Kommissionierungsvoraussetzung der Unabhängigkeit der Vermittler von deren Auftraggebern zu rechtfertigen.

201. Vorweg wurde geltend gemacht, erst die Vermittlungstätigkeit für mehrere Auftraggeber schaffe für die VSW-Mitglieder einen Mehrwert, welchen sie über die Kommission abgelden würden. Erfolge die

⁴⁴ Siehe Rz. 48.

Vermittlung hingegen nur für einen einzigen Kunden, von dem der Vermittler zudem abhängig sei, werde kein Mehrwert generiert. Diesem Argument ist entgegenzuhalten, dass nicht ersichtlich ist, weshalb die Vermittlung für einen oder einige wenige Kunden keinen Mehrwert schaffen würde. Gemäss früheren Darstellung der Publigroupe ergibt sich für sie als Pächterin ein Mehrwert aus der von den unabhängigen Vermittlern geleisteten Arbeit, welche ein "full service" Dienstleistungspaket umfasst: Akquisition, Erfassung, Abwicklung, Übermittlung, Fakturierung, das Inkasso- und Reklamationswesen. Wird ein unabhängiger Vermittler zwischengeschaltet, haben die VSW-Mitglieder diese Leistungen nicht mehr selber zu erbringen. Der daraus fliessende Mehrwert ergibt sich unabhängig von der Anzahl Kunden, deren Inserate durch den unabhängigen Vermittler an Publigroupe weitergeleitet werden.

202. Des Weiteren brachte Publigroupe vor, der Vermittler stehe in einer Vertragsbeziehung zum Eigenregieverlag bzw. im Falle eines Pachtverhältnisses zu den Publipresse-Gesellschaften. Diese Beziehung schliesse aus, dass der Vermittler als Vertriebspartner gleichzeitig mit der Marktgegenseite, dem Inserenten, rechtlich oder wirtschaftlich identisch sei oder in einem Vertragsverhältnis für die Interessenvertretung des Inserenten stehe. Damit diese Trennlinie scharf gezogen werden könne, sei ein Vermittler nur als solcher zu kommissionieren, wenn er für mehrere Kunden, welche von ihm rechtlich und wirtschaftlich unabhängig sind, Inserataufträge entgegennimmt.

203. Das Vorbringen der Publigroupe ist insoweit nachvollziehbar, als die Kommissionierung eines Unternehmens für die "Vermittlung" eigener Inserate wirtschaftlich nicht gerechtfertigt scheint. Die Kommission bezweckt die Abgeltung von Vermittlungsleistungen im Interesse und im Auftrag des Verlages bzw. der Publigroupe als Pächterin. Im Unterschied zur Vermittlung durch einen unabhängigen Inseratevermittler, welcher als Drittperson das Insertionsgeschäft zwischen einem Inserenten und dem Printtitel ermöglicht bzw. den Inseraterraum des Printtitels an den Inserenten "verkauft", liegt beim direkten Kontakt zwischen dem Inserenten oder von diesem rechtlich oder wirtschaftlich abhängige Personen und dem Verlag nur ein Zweiparteienverhältnis vor. Ein von einem Inserenten wirtschaftlich oder rechtlich abhängiges Unternehmen kann sich nicht selbst oder die sie beherrschende Person vermitteln. Die blosser Übermittlung einer eigenen Anzeige an die Publigroupe, wie dies bei sämtlichen Insertionen der Fall ist, stellt mithin keine Vermittlungsleistung dar. Übrige professionelle Vorleistungen des Inserenten werden über die Ausrichtung einer Beraterkommission als Beitrag an das Beratungshonorar, bzw. im Falle von professionellen Grosskunden, die keinen Mediaberater benötigen, über die Jahresumsatzprämie entgolten. Würde auch die "Vermittlung" eigener Inserate als kommissionsberechtigte Dienstleistung qualifiziert, wäre mitunter jede Insertion mit einer Vermittlungskommission zu vergüten.

204. Eine Kommissionierung der Inserenten macht ökonomisch keinen Sinn. Die Verweigerung der Kommissionierung von (Gross-)Inserenten, welche eine eigene Werbeabteilung führen, für die Vermittlung eigener Inserate ist kartellrechtlich somit nicht zu beanstanden. Deren Kommissionierung wird indes bereits durch Ziff. 2.1 VSW-Richtlinien ausgeschlossen, wonach nur juristisch selbstständige Unternehmen kommissioniert werden.

205. Dem Fall einer unternehmensinternen Werbeabteilung gleichzustellen ist die Auslagerung des Inserategeschäfts in eine - rechtlich selbstständige, aber wirtschaftlich abhängige - (Tochter-)Gesellschaft. Die Auslagerung eines Geschäftsbereiches in eine andere Konzerngesellschaft betrifft die interne Unternehmensorganisation, welche aus kartellrechtlicher Sicht von untergeordneter Bedeutung ist. Solange ein Unternehmen der Kontrolle durch eine Muttergesellschaft untersteht und somit von dieser wirtschaftlich abhängig ist, spielt die konkrete Konzernstruktur keine Rolle. Die wirtschaftliche Abhängigkeit im Sinne einer Konzernierung (Tochter- oder Schwestergesellschaft) ist der rechtlichen Abhängigkeit (Abteilung, Zweigstelle) gleichzusetzen. Vermittelt ein Unternehmen Inserate für konzerninterne Mutter- oder Schwestergesellschaften, von denen es wirtschaftlich abhängig ist, ist die Verweigerung einer Kommission für diese Inserate sachlich gerechtfertigt.

206. Ziff. 2.2. Abs. 1 VSW-Richtlinien geht indes über diese sachlich gerechtfertigte Einschränkung der Kommissionierung hinaus. Der generelle Ausschluss von Vermittlern, die nicht für mehrere voneinander juristisch und wirtschaftlich unabhängige Auftraggeber tätig sind und in verschiedene Printmedien voneinander wirtschaftlich unabhängiger Verlage vermitteln, ist kartellrechtlich nicht rechtfertigbar. Diese Kriterien in Ziff. 2.2 Abs. 1 VSW-Richtlinien haben mit der von Publigroupe geltend gemachten zwingenden Unabhängigkeit der Vermittler vom Inserenten nichts zu tun. Ein Vermittler, welcher den Inseraterraum verschiedener Printmedien an nur einen grossen Inserenten vermittelt, braucht von diesem weder rechtlich noch wirtschaftlich abhängig zu sein und kann die Interessen der von ihm vertretenen Verlage ohne Weiteres wahrnehmen. Ebenso kann ein Vermittler, der exklusiv für einen Verlag Inseraterraum anbietet, dessen Interessen unter Umständen wesentlich besser wahrnehmen als ein Vermittler, welcher für mehrere konkurrierende Verlage tätig ist.

207. Zusammenfassend ist folglich festzuhalten, dass sich Ziff. 2.2 Abs. 1 VSW-Richtlinie in der bisherigen Fassung durch sachliche Gründe nicht rechtfertigen lässt.

B.4.1.3 Zwischenergebnis und Massnahme

208. Mangels sachlicher Rechtfertigung ist die eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkende Ziff. 2.2 Abs. 1 VSW-Richtlinie als kartellrechtlich unzulässig zu qualifizieren. Entgegen den Vorbringen der Publigroupe werden mit diesen Kommissionierungsvoraussetzungen nicht nur Vermittler, welche eigene Inserate oder Inserate des sie beherrschenden Unterneh-

mens vermitteln, ohne sachliche Gründe von einer Kommissionierung ausgeschlossen. Dementsprechend trifft die Behauptung in Rz. 11 und Rz. 112 der Stellungnahme der Publigroupe vom 20. September 2006 nicht zu, wonach das Sekretariat die Missbrauchsvorwürfe bezüglich des Punktes "Unabhängigkeit" fallengelassen habe.

209. Im Rahmen der einvernehmlichen Regelung wurde deshalb eine Lösung angestrebt, welche den kartellrechtlichen Vorbehalten gegenüber dem Kriterium der Unabhängigkeit in der bisherigen Fassung ebenso wie den sachlich gerechtfertigten Interessen der Publigroupe Rechnung trägt. Ziff. 6 der einvernehmlichen Regelung hält in diesem Sinne fest, dass Vermittler, welche rechtlich oder wirtschaftlich abhängig sind, für die Vermittlung derjenigen Inserate zu kommissionieren sind, welche nicht vom sie beherrschenden Unternehmen stammen. Wirtschaftliche Abhängigkeit im Sinne dieser Bestimmung liegt dabei bei denjenigen Vermittlern vor, welche durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise unter der Leitung eines sie beherrschenden Unternehmens stehen, mithin dem gleichen Konzern angehören.

210. Die einvernehmliche Regelung stellt sicher, dass rechtlich oder wirtschaftlich abhängige Unternehmen grundsätzlich ebenso kommissionierungsberechtigt sind wie unabhängige Vermittler. Somit fallen die kartellrechtswidrigen Marktzutrittsschranken in Ziff. 2.2 Abs. 1 VSW-Richtlinien künftig weg. Gleichzeitig wird auch eine Diskriminierung unter den unabhängigen Vermittlern vermieden: Sämtlichen Vermittlern wird künftig für die gleiche Leistung, nämlich die Vermittlung von Inseraterraum an vom Vermittler unabhängige Inserenten im Interesse der Printverlage, derselbe Anspruch auf Vermittlungskommission zukommen. Da dadurch eine Kommissionierung für "Eigenvermittlung" ausgeschlossen ist, werden den sachlich gerechtfertigten Interessen der Publigroupe Rechnung getragen und Interessenskonflikte des Vermittlers mit dem Inserenten oder seinem Vertreter vermieden.

B.4.2 Tätigkeit als Universalvermittler (Ziff. 2.2 Abs. 2)

B.4.2.1 Wettbewerbsbehinderung

211. Ziff. 2.2 Abs. 2 VSW-Richtlinie lautet:

Unternehmen, die nicht als Universalvermittler tätig sind, d.h. ihre Vermittlungstätigkeit auf einen oder auch mehrere spezielle Rubriken beschränken oder diese Tätigkeit nur nebenher betreiben oder einen anderen Hauptzweck haben, werden nicht kommissioniert. Andere Hauptzwecke sind z.B. die Personal-, Werbe-, Unternehmens- oder Finanzberatung, die Vermittlung von Immobilien oder anderen Kauf- oder Mietobjekten sowie Treuhandfunktionen.

212. Damit ein Unternehmen als Universalvermittler kommissionsberechtigt ist, muss es somit folgende Voraussetzungen erfüllen:

- Das Unternehmen darf seine Vermittlungstätigkeit nicht als so genannten Spartenvermittler⁴⁵ auf bloss eine oder mehrere spezielle Rubriken beschränken;
- Das Unternehmen darf die Vermittlungstätigkeit nicht nur in Nebentätigkeit oder im Nebenzweck betreiben.

213. Der Ausschluss der Nicht-Universalvermittler stellt eine erhebliche Markteintrittsschranke dar. Die Bestimmung verunmöglicht neueintretenden Unternehmen faktisch, sich mit ihrer Vermittlungstätigkeit auf eine Marktnische zu konzentrieren. Ein auf eine Marktnische spezialisiertes Geschäftsmodell stellt angesichts der dominierenden Stellung der Publigroupe eine wesentliche Möglichkeit für einen Marktzutritt dar, zumal es den Unternehmen erlauben würde, ihre Vermittlungstätigkeit in einer späteren Phase auf andere Bereiche, insbesondere kommerzielle Anzeigen, zu erweitern⁴⁶.

214. Ebenso stellt die Vermittlung in Nebentätigkeit oder zum Nebenzweck eine Möglichkeit für in benachbarten Märkten etablierte Unternehmen dar, ihre Geschäftstätigkeit auf den Bereich der Inseratevermittlung auszuweiten. Werden Unternehmen, welche die Vermittlung als Nebentätigkeit oder im Nebenzweck betreiben, von der Kommissionierung ausgeschlossen, bleibt ein Markteintritt nur durch Aufgabe der bisherigen Geschäftstätigkeit oder durch Neugründung möglich. Überdies werden rechtlich oder wirtschaftlich abhängige Vermittler, welche einem in einem anderen Markt tätigen Unternehmen angehören, generell von der Vermittlung ausgeschlossen. Auf die diesbezügliche Kartellrechtswidrigkeit wurde bereits eingegangen (siehe oben, Rz. 198 ff.).

215. Der Ausschluss von der Kommissionierung von Nicht-Universalvermittlern führt überdies zu deren Diskriminierung gegenüber den Universalvermittlern. Spartenvermittler oder Vermittler in Nebentätigkeit können ihre Kosten nicht mittels der an Universalvermittler vergüteten Kommission decken, sondern sind gezwungen, diese den Inserenten zu belasten. Der durch die Diskriminierung entstehende Wettbewerbsnachteil gegenüber anderen Vermittlern ist derart gross, dass sich Nicht-Universalvermittler kaum auf dem Markt etablieren konnten. In den letzten Jahren sind denn auch - gemäss Angaben von Publigroupe - mit Ausnahme der Anzeigerin Ad.X und der Unio AG keine unabhängigen Vermittler in den Markt eingetreten.

⁴⁵ Nach Angaben von Publigroupe gibt es keine Vermittler, die sich auf eine andere Sparte als Stellenanzeigen spezialisiert haben.

⁴⁶ Insoweit schlägt auch das Vorbringen der Publigroupe, es handle sich bei den Spartenvermittlern nicht um Wettbewerber, fehl. Publigroupe bezeichnet die Spartenvermittler auch als Wettbewerber zu den Publipresse-Gesellschaften.

B.4.2.2 *Keine sachlichen Rechtfertigungsgründe*

216. Dieses an sich wettbewerbsbehindernde Verhalten könnte durch sachliche Gründe gerechtfertigt werden. Ob solche vorliegen, ist nachfolgend getrennt für den Ausschluss der Spartenvermittler und den Ausschluss der Vermittler in Nebentätigkeit oder zum Nebenzweck zu prüfen.

B.4.2.2.1 Spartenvermittler

217. Um die Nicht-Kommissionierung der Spartenvermittler zu rechtfertigen, führt Publigruppe eine Reihe von Argumenten an:

- Universalvermittler würden einen interessanten Umsatzmix (Umsatzqualität) bringen, Spartenvermittler nicht.
- Universalvermittler würden mit Budgets arbeiten, womit ein bestimmter Umsatzmix erreicht werde.
- Die Vermittlung von Stellenanzeigen sei ein besonders unelastisches Marktsegment und sehr konjunkturabhängig. Im Gegensatz zu kommerziellen Anzeigen vermöge die Kommissionierung die Stellenanzeigen nicht "anzulocken".
- Universalvermittler würden einen "full service" anbieten, Spartenvermittler hingegen nicht. Die Leistungen der Spartenvermittler in Bezug auf das Angebot der VSW-Mitglieder seien viel zu eng. Dies führe zu keinen nennenswerten Synergien bei den VSW-Mitgliedern.
- Die Spartenvermittler würden kein eigenes Verkaufsteam beschäftigen.
- Das Delkreder-Risiko sei beim Spartenvermittler wesentlich geringer als beim Universalvermittler.
- Die Rubrikanzeigen seien bei den VSW-Mitgliedern mit höheren administrativen Bearbeitungskosten pro Anzeige verbunden. Bei Rubrikanzeigen fehle der bedeutsame Volumeneffekt der kommerziellen Werbung.
- Universalvermittler seien insofern komplementär zu den VSW-Mitgliedern, als dass die vom VSW kommissionierten Universalvermittler im Sinne einer komplementären Marktbearbeitung bestimmte Marktsegmente abdeckten.
- Das Sekretariat habe in den Jahren 1997 und 1998 gegenüber dem VSW bestätigt, dass das Kriterium der Universalvermittlung nicht zu beanstanden sei.

Diese Vorbringen sind nachfolgend einzeln zu prüfen.

218. Als *ersten Rechtfertigungsgrund* macht Publigruppe geltend, Zweck der Kommissionierung sei die Förderung der Vermittlungstätigkeit im Hinblick auf eine bestimmte Umsatzqualität. Ein interessanter Umsatzmix setze sich aus etwa 60%-70% kommerzieller Werbung und 30%-40% Rubrikanzeigen zusammen. Ein solcher Umsatzmix sei wirtschaftlich sinnvoll und werde von den Zeitungen auch gewünscht. Obwohl der Spartenvermittler selbstverständlich auch einen quantitativen Umsatzbeitrag

leiste, fehle es jedoch an der für die VSW-Mitglieder besonders interessanten Qualität dieses Umsatzes.

219. Eine Umfrage des Sekretariats der Weko bei mehreren Zeitungsverlagen in der Schweiz hat ergeben, dass dieses Vorbringen der Publigruppe nicht zutrifft. Die Verlage sind vor allem daran interessiert, so viele Anzeigen wie möglich gleich welcher Art zu akquirieren. Sie sind vor allem am Gesamtvolumen interessiert, der Umsatzmix spielt eine weit weniger bedeutende Rolle. Die von einer Zeitung oder Zeitschrift erreichte Zielgruppe bestimmt, welche Art von Werbung akquiriert werden *kann*. Die Art der Anzeigen, die in einem spezifischen Titel publiziert werden, ergibt sich aufgrund der Affinität seiner Leserschaft zu dem beworbenen Produkt resp. der Dienstleistung. Nicht die Anzeigenvermittler entscheiden letztlich, wo eine bestimmte Anzeige erscheint, sondern die Werbeagenturen oder die -auftraggeber. Zeitungen fragen somit grundsätzlich die grösstmögliche Anzahl jeder Art von Anzeigen nach.

220. Die befragten Zeitungen sind sich einig, dass das Angebot von Rubrikanzeigen für die Zeitungen von Vorteil ist. Immobilien- und Stellenanzeigen sind wichtig, weil sie von den Lesern gesucht werden. Deshalb bieten die Tageszeitungen spezielle Rubriken an. Gerade im Bereich der Rubrikinserate haben die Printmedien in den letzten Jahren empfindliche Umsatzeinbussen hinnehmen müssen, ein Negativtrend, den die Printmedien zu stoppen versuchen. Sämtliche Eigenregiezeitungen kommissionieren denn auch die Vermittler für die Vermittlung der Rubrikanzeigen.

221. Selbst wenn gewisse Printtitel daran interessiert wären, einen besonderen Anzeigenmix zu erreichen, ist nicht einzusehen, weshalb der Umsatz der Anzeigenvermittler selber diesem Anzeigenmix entsprechen sollte. Es wäre durchaus denkbar, dass die wenigen auf dem Markt tätigen Spartenvermittler fast ausschliesslich für die Vermittlung der Stellenanzeigen und die VSW-Mitglieder mehrheitlich für die kommerzielle Werbung sorgen, so dass die Zeitungen dadurch letztlich ihren "gewünschten" Mix an Stellenanzeigen resp. kommerzieller Werbung erhalten. Der Rückgang der Rubrikinserate in den letzten Jahren lässt vermuten, dass auf Rubrikinserate spezialisierte Vermittler mit ihrer "einseitigen" Vermittlungstätigkeit dem angeblich erwünschten Inseratemix durchaus förderlich sein dürften. Jedenfalls ist die Anforderung an die Vermittler, selber einen spezifischen Umsatzmix zu generieren, nicht notwendig, um den anvisierten ausgewogenen Anzeigenmix zu erreichen.

222. Insgesamt ergibt sich, dass die Nicht-Kommissionierung der Spartenvermittler mit dem Argument der Umsatzqualität kartellrechtlich nicht zu rechtfertigen ist.

223. Verknüpft mit dem ersten Vorbringen macht Publigruppe als *zweiten Rechtfertigungsgrund* geltend, dass in der Praxis den Universalvermittlern von ihren Kunden so genannte Budgets zugewiesen werden, mit welchen ein Inseratemix (und nicht bloss der besonders interessante kommerzielle Umsatz) für

einen bestimmten Zeitraum abgedeckt werden soll. In einem Budget wird die Abrechnung für verschiedene Arten von Anzeigen geregelt. Zu Beginn der Geschäftsperiode schliesst der Kunde mit dem für ihn tätigen Universalvermittler einen so genannten Insertionsvertrag (Budget) ab. Es handelt sich dabei um das mutmassliche Inseratevolumen des Kunden, welches er im Verlauf der vom Budget erfassten Geschäftsperiode über den Universalvermittler in Printmedien pro Titel platzieren möchte. Das Festsetzen eines Budgets ist gängige Geschäftspraxis: Im Jahre 2001 sind vom Gesamtumsatz von ca. CHF 1.9 Mia. mehr als 90% auf diese Budget-Kunden gefallen. Die übrigen 10% Umsatz bestehen aus "normaler Inseratevermittlung" für Gelegenheitskunden.

224. Das Abrechnungsverfahren bei den Budgetkunden funktioniert wie folgt: Am Ende der Vertragsdauer, also normalerweise nach einem Geschäftsjahr, wird über das Budget abgerechnet. Übersteigt das tatsächliche Inseratevolumen das Budget, wird dem Kunden ein Zusatzrabatt ausgerichtet. Ist das tatsächliche Volumen unter dem Budget, hat der Kunde bereits bezogene Rabatte zurückzuvorgüten.

225. Die wirtschaftlichen Vorteile von Budgetvereinbarungen werden von der Weko grundsätzlich anerkannt. Budgetvereinbarungen erlauben, Werbekampagnen im Voraus zu planen, eine Kostengewissheit zu erreichen und vereinfachen grundsätzlich die Abrechnung sowohl für die Anzeigenkunden als auch für die Verlage. Hingegen ist nicht ersichtlich, weshalb solche Budgetvereinbarungen die Nicht-Kommissionierung der Spartenvermittler rechtfertigen könnte.

226. Es wurde vorstehend ausgeführt, dass Verleger vor allem daran interessiert sind, so viele Anzeigen wie möglich gleich welcher Art zu akquirieren. Eine Budgetvereinbarung ist jedoch grundsätzlich nicht geeignet, das Anzeigevolumen als solches zu steigern. Selbst wenn der Anzeigemix eine bedeutende Rolle spielen würde, sind die Budgetvereinbarungen zudem nicht imstande, einen Anreiz zu schaffen, um einen gewissen Anzeigemix zu erreichen. Zwar wird in diesen Abrechnungen nach Art der Anzeigen unterschieden. Die Tatsache, dass die verschiedenen Anzeigenkategorien (Stellenanzeigen, kommerzielle Werbung, gelegentliche Anzeigen) tatsächlich differenziert auf der Abrechnung stehen, bedeutet nicht, dass, wenn das vereinbarte Volumen von **Stellenanzeigen** übertroffen wird, dem Kunde rückwirkend der höhere Rabatt vergütet wird, wenn er z.B. zugleich weniger kommerzielle Werbung erreicht hat. Das Budget wird stattdessen global betrachtet, d.h. der Kunde muss ein bestimmtes Volumen erreichen (gleich welcher Art), auch wenn auf der Abrechnung nach Anzeigart unterschieden wird. Ein Mangel an Stellenanzeigen kann dabei durch kommerzielle Werbung kompensiert werden. Das System schafft demzufolge keinen Anreiz, entsprechend einem vorbestimmten Umsatzmix zu inserieren.

227. Selbst unter der Annahme, dass eine Budgetvereinbarung zu einem gewünschten Umsatzmix beiträgt, vermag dies den Ausschluss von Vermittlern,

welche diesen Umsatzmix nicht generieren, nicht zu legitimieren (vgl. dazu Rz. 211 ff.). Das Vorbringen der Publigroupe, wonach die ausschliessliche Kommissionierung der Universalvermittler auf deren Arbeit mit Budgets zurückzuführen sei, ist somit nicht geeignet, die Nicht-Kommissionierung von Spartenvermittlern sachlich zu rechtfertigen.

228. Als **dritten Rechtfertigungsgrund** macht Publigroupe geltend, im Falle der Vermittlung von Stellenanzeigen werde ein besonders unelastisches Marktsegment betreut. Die Entwicklung des Umsatzes für Stellenanzeigen sei extrem konjunkturabhängig. Im Vergleich dazu sei die kommerzielle Werbung wesentlich konjunkturrestienter. Die Kommissionierung von Universalvermittlern sei ein Anreizmechanismus, welcher dazu diene, den nicht konjunkturabhängigen kommerziellen Umsatz zu fördern.

229. Die Feststellung, dass die Stellenanzeigen konjunktursensibel sind, ist nicht zu bestreiten. Publigroupe vermag dies zu belegen und die befragten Akteure auf dem Markt haben es bestätigt. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die Ausgaben für kommerzielle Werbung in einem rezessiven wirtschaftlichen Umfeld konstanter sind als jene für Stellenanzeigen.

230. Dem Vorbringen der Publigroupe ist allerdings entgegenzuhalten, dass zwischen der Konjunktursensibilität und der Kommissionierungselastizität der Anzeigen kein unmittelbarer Konnex besteht. Auch wenn das Gesamtvolumen der Stellenanzeigen in einem wirtschaftlich rezessiven Umfeld unbestrittenmassen geringer ist als in einem konjunkturellen Aufschwung, ist daraus nicht zu schliessen, dass sich der mit Stelleninseraten generierte Umsatz nicht durch spezifische (Kommissionierungs-)Anreize optimieren liesse. Es ist davon auszugehen, dass insbesondere die auf Stelleninserate spezialisierten Vermittler über ein spezifisches Know-how verfügen, um auch in einem wirtschaftlich ungünstigen Umfeld Stellenanzeigen in die Printprodukte zu vermitteln. Insbesondere vor dem Hintergrund des von Publigroupe vorgebrachten Arguments des gewünschten Umsatzmixes scheint aufgrund der Konjunktursensibilität der Stelleninserate ein Anreizsystem in diesem Bereich ökonomisch durchaus sinnvoll, um unerwünschte konjunkturellen Schwankungen im Bereich der Stelleninserate bestmöglich abzufedern.

231. Des Übrigen weist auch der Umsatz mit kommerziellen Anzeigen teilweise erhebliche konjunkturbedingte Schwankungen aus. Auch in diesem Bereich gilt indes, dass aus der Konjunktursensibilität kein Rückschluss auf die Kommissionierungselastizität gemacht werden kann. Es ist nicht einzusehen und wurde von Publigroupe auch nicht dargelegt, inwiefern eine Kommissionierung von kommerziellen Anzeigen zur Förderung des Umsatzes geeigneter sein sollte, als eine Kommissionierung von Stellenanzeigen. Würde tatsächlich auf die Konjunktursensibilität der Anzeigen abgestellt, wäre auch ein Teil der kommerziellen Werbung, bspw. aus der konjunkturabhängigen Bauindustrie, nicht mehr zu kommissionieren. Insgesamt vermag eine Kommissionierung im Bereich der kom-

merziellen Anzeigen deren konjunkturelle Schwankungen in ebenso beschränktem Umfang zu glätten, wie dies im Bereich der Stellenanzeigen der Fall ist.

232. Es wurde bereits dargelegt, dass die Verlage in erster Linie an einem insgesamt hohen Umsatz interessiert sind. Eine Kommissionierung der Spartenvermittler bildet einen wesentlichen Anreiz, dass diese - nicht zuletzt aus eigenem Interesse - sowohl in einem konjunkturell positiven wie auch in einem konjunkturell negativen Umfeld ein Maximum an Rubrikinserate an die Verlage vermitteln und somit deren Gesamtumsatz optimieren. Würde es den Spartenvermittlern nicht gelingen, in einem rezessiven Umfeld ein Maximum an Inseraten zu generieren, würden diese aufgrund der Konjunktursensibilität ihrer Dienstleistung innert Kürze aus dem Markt ausscheiden. Insoweit geht auch der von Publigruppe gegenüber den Stellenvermittlern erhobene Vorwand der "Rosinenpickerei" fehl, sind diese doch in einem konjunkturell besonders sensiblen und somit risikobehafteten Marktsegment tätig.

233. Schliesslich ist zu beachten, dass die Universalvermittler nicht nur für die Vermittlung kommerzieller Anzeigen, sondern auch für die Vermittlung von Rubrikanzeigen kommissioniert werden. Auch die Vermittlung von Rubrikanzeigen stellt für die Verlage einen Wert dar, welcher entsprechend zu vergüten ist.

234. Das Vorbringen der Publigruppe, wonach Spartenvermittler ein unelastisches, konjunktursensibles Marktsegment betreuen würden, stellt folglich keinen ausreichenden sachlichen Grund für deren Nicht-Kommissionierung dar.

235. Als *vierten Rechtfertigungsgrund* macht Publigruppe geltend, die Zusammenarbeit mit einem Spartenvermittler führe im Gegensatz zur Zusammenarbeit mit einem Universalvermittler zu keinen nennenswerten Synergien bei den VSW-Mitgliedern. Insbesondere würden sich nur marginale Einsparungen bei der administrativen Abwicklung ihrer Inserate ergeben. Dies lasse sich dadurch erklären, dass die Leistungen der Spartenvermittler bezüglich des Angebots der VSW-Mitglieder viel zu eng seien.

236. Es ist nachvollziehbar, dass die Kommissionierung auch die Abgeltung gewisser Leistungen des Vermittlers, die er an der Stelle der VSW-Mitglieder übernimmt (fachgerechte Mediaberatung des Kunden, Bündelung der Aufträge, Beleg-Service, Erscheinungskontrolle etc.), bezweckt. Die Kommissionierung prämiert nicht nur die Vermittlung als solche, sondern ebenso die weiteren damit verknüpften Dienstleistungen. Die Vergütung der reinen Vermittlungsdienste macht wirtschaftlich insoweit wenig Sinn, als ohne das Dazwischentreten des Vermittlers in vielen Fällen die Anzeige ohnehin über Publigruppe publiziert worden wäre. Mit der Kommissionierung wird folglich auch eine Kosteneinsparung bei Publigruppe als Pächterin abgegolten.

237. Entgegen der Darstellung der Publigruppe ist jedoch nicht nachvollziehbar, inwiefern das Argument der Kosteneinsparungen bzw. der Synergien

nur für Universal-, nicht aber für Spartenvermittler, insbesondere Stellenanzeigenvermittler, Geltung haben sollte. Die Spartenvermittler erbringen weitgehend die gleichen Leistungen wie die Universalvermittler: Budget- und Mediaplanung, Umsetzung von Anzeigen in ein Layout, Disposition, Auftragsabwicklung, Erscheinungskontrolle, Fakturierung etc. Dadurch entstehen auch bei der Vermittlung von Rubrikinseraten bedeutende Synergien und Kosteneinsparungen bei Publigruppe.

238. Teilweise übereinstimmend mit dem vorigen Argument macht Publigruppe als *fünften Rechtfertigungsgrund* geltend, der Spartenvermittler könne seine Dienstleistung mit Hilfe einer beschränkten betriebswirtschaftlichen Organisation (Abwicklungszelle) erledigen. Er beschäftige in aller Regel kein eigenes Verkaufsteam. Da Publigruppe dieses Vorbringen nicht weiter ausführt, bleibt unklar, inwiefern sich damit der Ausschluss von einer Kommissionierung sachlich rechtfertigen liesse.

239. Vorweg ist festzuhalten, dass das Vorbringen der Publigruppe, die unabhängigen Anzeigenvermittler würden kein eigenes Verkaufsteam beschäftigen, unzutreffend ist. Sämtliche befragten Anzeigenvermittler beschäftigen Verkaufs- oder Marketingpersonal. In dieser Hinsicht unterscheiden sich Spartenvermittler nicht von kommissionierten Universalvermittlern. Die Verkaufsteams setzen sich zwar meistens nur aus zwei bis drei Angestellten zusammen. Die Zahl der Angestellten ist aber proportional zum Umsatz. Beinahe alle befragten Anzeigenvermittler geben weiter an, dass sie ein (oft bescheidenes) Budget für Marketing und Promotion haben.

240. Selbst unter der - unzutreffenden - Annahme, dass die Betriebskosten der Spartenvermittler unter denjenigen der Universalvermittler lägen, würde sich ein Kommissionierungsausschluss nicht rechtfertigen. Die Kommissionierung vergütet Vorleistungen, welche Synergien schaffen und dadurch Kosten bei Publigruppe einsparen helfen. Weniger Kosten bei den Spartenvermittlern bedeutet indes keineswegs zwingend höhere Kosten bei Publigruppe, denn diese muss diese Leistung selber nicht erbringen. Die Kostenstruktur beim Anzeigenvermittler steht in keinem direkt kausalen Verhältnis zu den Kosteneinsparungen bei Publigruppe.

241. Publigruppe macht als *sechsten Rechtfertigungsgrund* geltend, das Delkredererisiko sei beim Spartenvermittler wesentlich geringer als beim Universalvermittler. Die kommerziellen Werbekunden würden das bei Weitem grösste Zahlungsrisiko darstellen. Dagegen seien Stellenanzeigen-Kunden dem Vermittler meist als Stammkunden bekannt und die Zahlungsfristen kürzer.

242. Es mag zutreffen, dass das von den Spartenvermittlern zu tragende Delkredererisiko im Schnitt etwas tiefer ist als dasjenige der Universalvermittler. Dieses tiefere Delkredererisiko der Spartenvermittler führt indes nicht zu höheren Kosten bei Publigruppe. Auch stellt die Übernahme des Delkrederes nur einen Bestandteil der von den Vermittlern insgesamt er-

brachten Dienstleistung dar. Im Vordergrund steht, wie Publigruppe mehrfach geltend gemacht hat, die Vermittlung der Inserate als solches, welche überdies korrekt zu erfassen, zu verarbeiten und zu übermitteln sind.

243. Das leicht tiefere Delkredererisiko der Spartenvermittler vermag deshalb einen Ausschluss von der Kommissionierung nicht zu rechtfertigen.

244. Publigruppe macht als siebten Rechtfertigungsgrund geltend, die Kosten der Stellenanzeigen seien generell höher. Bei Rubrikanzeigen fehle der so bedeutsame Volumeneffekt der kommerziellen Werbung. Nicht nur die administrativen Bearbeitungskosten seien höher, sondern die Stellenanzeigen würden auch eine geringere Marge als kommerzielle Anzeigen generieren.

245. Es ist nicht zu bestreiten, dass Stelleninserate im Vergleich zu kommerzieller Werbung höhere Kosten verursachen. Während das Volumen der bearbeiteten Rubrikinserate quantitativ eher bescheiden ist, ist die dazu benötigte Logistik relativ gross, weshalb sich die Fixkosten auf wenige Anzeigen verteilen. Stellenanzeigen profitieren in diesem Sinne nicht im gleichen Ausmass von economies of scale. Dies führt dazu, dass die Kosten pro Stellenanzeige durchschnittlich höher sind. Die höheren Kosten werden jedoch nicht von Publigruppe als Pächterin getragen. Vielmehr werden die höheren Kosten über entsprechend angepasste Insertionspreise auf die Inserenten überwältzt. Die Preise für Stellenanzeigen sind denn auch wesentlich höher als für kommerzielle Inserate.

246. Ausserdem ist darauf hinzuweisen, dass die Spartenvermittler viele Leistungen erbringen und der mit den Rubrikanzeigen verbundene erhöhte Aufwand zu weiten Teilen nicht von Publigruppe zu tragen ist. Gerade im Bereich der Rubrikinserate kann ein spezialisierter Vermittler der Pächterin erhebliche Arbeiten abnehmen und sie dadurch bezüglich der eigenen administrativen Organisation entlasten. Der höhere mit Stellenanzeigen verbundene Aufwand stellt folglich keinen sachlichen Grund dar, welcher die Nicht-Kommissionierung der Spartenvermittler zu rechtfertigen vermag.

247. Als *achten Rechtfertigungsgrund* macht Publigruppe geltend, die Leistungen der Universalvermittler seien komplementär zu jenen der VSW-Mitglieder, indem die Universalvermittler in geografischen und/oder kundenbezogenen Marktnischen tätig seien, welche die VSW-Mitglieder nicht bearbeiten würden.

248. Inwieweit dieses Vorbringen die Nichtkommissionierung sachlich rechtfertigen soll, ist nicht nachvollziehbar. Auch Spartenvermittler haben geografische Schwerpunkte und pflegen (wahrscheinlich sogar vermehrt) starke persönliche Kontakte. So führt Publigruppe aus, dass die Spartenvermittler sich auf die grossen Agglomerationen⁴⁷ konzentrieren, und leitet daraus ab, dass diese kein Interesse daran hätten, ein möglichst breites Spektrum der in der Schweiz angebotenen Printmedientitel zu berücksichtigen. Es ist nicht ersichtlich, weshalb dies der Fall sein

sollte. Zudem fehlt es an einem logischen Zusammenhang zwischen Kommissionierung und Unterstützung der Pressevielfalt, weshalb auch dieses Vorbringen vorliegend nicht relevant ist.

249. Faktisch besagt dieses Vorbringen der Publigruppe, dass ein Vermittler kommissioniert wird, wenn er in geografischen und/oder kundenbezogenen Marktnischen tätig ist und deshalb nicht im Wettbewerb mit Publigruppe steht. Diejenigen, die eine Konkurrenz zu Publigruppe darstellen, werden dagegen nicht kommissioniert. Soweit dies tatsächlich zutreffen würde, wäre darin ein Indiz zu sehen, dass Publigruppe die Kommissionierung der unabhängigen Vermittler als Instrument einsetzt, sich vor Zutritten in die von ihr selber bearbeiteten Marktsegmente zu schützen.

250. In Widerspruch zu ihrem Vorbringen macht Publigruppe zudem geltend, dass kommissionsberechtigte Vermittler durchaus in geografischen Gebieten tätig seien, in welchen auch die VSW-Mitglieder ihre Geschäftstätigkeit entfalten. Es komme somit zu Konkurrenzsituationen zwischen den VSW-Mitgliedern und den übrigen Universalvermittlern. Soweit dem tatsächlich so ist, verliert das Komplementaritäts-Argument ohnehin seine Bedeutung.

251. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die von Publigruppe vorgebrachten Argumente eine Nicht-Kommissionierung der Spartenvermittler nicht zu rechtfertigen vermögen. Letztlich ist das stärkste Indiz gegen die Argumentationslinie von Publigruppe, dass die Eigenregieverlage die Spartenvermittler kommissionieren, und zwar oft zu höheren Ansätzen als Publigruppe. Wenn die Argumentation von Publigruppe zutreffend wäre, wäre nicht einzusehen, weshalb Eigenregien Stelleninseratevermittler kommissionieren.

252. Publigruppe führt aus, dass die Situation bei den Eigenregien nicht vergleichbar sei. Sie bringt in diesem Zusammenhang die folgenden drei Argumente vor:

- Das Angebot der Eigenregiezeitungen würde sich grundlegend vom Angebot der VSW-Mitglieder (Publigruppe) unterscheiden. Eigenregiezeitungen hätten im Gegensatz zu Publigruppe nur ihren eigenen Titel zu verkaufen und entsprechend einen höheren Handlungsspielraum.
- Eine Eigenregiezeitung könne durch eine flexible Haltung bei der Kommissionierung Kunden dazu bewegen, die Inserate direkt, unter Ausschaltung von Publigruppe, bei ihr zu platzieren. Dadurch würde sich der Eigenregieverlag die Vermittlungskommission ersparen und den Kunden für den Direktkontakt entsprechend honorieren.

⁴⁷ In der Tat sind die meisten unabhängigen Vermittler in Zürich tätig, wo Publigruppe eher eine schwächere Marktstellung innehat (mit der Übernahme des Anzeigeakquisitionsteils der NZZ sollte sich die Situation jedoch verändern).

- Die Ertragsstruktur von Publigroupe unterscheidet sich von derjenigen einer Eigenregiezeitung durch den erheblichen Anteil an Einnahmen aus den Abonnements und aus dem Einzelverkauf (ca. 40% der Erträge), welcher einseitig auf das Inseratesgeschäft ausgerichtet ist. Die Eigenregiezeitung könne durch die Abonnementserträge Umsatzschwankungen bei den Inseraten abfedern.

253. Dem ersten Vorbringen kann nicht gefolgt werden. Die Angebote der Eigenregiezeitungen und der von Publigroupe gepachteten Printtitel unterscheiden sich inhaltlich keineswegs. Die Tatsache, dass die Eigenregiezeitungen nur ihren eigenen Titel verkaufen, ist dabei nicht von Relevanz. Ausserdem ist ein solches generelles Argument nicht spartenvermittler-spezifisch, sondern könnte auf jegliche Inseratevermittlung angewendet werden. Mithin wäre im Endeffekt sämtlichen Vermittlern eine Kommissionierung zu verwehren. Weshalb Eigenregien einen grösseren Handlungsspielraum haben sollten und weshalb sich ein solcher Spielraum auf die Kommissionierungspraxis auswirken müsste, ist nicht einsichtig und wird von Publigroupe denn auch nicht weiter ausgeführt. Entgegen der Darstellung von Publigroupe ist davon auszugehen, dass der Handlungsspielraum der Publigroupe aufgrund ihrer Finanzkraft und ihrer weit verzweigten Beteiligungen an diversen Verlagen wesentlich grösser ist als derjenige der Eigenregieverlage. Das Vorbringen ist daher unbegründet.

254. Das zweite Vorbringen verkennt, dass es nicht um die Honorierung von Kunden geht, sondern um die Abgeltung von Spartenvermittlern. Daher ist das Argument, der Kunde werde honoriert, weil dadurch die Vermittlerkommission eingespart werde, unbehelflich. Ausserdem ist nicht nachvollziehbar, inwieweit Eigenregiezeitungen durch eine Kommissionierung der Spartenvermittler Inserenten dazu bewegen könnten, die Inserate direkt bei ihnen zu platzieren.

255. Das dritte Argument ist ebenfalls unbegründet. Aus den Fragebogenantworten der Eigenregieverlage ergibt sich klarerweise, dass die Umsatzschwankungen bei den Inseraten nicht durch die Abonnementserträge abgedeckt werden können. Sämtliche befragten Verlage verneinten, dass Eigenregiezeitungen (oder auch Pachtzeitungen) Umsatzschwankungen bei den Inseraten mit Abonnementserträgen ausgleichen könnten. Gründe dafür sind erstens, dass die Abonnementseinnahmen in der Regel lediglich 30% bis 40% des Gesamtumsatzes darstellen, und zweitens, dass Umsatzschwankungen bei den Inseraten rasch erfolgen, währenddem sich Erträge aus den Abonnements langfristig entwickeln. Selbst wenn eine solche Abfederung grundsätzlich möglich wäre, ist überdies nicht nachvollziehbar, inwieweit dies eine Diskriminierung der Spartenvermittler gegenüber den Universalvermittlern rechtfertigen würde.

256. Aus den vorigen Erwägungen ergibt sich, dass die Kommissionierung der Eigenregiezeitungen durchaus mit derjenigen der VSW-Mitglieder vergleichbar ist. Wenn die von Publigroupe angeführten Argumente tatsächlich stichhaltig wären, würden sie für die Eigenregieverlage auch gelten. Dies sollte

dazu führen, dass die Eigenregiezeitungen den Spartenvermittlern keine Kommission bezahlen. Nun ist dies aber nicht der Fall. Alle befragten Eigenregieverlage kommissionieren die Stellenanzeigevermittler. Der angegebene Grund dafür ist meistens, dass die Anzeigevermittler wie alle Vermittler besondere Dienstleistungen (standardisierte Abwicklung, Auftragsbündelung, Übernahme des Delkreder-Risikos etc.) erbringen. Es wird meistens eine Kommission in Höhe von 6% bis 8,5% bezahlt, d.h. eine höhere Kommission als diejenige, die - wenn überhaupt - von Publigroupe bezahlt wird.

257. Schliesslich ist in Bezug auf das Argument von Publigroupe in Rz. 55 ff. und Rz. 139 der Stellungnahme vom 20. September 2006, wonach das Sekretariat in den Jahren 1997/1998 gegenüber dem VSW bestätigt habe, dass das Kriterium der Universalvermittlung nicht zu beanstanden sei, Folgendes zu bemerken: Das Sekretariat machte damals darauf aufmerksam, dass "sich die Kommissionierungspraxis des VSW durch ein gewisses Mass an systemimmanentem Diskriminierungspotenzial auszeichnet" und hielt sich deshalb ausdrücklich vor, zu gegebenem Zeitpunkt ein formelles Verfahren zu eröffnen, "sollten sich im Rahmen weiterer Beobachtungen der Marktverhältnisse Indizien für ein kartellrechtlich relevantes Verhalten der Publigroupe ergeben"⁴⁸. Diese Indizien ergaben sich im Verlauf der Vorabklärung, welche dem vorliegenden Untersuchungsverfahren voranging. Spätestens mit Zustellung des Schlussberichts der Vorabklärung des Sekretariats vom 4. November 2002 und der Eröffnung der Untersuchung durch das Sekretariat gemeinsam mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission am 6. November 2002 muss sich Publigroupe bewusst gewesen sein, dass die Weko in der Nichtkommissionierung von Spartenvermittlern möglicherweise ein missbräuchliches Verhalten erblicken würde.

B.4.2.2.2 Vermittler in Nebentätigkeit oder im Nebenzweck

258. Es ist naheliegend, dass Vermittler in Nebentätigkeit oder zum Nebenzweck dazu neigten, vorwiegend branchenspezifische Anzeigen wie z.B. Finanz-, Immobilien-, Stellenanzeigen etc. zu vermitteln. Wie aber vorstehend erwähnt, vermag die Tatsache, dass sich ein Vermittler auf eine bestimmte Sparte beschränkt, einen Ausschluss von der Kommissionierung nicht zu legitimieren.

259. Fraglich ist, ob die Sicherstellung einer einwandfreien Qualität den Ausschluss von Vermittlern in Nebenzweck oder in Nebentätigkeit erfordert. Dies ist zu verneinen. Vorweg ist festzuhalten, dass die Qualität der Leistung eines Vermittlers in Nebentätigkeit durch andere Bestimmungen der VSW-Richtlinien, insbesondere Ziff. 2.3 (kaufmännische und fachliche Qualifikation), ausreichend sichergestellt wird. Sodann kann grundsätzlich nicht von der

⁴⁸ Schreiben an den Rechtsvertreter der Publigroupe vom 22. Dezember 1998.

Struktur eines Unternehmens auf die Qualität seiner Leistungen geschlossen werden. Vermittelt bspw. ein Personalberatungsunternehmen ebenfalls Anzeigen, kann seine Leistung als Anzeigevermittler durchaus die gleiche Qualität wie die eines reinen Vermittlers erreichen. Dies dürfte insbesondere dann der Fall sein, wenn sich eine besondere professionelle Vermittlungsabteilung innerhalb des Unternehmens mit den Insertionen für das Unternehmen - und allenfalls für Drittinserenten - beschäftigt. Es kann im Gegenteil sogar davon ausgegangen werden, dass ein Vermittler in Nebentätigkeit, der als Spezialist für Personal-, Unternehmens-, Immobilien- oder Finanzberatung gilt, über berufliche Vorteile verfügt, um die Akquisition, Vermittlung und Abwicklung der Anzeigen in einer sehr professionellen Art zu gewährleisten. Würden Unternehmen, welche die Vermittlung in Nebentätigkeit oder im Nebenzweck betreiben, generell von der Kommissionierung ausgenommen, würde überdies die Kommissionierung von rechtlich oder wirtschaftlich abhängigen Vermittlern auf diesem Weg ausgeschlossen. Ein solcher Ausschluss ist, wie bereits dargelegt, sachlich nur in engem Rahmen, namentlich für die "Eigenvermittlung", zu rechtfertigen (vgl. Rz. 198 ff.).

260. Des Weiteren ist zu betonen, dass das Ausmass der aus den Vorleistungen der Vermittler resultierenden Synergien nicht von der internen Organisation der Vermittler abhängt. Auch Vermittler in Nebentätigkeit oder im Nebenzweck erbringen weit gehend die gleichen Leistungen wie die kommissionsberechtigten Universalvermittler: Budget- und Mediaplanung, Umsetzung in Layout von Anzeigen, Disposition, Auftragsabwicklung, Erscheinungskontrolle, Fakturierung etc. Dadurch entstehen bedeutende Synergien und Kosteneinsparungen bei Publigruppe. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist die Nicht-Kommissionierung der Vermittler in Nebentätigkeit nicht gerechtfertigt.

261. Zusammenfassend ergibt sich somit, dass sich die Nicht-Kommissionierung der Vermittler in Nebentätigkeit nicht durch sachliche Gründe rechtfertigen lässt.

B.4.2.3 Zwischenergebnis und Massnahmen

262. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass sich die ausschliessliche Kommissionierung von Universalvermittlern gemäss Ziff. 2 Abs. 2 VSW-Richtlinie sachlich nicht rechtfertigen lässt.

263. Die in Ziff. 2 Abs. 2 VSW-Richtlinie festgelegte Kommissionierungsvoraussetzung, wonach die Unternehmen, die ihre Vermittlungstätigkeit auf eine oder auch mehrere spezielle Rubriken beschränken, nicht kommissioniert werden, stellt folglich einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG dar und ist als unzulässig zu qualifizieren.

264. Diesem missbräuchlichen Verhalten wird mit der einvernehmlichen Regelung Abhilfe verschaffen. Die einvernehmliche Regelung hält in Ziff. 4 fest, dass künftige Kommissionierungsrichtlinien keine Bestimmungen enthalten dürfen, wonach Vermittler, die

ihre Vermittlungstätigkeit auf eine oder mehrere spezielle Rubriken beschränken, aufgrund dieser Eigenschaft von einer Kommissionierung ohne sachliche Gründe ausgeschlossen werden. Damit ist sichergestellt, dass künftig auch Vermittler, welche als Nischenanbieter im Markt tätig sind oder in diesen einzutreten versuchen, Anspruch auf eine Kommissionierung haben.

265. Ebenfalls stellt die zweite in Ziff. 2.2 Abs. 2 VSW-Richtlinie festgelegte Kommissionierungsvoraussetzung, wonach die Unternehmen, die ihre Vermittlungstätigkeit nur nebenher betreiben oder einen anderen Hauptzweck haben, keine Kommission erhalten, einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG dar und ist als unzulässig zu qualifizieren.

266. Die einvernehmliche Regelung hält deshalb in Ziff. 5 fest, dass künftige Kommissionierungsrichtlinien keine Bestimmung enthalten dürfen, welche Vermittler, die eine Vermittlungstätigkeit in Nebentätigkeit oder zum Nebenzweck betreiben, ohne sachlichen Grund aufgrund dieser Eigenschaft von einer Kommissionierung ausschliessen.

B.4.3 Beraterkommissionsberechtigte Unternehmen (Ziff. 2.2 Abs. 3)

B.4.3.1 Wettbewerbsbehinderung

267. Ziff. 2.2 Abs. 2 VSW-Richtlinie lautet:

Unternehmen, die über die VSW-Kommissionsberechtigung als Werbe-, PR- oder Mediaberater oder -Agentur verfügen, können nicht gleichzeitig als Berufs-Insertatevermittler kommissioniert werden.

268. Unternehmen, welche gemäss den Richtlinien der Berateranerkennungskommission des VSW eine Beraterkommission (BK) beziehen, werden generell von der Vermittlungskommission ausgeschlossen. Dieses Kriterium stellt eine erhebliche Marktzutrittschranke für Werbe-, PR- oder Mediaberater dar, welchen aufgrund ihrer Marktkenntnisse und Kontakte ein Markteintritt am ehesten möglich wäre. Auch bewirkt diese Voraussetzung eine gewisse Diskriminierung der genannten Beratungsunternehmen, da diese im Unterschied zu anderen Unternehmen, welche Vermittlungsleistungen anbieten, für diese Dienstleistung nicht entgolten werden.

B.4.3.2 Sachliche Rechtfertigungsgründe

269. Werbe-, PR- oder Mediaberater oder -agenturen, welche zusätzlich blosse Vermittlungsdienstleistungen anbieten, erbringen diese Leistung definitionsgemäss in Nebentätigkeit oder zum Nebenzweck. Im vorigen Abschnitt wurde dargelegt, dass sich der Ausschluss der Kommissionierung aus diesem Grund allein nicht rechtfertigt. Hingegen fragt sich, ob die Interessenlage und Funktion der Werbe-, PR- oder Mediaagenturen als Berater der Inserenten einen sachlichen Grund darstellt, der eine Nichtkommissionierung rechtfertigen lässt.

270. Die Tätigkeit eines Medienberaters unterscheidet sich grundlegend von derjenigen eines Vermitt-

lers. Wie dargelegt, vertreten Vermittler in erster Linie die Interessen der Verlage, deren Inseraterraum sie vermitteln bzw. an die Inserenten "verkaufen". Demgegenüber nehmen Medienberater ausschliesslich die Interessen der Inserenten wahr, welchen sie bei der Zusammenstellung des Werbemixes, der Gestaltung der Werbung und bei deren Platzierung unterstützend beraten. Entsprechend wird der Medienberater für seine Beratungsdienstleistung in erster Linie vom Inserenten entschädigt, welcher mit ihm in einem direkten Vertragsverhältnis steht, während der Vermittler seine Kommission vom Verlag bzw. dessen Pächterin bezieht. In der Wertschöpfungskette vom Inseraterraumangebot des Verlages hin zum Nachfrager des Angebots, dem Inserenten, sind die Dienstleistungen der Medienberater somit der Interessensphäre der Inserenten, die Leistungen der Vermittler hingegen der Interessensphäre der Verlage zuzuordnen. Die Vergütung der unterschiedlichen Dienstleistungen von den unterschiedlichen Marktseiten beruht auf sachlichem Grund.

271. Allerdings ist zu beachten, dass der Medienberater durch seine professionelle Dienstleistung an den Inserenten im Reflex auch eine gewisse Vorleistung zu Gunsten der Verlage erbringt. Diese Vorleistungen werden den Medienberatern indes über eine spezielle Kommission, die Beraterkommission, abgegolten. Diese stellt gemäss Bst. A der VSW-Richtlinie über die Kommissionierung von Werbe-, PR-, Media- und Web-Agenturen "eine Honorierung der fachlich einwandfreien Dienstleistungen (Beratung, Konzeption, Ausführung, Kontrolle, Administration) dar, welche die kommissionsberechtigten Agenturen gegenüber Kunden und Werbegesellschaften bzw. Printmedien erbringen". Auch vor diesem Hintergrund ist die Ausrichtung einer zusätzlichen Vermittlerkommission sachlich nicht gerechtfertigt.

B.4.3.3 Zwischenergebnis und Massnahme

272. Ziff. 2.2 Abs. 3 der VSW-Richtlinien, wonach Unternehmen, die über die Beraterkommission als Werbe-, PR- oder Mediaberater oder -Agentur verfügen, nicht gleichzeitig als Berufs-Inseratevermittler kommissioniert werden können, stellt demzufolge keinen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG dar.

273. Ziff. 7 der einvernehmlichen Regelung hält in diesem Sinne fest, dass künftige Kommissionierungsrichtlinien für Inseratevermittler eine Bestimmung enthalten dürfen, wonach Unternehmen, die als Vertreter des Inserenten oder als sein Berater - insbesondere als Werbe-, Media- oder PR-Berater - tätig sind, nicht als Berufsvermittler anerkannt werden.

B.4.4 Genügendes Geschäftsvolumen (Ziff. 2.5)

B.4.4.1 Wettbewerbsbehinderung

274. Ziff. 2.5 VSW-Richtlinie lautet:

Als Berufs-Inseratevermittler kommissioniert werden nur Unternehmen, die nachweisen, dass sie entweder im Inserateverkauf ein Geschäftsvolumen von total CHF 1 Mio. pro Jahr in Pressemedien erreichen oder mit Pachtorganen von VSW-

Mitgliedfirmen einen Nettoumsatz von mindestens CHF 100'000.-- pro Jahr erzielen. In beiden Fällen muss mindestens die Hälfte des Umsatzes von kommerziellen Inseraten stammen.

275. Publigroupe stellt sowohl quantitative wie auch qualitative Anforderungen an das Geschäftsvolumen der kommissionsberechtigten Vermittler. Verlangt wird

- quantitativ: Ein Anzeigenumsatz von CHF 1 Mio. in Pressemedien oder ein Nettoumsatz von CHF 100'000.- bei Publigroupe (nachfolgend Rz. 277).

- qualitativ: Ein besonderer Umsatzmix, bei welchem mindestens 50% des Umsatzes aus kommerziellen Anzeigen stammen (Rz. 276).

276. Die qualitative Voraussetzung betreffend den Umsatzmix entspricht in ihrer Stossrichtung der Bestimmung in Ziff. 2.2 der VSW-Richtlinie, wonach Spartenvermittlern kein Anspruch auf eine Kommissionierung zukommt. Wie bereits dargelegt, stellt insbesondere die Konzentration auf einen Nischenmarkt eine wichtige Möglichkeit dar, in den von Publigroupe beherrschten Markt einzutreten. Den auf die Vermittlung von Rubrikinseraten spezialisierten Unternehmen würde indes in den weiten Teilen ihrer Geschäftstätigkeit eine Kommissionierung verwehrt, wenn von ihnen jeweils ein Umsatzmix mit mindestens 50% kommerzieller Inserate verlangt wird.

277. Auch das quantitative Erfordernis, wonach nur Unternehmen mit einem Geschäftsvolumen von entweder insgesamt CHF 1 Mio. oder mindestens CHF 100'000.- in Pachtorganen von VSW-Mitgliedfirmen kommissioniert werden, bewirkt eine gewisse Markteintrittsbarriere. Ein neu in den Markt eintretendes Unternehmen hat einen wesentlichen Wettbewerbsnachteil im Vergleich zu den bereits etablierten Unternehmen in Kauf zu nehmen, solange es den geforderten Mindestumsatz nicht erbringt.

278. Die Mindestumsatzvorschriften sind in Relation zum Gesamtvolumen des Schweizer Marktes zu setzen, welches weit über CHF 2 Mia. jährlich beträgt. Allerdings ist zu beachten, dass die unabhängigen Vermittler einen Marktanteil von zusammen nicht mehr als 5% haben, ausmachend CHF 100 Mio. Einzig die zwei grössten unabhängigen Vermittler erzielen einen Umsatz von über 10 Mio. Hingegen erreichen einige der befragten Vermittler die vorgeschriebene Umsatzgrenze von CHF 1 Mio. nicht. Das Kriterium des Mindestumsatzes von CHF 1 Mio. stellt folglich eine nicht unerhebliche Zutrittsschranke insbesondere für kleinere Vermittler oder solche in Nebentätigkeit dar. Weniger problematisch ist hingegen das Erfordernis eines Nettoumsatzes von mindestens CHF 100'000.- mit Publigroupe-Gesellschaften. Aufgrund der starken - und zunehmend stärker werden - Marktstellung der Publigroupe als Pächterin von Verlagstiteln scheint dieses Erfordernis für einmal im Markt etablierte unabhängige Vermittler keine wesentliche Hürde für eine Kommissionierung darzustellen. Ein Nettoumsatz mit Publigroupe von

CHF 100'000.- entspricht - bei einer Vermittlerkommission von 5% - einem Ertrag von gerade mal CHF 5'000.-.

B.4.4.2 Keine sachlichen Rechtfertigungsgründe

B.4.4.2.1 Das qualitative Erfordernis des Umsatzmixes

279. Der Ausschluss von der Kommissionierung von auf Rubrikinserate spezialisierten Vermittlern lässt sich, wie dargelegt, nicht mit sachlichen Rechtfertigungsgründen legitimieren, sondern stellt einen Marktmachtmissbrauch im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG dar. Es ginge nicht an, diese missbräuchliche Verhaltensweise auf dem Umweg einer qualitativen Anforderung an den Umsatzmix aufrecht zu erhalten. Wie die Nichtkommissionierung der Spartenvermittler stellt auch das Erfordernis eines Umsatzmixes mit mindestens zur Hälfte kommerzieller Inserate eine sachlich nicht gerechtfertigte Markteintrittsschranke und Diskriminierung dar. Für die Begründung kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden (Rz. 211 ff.).

280. Die Befragung der unabhängigen Vermittler hat überdies ergeben, dass einige von ihnen den von Publigroupe geforderten Umsatzmix nicht erbringen und hauptsächlich als Rubrikinseratevermittler tätig sind. Nichtsdestotrotz werden sie von Publigroupe als Berufsinseratevermittler anerkannt und entsprechend kommissioniert. Es betrifft dies namentlich folgende Unternehmen:

- Prospective Media Service AG, Zürich, erreicht etwa 95% ihres Anzeigenumsatzes⁴⁹ mit Stellenanzeigen (etwa 5% mit kommerzieller Werbung) und wird seit 2002 kommissioniert.
- Annex Werbe AG, Zürich, erreicht etwa 47% ihres Anzeigenumsatzes mit Stellenanzeigen (etwa 15% mit kommerzieller Werbung) und wird seit 1999 kommissioniert.
- Pfändler Annoncen + Verlag, Zürich, erreicht etwa 70% ihres Anzeigenumsatzes mit Stellenanzeigen (etwa 5% mit kommerzieller Werbung) und wird seit Bestehen der Firma kommissioniert.
- Isler Annoncen AG, Urdorf, erreicht etwa 70% ihres Anzeigenumsatzes mit Stellenanzeigen (etwa 10% mit kommerzieller Werbung) und wird seit 1985 kommissioniert.
- Gustav Pfister AG, Winterthur, erreicht etwa 53% ihres Anzeigenumsatzes mit Stellenanzeigen (etwa 32% mit kommerzieller Werbung) und wird seit 1943 kommissioniert.
- Hämmerle Annoncen und Werbe AG, Hintereg, erreicht etwa 77% ihres Anzeigenumsatzes mit Stellenanzeigen (etwa 7% mit kommerzieller Werbung) und wird seit 1975 bzw. 1992 kommissioniert.
- Tourmedia AG, Zürich, erreicht 100% ihres Anzeigenumsatzes mit kommerzieller Werbung und wird seit 1996 kommissioniert.

281. Die Kommissionierungspraxis von Publigroupe ist folglich insoweit uneinheitlich, als zumindest ein Teil der kommissionierten Vermittler ihre Tätigkeit auf eine oder mehrere spezielle Rubriken beschränken und somit gegen das Kriterium der Universalvermittlung verstossen, oder zumindest nicht die Hälfte des Umsatzes durch kommerzielle Inserate erzielen. Die nicht einheitliche Praxis der Publigroupe ist ein weiteres Indiz dafür, dass die Kommissionierungsvoraussetzungen ökonomisch nicht rechtfertigbar sind, sondern zu sachfremden und wettbewerbswidrigen Zwecken missbraucht werden.

B.4.4.2.2 Das quantitative Erfordernis des Mindestumsatzes

282. Publigroupe macht geltend, die Umsatzschwellen sollten sicherstellen, dass nur professionelle Vermittler eine Kommissionsberechtigung erhalten. Die Bestimmung biete Gewähr, dass dem Vermittlungsunternehmen eine adäquate Infrastruktur und professionelle Vermittlungsinstrumente für das Inserate-Vermittlungsgeschäft zur Verfügung stünden und garantiere dadurch ein Mindestmass an Professionalität.

283. Dieses Vorbringen vermag nicht zu überzeugen. In ihrer Stellungnahme vom 20. September 2006 räumt Publigroupe in Rz. 148 denn auch ein, dass es fraglich sei, ob ein Vertriebspartner mit einem Mindestumsatz von CHF 100'000.- pro Jahr diese Voraussetzung seriös erfüllen könne. Zunächst lässt sich von quantitativen Kriterien grundsätzlich nicht auf qualitative Kriterien schliessen. Es ist nicht nachvollziehbar, aus welchen Gründen ein Vermittler, der nur CHF 500'000.- Umsatz erzielt, nicht die gleiche Professionalität an den Tag legen sollte, wie derjenige, der CHF 5 Mio. oder CHF 10 Mio. erzielt. Die Professionalität der Vermittlungsleistung ist zudem durch Ziff. 2.3 VSW-Richtlinien, welche eine kaufmännische und fachliche Qualifikation verlangt, ausreichend sichergestellt. Immerhin ist Publigroupe zugute zu halten, dass ein Inseratevermittler, welcher einen Umsatz von unter CHF 100'000.- und somit einen Ertrag von unter CHF 5'000 jährlich erzielt, kaum über die für die Berufsinseratevermittlung notwendige professionelle Verkaufsorganisation verfügen dürfte.

284. Es liegen somit grundsätzlich keine sachlichen Rechtfertigungsgründe für die quantitativen Kriterien des Mindestumsatzes vor. Anders als Publigroupe in Rz. 11 und Rz. 144 ihrer Stellungnahme vom 20. September 2006 behauptet, wird das Kriterium des genügenden Geschäftsvolumens demnach nicht für zulässig erklärt.

B.4.4.3 Zwischenergebnis und Massnahme

285. Die Kommissionierungsvoraussetzung des Umsatzmixes lässt sich sachlich nicht rechtfertigen und verstösst gegen Art. 7 KG. Indem die einvernehmliche

⁴⁹ Die hier aufgelisteten Sätze gelten für das Jahr 2002 und beziehen sich auf den Gesamtumsatz (d.h. nicht nur bei Publigroupe/VSW). Wir gehen aber davon aus, dass sie bei Publigroupe/VSW ähnlich sind.

Regelung den Ausschluss von Spartenvermittlern aufgrund dieser Eigenschaft von einer Kommissionierung untersagt, ist sichergestellt, dass künftige Kommissionierungsrichtlinien keine Anforderungen bezüglich des Umsatzmixes mehr enthalten.

286. Quantitative Mindestumsatzvorschriften sind insoweit als kartellrechtlich unzulässig zu qualifizieren, als sie für neueintretende Unternehmen eine Marktzutrittsschranke darstellen. Die in Ziff. 2.5 Satz 1 der VSW-Richtlinien festgelegte Voraussetzung, wonach nur Unternehmen, die nachweisen, dass sie entweder im Inserateverkauf ein Geschäftsvolumen von total CHF 1 Mio. pro Jahr in Pressemedien erreichen oder mit Pachtorganen von VSW-Mitgliedfirmen einen Nettoumsatz von mindestens CHF 100'000.- pro Jahr erzielen, ist nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt.

287. Das blossе Mindestumsatzerfordernis von CHF 100'000.- mit Pachttiteln der Publigroupe stellt hingegen dann keine solche kartellrechtlich bedenkliche Marktzutrittsschranke dar, wenn die neueintretenden Vermittler während einer gewissen Karenzfrist von dieser Bestimmung ausgenommen werden. Eine solche Bestimmung ist, allerdings nur mit der genannten Einschränkung der Karenzfrist, als kartellrechtlich zulässig zu qualifizieren.

288. Die einvernehmliche Regelung trägt diesen kartellrechtlichen Vorbehalten Rechnung. Künftige Kommissionierungsrichtlinien dürfen nur insoweit auf einen Mindestumsatz der Vermittler abstellen, als dadurch keine übermässige Marktzutrittsschranke errichtet wird. Eine Mindestumsatzvorschrift, wonach ein Nettoumsatz von mindestens CHF 100'000.- mit Pachttiteln von VSE-Mitgliedern erzielt werden muss, wird als zulässig erachtet. Allerdings haben künftige Kommissionierungsrichtlinien den neu in den Markt eintretenden Unternehmen eine Karenzfrist von mindestens zwei Jahren zu gewähren, bevor das Mindestumsatzerfordernis erfüllt sein muss.

B.4.5 Ergebnis und einvernehmliche Regelung

B.4.5.1 Missbräuchlichkeit des Verhaltens von Publigroupe durch die Anwendung einzelner Bestimmungen der bisherigen VSW-Richtlinien

289. Publigroupe hat unabhängige Vermittler in der Aufnahme bzw. Ausübung des Wettbewerbs behindert. Sie hat insbesondere in ihrer Eigenschaft als Pächterin unabhängige Vermittler nicht kommissioniert, wenn sie nicht Inserate von mehreren juristisch und wirtschaftlich voneinander unabhängigen Auftraggebern vermittelten, wenn sie Spartenvermittler oder Vermittler in Nebentätigkeit waren, wenn sie die Vorgaben über ein Mindestgeschäftsvolumen nicht erreichten oder nicht mindestens die Hälfte des Umsatzes von kommerziellen Inseraten stammten. Publigroupe hat damit ihre marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 7 KG missbraucht.

290. Unter Würdigung aller tatsächlichen und rechtlichen Umstände sowie unter Berücksichtigung der von

Publigroupe geltend gemachten sachlichen Rechtfertigungsgründe ergibt sich somit folgendes Ergebnis:

- **Ziff. 2.2 Abs. 1**, wonach nur Unternehmen, die im Hauptzweck als Universalvermittler in der Disposition von Inseraten mehrerer juristisch und wirtschaftlich voneinander unabhängiger Auftraggeber tätig sind, kommissioniert werden, ist kartellrechtlich unzulässig. Sachlich gerechtfertigt ist einzig ein Ausschluss der "Eigenvermittlung" durch den Inserenten oder von diesem rechtlich oder wirtschaftlich abhängige Unternehmen, da dieser ein wesentliches Element der Vermittlung abgibt.
- **Ziff. 2.2 Abs. 2**, wonach Unternehmen, die ihre Vermittlungstätigkeit auf eine oder auch mehrere spezielle Rubriken beschränken oder diese Tätigkeit nur nebenher betreiben oder einen anderen Hauptzweck haben, nicht kommissioniert werden, ist kartellrechtlich unzulässig. Es sind keine "legitimate business reasons" ersichtlich, welche rechtfertigen würden, Spartenvermittler oder Unternehmen, welche die Vermittlung im Nebenzweck oder als Nebentätigkeit betreiben, generell von einer Kommissionierung auszuschliessen.
- **Ziff. 2.2 Abs. 3**, wonach Werbe-, PR- oder Mediaberater oder -Agenturen nicht sowohl die Beraterkommission als auch die Vermittlungskommission als Berufs-Inseratevermittler erhalten dürfen, bewirkt zwar eine gewisse Marktzutrittsschranke, ist indes sachlich gerechtfertigt. Die Medienberater wahren die Interessen der Inserenten und werden von diesen entschädigt. Soweit sie Vorleistungen im Interesse der Publigroupe erbringen, werden diese mit der so genannten Beraterkommission abgegolten.
- **Ziff. 2.5 Satz 1**, wonach als Berufs-Inseratevermittler nur Unternehmen kommissioniert werden, die nachweisen, dass sie entweder im Inserateverkauf ein Geschäftsvolumen von total CHF 1 Mio. pro Jahr in Pressemedien erreichen oder mit Pachtorganen von VSW-Mitgliedfirmen einen Nettoumsatz von mindestens CHF 100'000.- pro Jahr erzielen, ist sachlich nicht gerechtfertigt, da dieses Erfordernis eine übermässige Marktzutrittsschranke darstellt. Zulässig sind einzig geringe Mindestumsatzvorschriften, soweit den neueintretenden Unternehmen eine Karenzfrist für deren Einhaltung zugestanden wird.
- **Ziff. 2.5 Satz 2**, wonach mindestens die Hälfte des Umsatzes von kommerziellen Inseraten stammen muss, ist kartellrechtlich unzulässig.

B.4.5.2 Abschluss einer einvernehmlichen Regelung betreffend künftige VSW-Richtlinien

291. Die mit Publigroupe getroffene einvernehmliche Regelung trägt der bisherigen missbräuchlichen Verhaltensweise vollumfänglich Rechnung. Sie stellt im Sinne von Minimalanforderungen an künftige Richtlinien sicher, dass diese nicht Unternehmen aufgrund sachfremder formeller Kriterien von einer Kommissionierung ausschliessen.

292. Die im Rahmen der Marktbefragung zur Stellungnahme eingeladenen Unternehmen äusserten sich überwiegend vorbehaltlos positiv zur getroffenen Regelung. Von einzelnen VSW-kommissionsberechtigten Vermittlern wurde die künftige Kommissionierung der Vermittler in Nebentätigkeit bzw. der Spartenvermittler kritisiert. Andererseits wurden vereinzelt Vorbehalte gegen künftige Umsatzschwellen geäussert oder gefordert, es seien auch die "Eigenvermittlung" und die Dienstleistung der Medienagenturen mit einer Vermittlungskommission zu vergüten. Zudem wurde auf die nach Ansicht der Vermittler zu tiefen Kommissionierungssätze der Publigroupe hingewiesen, welche indes nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bilden. Insgesamt ergaben sich aus den Stellungnahmen der befragten Marktteilnehmer keine qualifizierten Einwände gegen die vorliegende einvernehmliche Regelung.

293. Publigroupe macht in ihrer Stellungnahme vom 20. September 2006 in Rz. 84 ff. und Rz. 158 ff. geltend, es bestehe kein Raum für weitere Feststellungen nach Genehmigung der einvernehmlichen Regelung. Mit Verweis auf Begründungserwägung 13 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in Art. 81 und Art. 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln wird geltend gemacht, die einvernehmliche Regelung trete im Sinne kooperativen Verwaltungshandelns anstelle der Fortsetzung des Untersuchungsverfahrens mit anschliessender Massnahmeverfügung.

294. Dies trifft dann zu, wenn Unternehmen in einem frühen Zeitpunkt innerhalb des Verfahrens die Bereitschaft signalisieren, Verpflichtungszusagen anzubieten. In solchen Fällen hat das Sekretariat den Sachverhalt noch nicht umfassend ermittelt, dann besteht möglicherweise kein Anlass für ein weiteres Tätigwerden der Wettbewerbsbehörde. Im vorliegenden Fall hat sich Publigroupe mit dem Angebot einer einvernehmlichen Regelung so lange Zeit gelassen, bis der Verfügungsantrag des Sekretariats vorlag, mithin das Untersuchungsverfahren abgeschlossen war. Unter Rz. 315 f. wird im Zusammenhang mit der Sanktionierung angeführt, weshalb die einvernehmliche Regelung in einem Fall wie dem vorliegenden die Endverfügung mit Anordnung einer Geldbusse nicht ersetzen kann.

295. Publigroupe macht weiter in Rz. 88 ihrer Stellungnahme vom 20. September 2006 geltend, die Weko habe denn auch bei andern Genehmigungen von einvernehmlichen Regelungen die Frage des Missbrauchs und der Marktbeherrschung ausdrücklich offen gelassen oder zumindest nicht formell festgestellt und verweist auf die Verfügungen der Weko in Sachen CoopForte vom 8. November 2004 und in Sachen Kreditkarten-Interchange Fee vom 5. Dezember 2005. Wie nachstehend in Rz. 315 ausführlich dargelegt wird, wurde vor Inkrafttreten der KG-Revision bzw. vor der Einführung direkter Sanktionen ein Verfahren in der Regel bei Vorliegen einer einvernehmlichen Regelung über ein mutmasslich wettbewerbswidriges Verhalten, welches in der Vergangenheit lag

und nicht mehr praktiziert wurde, grundsätzlich ohne Folgen eingestellt. Dies deshalb, weil regelmässig kein öffentliches Interesse an der Weiterführung eines solchen Verfahrens bestand. Mit der Einführung direkter Sanktionen kann eine Änderung bzw. eine Anpassung des wettbewerbsrechtlich relevanten Verhaltens durch die beteiligten Unternehmen während eines laufenden Verfahrens nicht mehr zur Einstellung des Verfahrens führen⁵⁰. Ziel und Zweck der einvernehmlichen Regelung ist, das wettbewerbswidrige Verhalten *für die Zukunft* zu beseitigen und eine kartellrechtskonforme Alternative auszuarbeiten. Eine Heilung des bisherigen wettbewerbswidrigen Verhaltens durch die einvernehmliche Regelung ist indes ausgeschlossen. In den von Publigroupe erwähnten Fällen kam jeweils eine Sanktionierung nicht in Frage, weil das beanstandete Verhalten jeweils noch vor Ablauf der Übergangsfrist aufgegeben wurde (vgl. RPW 2006/1, S. 116, Rz. 430, oder auch RPW 2005/1, S.128 ff., i.S. ETA SA Manufacture Horlogère Suisse, wo trotz einvernehmlicher Regelung während der Übergangsfrist die marktbeherrschende Stellung im Dispositiv festgehalten wurde). Diese Fälle sind deshalb mit dem vorliegenden nicht vergleichbar.

296. Aus denselben Gründen trifft ebensowenig die Behauptung von Publigroupe in Rz. 94 der Stellungnahme vom 20. September 2006 zu, wonach die Weko grundsätzlich auf den Erlass von Massnahmeentscheiden beschränkt sei, wobei die Massnahme aus in den in der einvernehmlichen Regelung enthaltenen Verpflichtung der Unternehmen besteht, wenn der Antrag die Genehmigung einer solchen einvernehmlichen Regelung beinhaltet. Aus dem angeführten Abschreibungsbeschluss des Bundesgerichts i.S. NDR-Klausel bei Kreditkarten kann Publigroupe nichts für ihre Argumentation ableiten: Der Abschreibungsbeschluss erging, weil das Bundesgericht der Auffassung war, dass eine abstrakte Erörterung verfahrensrechtlicher Aspekte (konkret ging es dabei um die Frage der Behandlung von Noven durch die Rechtsmittelbehörde), losgelöst von einem konkreten materiellen Streitfall grundsätzlich nicht möglich sei (RPW 2006/3, S. 582, E.1).

297. Die mit Publigroupe getroffene einvernehmliche Regelung lautet wie folgt:

1. Grundsatz

Die Publigroupe, ihre im Verkauf von Inseraterraum für Printmedien gestützt auf Pachtverträge mit Verlagen tätigen Tochtergesellschaften sowie der Verband Schweizerischer Werbegesellschaften verpflichten sich, bei der Kommissionierung von Vermittlern, welche durch die Schaffung und Aufrechterhaltung einer professionellen Verkaufsorganisation den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Pachttiteln aktiv fördern, keine diskriminierenden Kriterien anzuwenden und

⁵⁰ Vgl. dazu ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Auflage, Zürich 2005, Rz. 994 ff.; CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, Indirekte Auswirkungen der KG-Revision auf einzelne Rechtsinstitute, in Jusletter vom 17. Oktober 2005, Rz. 9 f.

keine übermässigen Markteintrittsbarrieren für neu in den Vermittlungsmarkt eintretende Unternehmen zu errichten.

2. Minimalanforderungen

Die vorliegende Vereinbarung statuiert nachfolgend in Ziff. 4 bis 7 Minimalanforderungen, welchen künftige Richtlinien über die Kommissionierung von Berufsvermittlern bzw. zu diesem Zweck erlassene Verträge, vorformulierte Vertragsbestimmungen, interne Vorgaben oder Ähnliches (nachfolgend einheitlich: Kommissionierungsrichtlinien) zu genügen haben.

3. Umschreibung der Vermittlungsleistung

Die Kommissionierungsrichtlinien umschreiben die kommissionierungsberechtigte Vermittlungsleistung, d.h. die mit dem Verkauf von Inseraterraum verbundenen Dienstleistungen, in positiver Weise und knüpfen nicht an formelle Eigenschaften des Leistungserbringers an.

4. Kommissionierung von Spartenvermittlern

Die Kommissionierungsrichtlinien der Publigroupe enthalten keine Bestimmungen, welche Vermittler, die ihre Vermittlungstätigkeit auf eine oder mehrere spezielle Rubriken beschränken (sog. Spartenvermittler), aufgrund dieser Eigenschaft von einer Kommissionierung ohne sachliche Gründe ausschliessen.

5. Kommissionierung von Vermittlern in Nebentätigkeit und/oder zum Nebenzweck

Die Kommissionierungsrichtlinien der Publigroupe enthalten keine Bestimmungen, welche Vermittler, welche die Vermittlungstätigkeit in Nebentätigkeit oder zum Nebenzweck betreiben, ohne sachlichen Grund aufgrund dieser Eigenschaft von einer Kommissionierung ausschliessen.

6. Kommissionierung von rechtlich oder wirtschaftlich abhängigen Vermittlern

Rechtlich oder wirtschaftlich abhängige Vermittler sind für die Vermittlung von all denjenigen Inseraten zu kommissionieren, welche nicht vom Unternehmen, von welchem sie rechtlich oder wirtschaftlich abhängig sind, stammen.

7. Keine Anerkennung von Werbe-, Media- und PR-Beratern als Inseratevermittler

Die Kommissionierungsrichtlinien dürfen eine Bestimmung enthalten, wonach Unternehmen, die als Vertreter von Inserenten oder als Berater - insbesondere Werbe-, Media- oder PR-Berater - tätig sind, nicht als Berufsvermittler anerkannt werden.

8. Mindestumsatzvorschriften

Mindestumsatzvorschriften sind zulässig, soweit sie keine übermässige Marktzutrittsschranke für neu in den Markt eintretende Unternehmen darstellen. Eine Mindestumsatzvorschrift, wonach ein Nettoumsatz von mindestens CHF 100'000.- mit Pachttiteln von VSW-Mitgliedern erzielt werden

muss, wird als zulässig erachtet. Die Kommissionierungsrichtlinien gewähren neu in den Markt eintretenden Unternehmen eine Karenzfrist von mindestens zwei Jahren, bevor das Mindestumsatzerfordernis erfüllt sein muss.

9. Verfahrensabschluss

Vorbehaltlich der Genehmigung dieser Vereinbarung durch die Weko wird das Verfahren gegen die Publigroupe abgeschlossen.

Vorbehalten bleibt der pflichtgemässe Vollzug dieser Vereinbarung.

B.5 Sanktionierung

B.5.1 Sanktionierbarkeit

B.5.1.1 Allgemeines

298. Die Weko ist in vorliegender Untersuchung zum Ergebnis gekommen, dass Publigroupe ihre marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG missbrauchte, indem sie gewissen Vermittlern die Bezahlung einer Kommission verweigerte und diese damit in der Aufnahme und Ausübung des Wettbewerbs behinderte.

299. Seit dem Inkrafttreten der KG-Revision 2003 per 1. April 2004 unterliegen missbräuchliche Verhaltensweisen der direkten Sanktionierbarkeit nach Art. 49a KG. Aufgrund des allgemeinen Prinzips des Rückwirkungsverbots ist der neue Art. 49a KG auf Sachverhalte, die sich vor dem 1. April 2004 zutragen, nicht anwendbar. Eine direkte Sanktion kann folglich nur bezüglich unzulässiger Verhaltensweisen, die nach dem 1. April 2004 ausgeübt wurden, ausgesprochen werden, während vor dem 1. April 2004 ausgeübte Wettbewerbsbeschränkungen nicht direkt sanktionierbar sind⁵¹.

B.5.1.2 Schlussbestimmung

300. Gemäss Schlussbestimmung zur Änderung vom 20. Juni 2003 entfällt eine Belastung nach Art. 49a KG, wenn eine bestehende Wettbewerbsbeschränkung innert eines Jahres nach Inkrafttreten von Art. 49a KG, d.h. bis am 31. März 2005, gemeldet oder aufgelöst wurde. Am 30. März 2005 reichte Publigroupe für den der Untersuchung zugrunde liegenden Sachverhalt eine Rechtsschrift ein, welche als Meldung betitelt war.

301. In zahlreichen Verfahren vor den Wettbewerbsbehörden stellte sich die Frage, ob während der Übergangsfrist eine Meldung mit sanktionsausschliessender Wirkung auch für Wettbewerbsbeschränkungen, die bereits damals Gegenstand eines laufenden Verfahrens (Vorabklärung oder Untersuchung) waren, möglich war. Die Weko stellte sich von Anfang an auf den Standpunkt, dass die in verschiedenen Verfahren - wie vorliegend auch von Publigroupe - eingereichten und entsprechend betitelten Schreiben keine "Meldungen" im Sinne der Schlussbestimmung

⁵¹ Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, S. 2048.

darstellten. Diese Auffassung wurde Publigruppe mit Schreiben vom 6. April 2005 insofern zur Kenntnis gebracht, als Publigruppe darauf aufmerksam gemacht wurde, dass die Frage, inwiefern ein laufendes Verfahren im Sinne der Schlussbestimmung des Kartellgesetzes gemeldet werden kann, Gegenstand eines nicht rechtskräftigen Beschwerdeentscheids der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen sei.

302. Mit BGE 2A.287/2005 entschied das Bundesgericht (in Übereinstimmung mit der Beurteilung durch die Weko), dass ein Sachverhalt, der im Zeitpunkt der "Meldung" bereits Gegenstand einer Vorabklärung oder einer Untersuchung ist, nicht meldefähig sei. Das Instrument der Meldung bezwecke, dem Risiko direkter Sanktionen, das für die Unternehmen mit dem Inkrafttreten des revidierten Rechts neu entstehe, Rechnung zu tragen. Es sei entscheidend, ob für die Wirtschaftssubjekte mit dem Inkrafttreten der Gesetzesrevision tatsächlich eine Unsicherheit eintrete, welche ein Korrektiv in Form der Meldemöglichkeit erfordere. Der Gegenstand der Meldung gemäss Schlussbestimmung sei deshalb auf Fälle zu beschränken, bei denen das Inkrafttreten des neuen Rechts für die Wirtschaftssubjekte zu einer Ungewissheit über das Risiko direkter Sanktionen führe. Eine solche bestehe nicht bei Verhaltensweisen, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Revision bereits Gegenstand einer Vorabklärung oder einer Untersuchung bildeten⁵².

303. Den Unternehmen, gegen die ein Verfahren gemäss Art. 26 f. KG eröffnet war, stand damit nur noch die in der Schlussbestimmung vorgesehene Alternative offen, die Wettbewerbsbeschränkung bis am 31. März 2005 aufzulösen. Soweit Unternehmen dies nicht taten, unterstehen sie der direkten Sanktionierbarkeit, vorausgesetzt, die Weko kommt zum Schluss, dass ein entsprechender Tatbestand erfüllt ist⁵³.

304. Da gegen Publigruppe in dem der Meldung zugrunde liegenden Bereich bereits seit dem 6. November 2002 eine Untersuchung hängig war, folgt aus den Erwägungen des Bundesgerichts, dass im vorliegenden Fall keine sanktionsausschliessende Meldung im Sinne der Schlussbestimmung vorliegen kann.

305. Auch eine Auflösung der Wettbewerbsbeschränkung im Sinne der Übergangsbestimmung fand innerhalb der Übergangsfrist nicht statt. Publigruppe gab erstmals anlässlich der Anhörung vor der Weko am 4. April 2005 zu Protokoll, dass sie bereit wäre, zu einer einvernehmlichen Regelung Hand zu bieten. Erst mit Schreiben vom 30. November 2005 erklärte sich Publigruppe mit dem ihr vom Sekretariat der Weko unterbreiteten Vorschlag für eine einvernehmliche Regelung einverstanden (allerdings nicht vorbehaltlos, siehe Rz. 21). Noch im November 2005 wollte Publigruppe der Unio AG keine Kommission entrichten, bzw. weigerte sie sich, einen Zulassungsentscheid zur Kommissionierung zu treffen. Erst auf Intervention des Sekretariats der Weko erklärte sich Publigruppe bereit, die Kommissionierung der Unio zu prüfen. Im Rahmen dieser Prüfung wurde erstmals auch dar-

auf verzichtet, die bisherigen missbräuchlichen Richtlinien anzuwenden (Rz. 22). Allerdings blieben die VSW-Richtlinien mit den unzulässigen Klauseln bis Februar 2006 auf der Internetseite des VSW⁵⁴ aufgeschaltet. Nach aussen, insbesondere gegenüber den im Markt tätigen unabhängigen Vermittlern, wurde folglich erst im Jahr 2006 kommuniziert, dass die missbräuchliche Richtlinie nicht mehr in Kraft sei. Eine Änderung und Beseitigung des unzulässigen Verhaltens im Sinne der Übergangsbestimmungen fand somit erst nach Ablauf der gesetzlichen Übergangsfrist statt. Da die vorliegend zu beurteilende Wettbewerbsbeschränkung nicht innert Übergangsfrist aufgehoben wurde, unterliegt sie der direkten Sanktionierbarkeit nach Art. 49a KG.

B.5.1.3 Vorwerfbarkeit

306. Die Besonderheit der Verwaltungssanktionen liegt darin, dass sie gegen die betroffenen Unternehmen selber und typischerweise ohne Nachweis eines strafrechtlich vorsätzlichen Handelns der verantwortlichen natürlichen Personen verhängt werden können. Die Botschaft zum revidierten KG hält explizit fest, dass die Verwaltungssanktion (im Gegensatz zur Strafsanktion) kein Verschulden voraussetzt⁵⁵. D.h., sie kann ohne den Nachweis eines strafrechtlich vorwerfbaren Verhaltens einer natürlichen Person verhängt werden. Da keine Verwaltungssanktionsvorschrift ein Verschulden verlangt, vertrat die Weko stets die Auffassung, dass für die Verhängung einer

⁵² BGE 2A.287/2005 vom 19. August 2005, E. 3.4.

⁵³ In der Begründung stellt das BGER insb. darauf ab, ob für die Unternehmen bei Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes eine Ungewissheit über das Risiko einer direkten Sanktionierung bestand oder nicht. Dabei verneint es eine solche Ungewissheit für Verhaltensweisen, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Revision bereits Gegenstand einer Vorabklärung oder Untersuchung der Wettbewerbsbehörden bildeten. Das BGER betont, dass damit auch das Gleichbehandlungsgebot nicht verletzt werde, zumal diejenigen Unternehmen, gegen die bereits ein kartellrechtliches Verfahren laufe, im Unterschied zu denjenigen, gegen die noch kein solches Verfahren eröffnet worden sei, die "kritische kartellrechtliche Zulässigkeit ihres Tuns kennen und sich daher des Risikos direkter Sanktionen bei dessen Weiterführung nach Ablauf der Übergangsfrist bewusst sein müssen". Diesen Unternehmen sei jedoch immer noch die Alternative der Auflösung offen gestanden, die nicht als unverhältnismässig bezeichnet werden könne, da die Unternehmen auch unter dem alten Recht nicht damit rechnen konnten, das fragliche wettbewerbsbeschränkende Verhalten noch beliebig lange ausüben zu können. Vgl. zum Ganzen auch SIMON BANGERTER/CHRISTOPH TAGMANN, *Ausgewählte Themen zum Verfahrensrecht*, in: *Das revidierte Kartellgesetz in der Praxis*, Zäch (Hrsg.), S. 194 ff.

⁵⁴ <http://www.vsw-assp.ch>.

⁵⁵ Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7.11.2001 (Botschaft 2003), BBl 2002, S. 2034. Schon die Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Botschaft 1994), BBl 1995 I 1994 153 hielt entsprechend fest, dass die Sanktionierung gerechtfertigt ist, "weil die Unternehmen in der Lage sein sollten und auch verpflichtet sind, sich so zu organisieren, dass rechtsverbindlich festgelegte Pflichten von ihnen erfüllt werden".

Sanktion nach Art. 50 ff. KG grundsätzlich kein Verschulden nachzuweisen ist⁵⁶. Publigroupe machte demgegenüber in ihrer Stellungnahme vom 20. September 2006 in Rz. 172 geltend, die Weko hätte prüfen müssen, ob ein Verschulden vorzuwerfen sei.

307. Die Rechtsprechung der REKO/WEF im Fall "Rhône-Poulenc/Merck" legt den Schluss nahe, dass eine Sanktion nicht allein aus objektiven Gründen auferlegt werden darf, sondern dass vielmehr auch subjektive Elemente mitberücksichtigt werden müssen⁵⁷, wobei der Entscheid einen Verstoss im Zusammenhang mit der Verletzung der Meldepflicht bei einem Unternehmenszusammenschluss betrifft (Art. 51 KG). Nach diesem Entscheid liegt Vorwerfbarkeit dann vor, wenn der Täter wissentlich handelt oder Handlungen unterlässt, welche man von einer vernünftigen, mit den notwendigen Fachkenntnissen ausgestatteten Person in einer entsprechenden Situation hätte erwarten können⁵⁸. Somit muss ein mindestens fahrlässiges Handeln vorliegen: Die Verletzung der Regeln über die Meldepflicht - bzw. in casu der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung und somit der Verstoss gegen Art. 49a Abs. 1 i.V.m. Art. 7 KG - muss dem Unternehmen als eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung angelastet werden können⁵⁹. In der Lehre wird unter Hinweis auf Art. 100^{quater} StGB betont, dass ein Unternehmen bereits strafbar ist, wenn im Unternehmen Organisationsmängel in Erfahrung gebracht werden können, auch ohne dass die Straftat einer bestimmten Person zugeordnet werden kann⁶⁰. Ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne einer Vorwerfbarkeit könne die bei der juristischen Person nicht nachweisbaren subjektiven Strafbarkeitsvoraussetzungen bis zu einem gewissen Grade ersetzen. Ob darüber hinaus auch Art. 6 EMRK zur Anwendung gelangen muss⁶¹, kann offenbleiben.

308. Tatsächlich liegt im vorliegenden Fall ein objektiver Sorgfaltsmangel im Sinne einer Vorwerfbarkeit vor: Aufgrund des bereits seit 19. Dezember 2001 (Eröffnung der Vorabklärung) vor den Wettbewerbsbehörden hängigen Verfahrens musste Publigroupe - ungeachtet einer mehrere Jahre zurückliegenden anderslautenden Einschätzung des Sekretariats - für die Frage des allfälligen Missbrauchs ihrer marktbeherrschenden Stellung sensibilisiert sein. Das in ihrer Stellungnahme vom 20. September 2006 (Rz. 55 ff., Rz. 165 und Rz. 188 ff.) geltend gemachte Argument des Verstosses gegen das Vertrauensprinzip bzw. des Anspruchs auf ein faires Verfahren, wonach Publigroupe aufgrund der Schreiben des Sekretariats aus den Jahren 1997/98 nicht bewusst gewesen sei, dass ein allfälliger Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vorliegen könnte, ist daher unbehelflich: Spätestens mit Zustellung des Schlussberichts der Vorabklärung des Sekretariats vom 4. November 2002 und der Eröffnung der Untersuchung durch das Sekretariat gemeinsam mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission am 6. November 2002 muss sich Publigroupe bewusst gewesen sein, dass die Weko möglicherweise auf ein kartellrechtswidriges Verhalten schliessen würde. Spätestens mit Zustellung des Schlussberichtes im November 2002

wurde Publigroupe begründet dargelegt, worin die Kartellrechtswidrigkeit der VSW-Richtlinien besteht.

309. Publigroupe hätte alles Notwendige dazu vornehmen müssen, dass die verantwortlichen Abteilungen, Organe bzw. Angestellten von Publigroupe die Diskriminierung nicht kommissionierter Vermittler beenden. Dies ist vorliegend sowohl während der Übergangsfrist, als auch danach unterblieben:

310. Mit Schreiben vom 6. April 2005 wurde Publigroupe der Eingang seines als Meldung betitelteten Schreibens bestätigt und darauf aufmerksam gemacht, dass die Frage, inwiefern ein laufendes Verfahren im Sinne der Schlussbestimmung des Kartellgesetzes gemeldet werden kann, Gegenstand eines hängigen Beschwerdeverfahrens sei.

311. Noch während der Ausarbeitung der einvernehmlichen Regelung wurden die Parteien u.a. mit Schreiben vom 14. November 2005 und 13. Dezember 2005 darauf aufmerksam gemacht, dass ihr missbräuchliches Verhalten aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht meldefähig im Sinne der Schlussbestimmung zur Änderung vom 20. Juni 2003 war und auch der Abschluss einer einvernehmlichen Regelung nicht von einer Sanktionierung dispensieren würde.

312. Noch im November 2005 wollte Publigroupe der Unio AG keine Kommission entrichten, bzw. weigerte sie sich, einen Zulassungsentscheid zur Kommissionie-

⁵⁶ Vgl. etwa Entscheide der Weko i.S. "BNP/Paribas", RPW 2001/1, S. 144 ff., S. 152, Rz. 35; "X/C-AG und D-AG", RPW 2000/2, S. 257 ff., S. 262 f., Rz. 30, und "Curti & Co. AG", RPW 1998/4, S. 613 ff., S. 617 f., Rz. 21 ff.; zustimmend ROGER ZACH/ANDREAS WICKY, Die Bemessung von Verwaltungssanktionen im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen nach schweizerischem Kartellrecht (Art. 51 KG), in: Wirtschaft und Strafrecht, FS für N. Schmid, Zürich 2001, 585 ff., 589, sowie PHILIPP ZURKINDEN, Sanktionen, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR), Band V/2 (Kartellrecht), von Büren/David (Hrsg.), Basel/ Genf/München 2000, S. 520.

⁵⁷ Vgl. den Entscheid REKO/WEF i.S. "Rhône-Poulenc/Merck", RPW 2002/2, S. 386 ff., insb. S. 393 ff., S. 398 ff., und entsprechend Entscheid Weko i.S. "Schweiz. National-Versicherungs-Ges./Coop Leben", RPW 2002/3, S. 524 ff., S. 533 f., Rz. 47 ff.

⁵⁸ Dazu und zum Folgenden REKO/WEF "Rhône-Poulenc/Merck", RPW 2002/2, S. 399 f. Im erwähnten Entscheid kam die REKO/WEF zum Schluss, dass Unternehmen bspw. dann schuldhaft handeln, wenn sie wider besseren Wissens - im beurteilten Fall trotz anwaltlicher Vertretung und Kenntnis der gesetzlichen Vorschriften - während der vorgesehenen Vorprüfungsfrist den Zusammenschluss vollziehen, weil sie in Vorwegnahme des Entscheids der Wettbewerbsbehörde von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgehen.

⁵⁹ I.d.S. JÜRGEN BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, 2. Aufl., Zürich 2005, Art. 2 N 14 und Art. 4 N 16, Art. 50 N 7 i.V.m. Art. 49a N 10 ff. m.w.Hw.

⁶⁰ Dazu und zum Folgenden BORER (zit. in Fn. 59), Art. 49a N 10 ff. m.w.Hw.

⁶¹ Vgl. den Entscheid REKO/WEF "Rhône-Poulenc/Merck", RPW 2002/2, S. 386 ff., insb. S. 393 ff. Erw. 3, sowie etwa PHILIPP ZURKINDEN/HANS RUDOLF TRÜEB, Das neue Kartellgesetz - Handkommentar, Zürich 2004, Art. 50 N 5; ZURKINDEN (zit. in Fn. 56), S. 520; BORER (zit. in Fn. 59), Art. 49a N 2; FRANZ HOFFET/KLAUS NEFF, Ausgewählte Fragen zum revidierten Kartellgesetz und zur KG-Sanktionsverordnung, Anwaltspraxis 2004/4, S. 129 f. m.w.Hw.

zung zu treffen. Erst auf Intervention des Sekretariats der Weko erklärte sich Publigroupe bereit, die Kommissionierung der Unio zu prüfen. Im Rahmen dieser Prüfung wurde erstmals in Aussicht gestellt, ab Januar 2006 darauf zu verzichten, die bisherigen missbräuchlichen Richtlinien anzuwenden (Rz. 22). Allerdings blieben die VSW-Richtlinien mit den unzulässigen Klauseln bis Februar 2006 auf der Internetseite des VSW⁶² aufgeschaltet.

313. Auch während der Verhandlungen zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung im Schlussstadium der Untersuchung konnte Publigroupe den vorstehend genannten Schreiben entnehmen, dass die Weko beabsichtigte, trotz einer allfälligen einvernehmlichen Regelung eine Sanktion auszusprechen: Anhand all dieser Verfahrensschritte hätte Publigroupe erkennen können, dass sie Art. 7 KG verletzte und nahm somit eine Sanktion zumindest in Kauf.

314. Aus dem Gesagten folgt, dass zumindest eine fahrlässige Sorgfaltspflichtverletzung bzw. ein Organisationsverschulden von Publigroupe vorliegt, wodurch die "Vorwerfbarkeit" begründet wird⁶³.

B.5.1.4 Sanktionierbarkeit trotz einvernehmlicher Regelung

315. Erachtet das Sekretariat eine Wettbewerbsbeschränkung für unzulässig, kann es gemäss Art. 29 Abs. 1 KG den Beteiligten eine einvernehmliche Regelung über die Art und Weise ihrer Beseitigung vorschlagen. Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob der Abschluss einer einvernehmlichen Regelung einer direkten Sanktionierung im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG entgegensteht. Vor Inkrafttreten der KG-Revision 2003 wurde ein Verfahren in der Regel bei Vorliegen einer einvernehmlichen Regelung über ein mutmasslich wettbewerbswidriges Verhalten, welches in der Vergangenheit lag und nicht mehr praktiziert wurde, ohne Folgen eingestellt. Dies deshalb, weil regelmässig kein öffentliches Interesse an der Weiterführung eines solchen Verfahrens bestand. Mit der Einführung direkter Sanktionen kann eine Änderung bzw. eine Anpassung des wettbewerbsrechtlich relevanten Verhaltens durch die beteiligten Unternehmen während eines laufenden Verfahrens nicht mehr zur Einstellung des Verfahrens führen⁶⁴. Ziel und Zweck der einvernehmlichen Regelung ist, das wettbewerbswidrige Verhalten *für die Zukunft* zu beseitigen und eine kartellrechtskonforme Alternative auszuarbeiten. Eine Heilung des *bisherigen* wettbewerbswidrigen Verhaltens durch die einvernehmliche Regelung ist indes ausgeschlossen. Das unzulässige Verhalten, welches bis zum Abschluss der einvernehmlichen Regelung praktiziert wird, unterliegt deshalb in Bezug auf die Vergangenheit bis zum Zeitpunkt seiner Aufhebung der Androhung direkter Sanktionen, ansonsten Art. 49a Abs. 1 KG seines sozial- und generalpräventiven Charakters beraubt würde.

316. Die Weko hat dies bereits rechtskräftig im Entscheid "Flughafen Zürich AG (Unique) - Valet Parking"; RPW 2006/4, S. 625 ff., festgehalten. Danach ist die Frage der Sanktionierbarkeit von den Wettbe-

werbsbehörden von Amtes wegen positiv oder negativ zu beantworten, und zwar unabhängig vom Abschluss einer allfälligen einvernehmlichen Regelung. Selbst wenn das Unternehmen das unzulässige Verhalten vor Abschluss der Untersuchung aufgibt, darf die Untersuchung im Fall direkt sanktionsbedrohter Verhaltensweisen nur ohne Folgen eingestellt werden, wenn sich ergibt, dass - entgegen der Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen, die zur Eröffnung der Untersuchung führten - keine Verstösse gegen sanktionsbedrohte Bestimmungen bestanden bzw. bestehen oder nachweisbar sind. Andernfalls ist trotz einvernehmlicher Regelung eine Sanktion im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG auszusprechen.

317. Dies ist Publigroupe im Laufe des Verfahrens mehrfach mündlich wie auch schriftlich vom Sekretariat kommuniziert worden (vgl. Rz. 20). Publigroupe hatte während der Ausarbeitung der einvernehmlichen Regelung Kenntnis davon, dass damit nicht eine Dispensierung von der Sanktionierung einhergehen wird. Publigroupe teilte mit Schreiben vom 30. November 2005 ihr Einverständnis zum Vorschlag des Sekretariats in Kenntnis dieser Umstände für den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung mit. Wie in ihrer Stellungnahme vom 20. September 2006 in Rz. 72 präzisiert, enthielt das Schreiben vom 30. November 2005 der Publigroupe in Bezug auf die einvernehmliche Regelung Bereinigungen gewisser Formulierungen und verschiedene Klarstellungen. Hinsichtlich der Sanktionierbarkeit wurde kein Einwand erhoben, obwohl das Sekretariat kurz zuvor, am 14. November 2005, darauf aufmerksam gemacht hatte, dass die Genehmigung der einvernehmlichen Regelung durch die Wettbewerbskommission mit Erlass der Endverfügung erfolgen würde, d.h. dass kein Abschluss des Verfahrens allein durch die einvernehmliche Regelung in Frage komme. Weiter wurde Publigroupe mit diesem Schreiben darauf hingewiesen, dass die Wettbewerbskommission trotz der als "Meldung" betitelten Eingabe der Publigroupe vom 30. März 2005 auch über eine mögliche Sanktionierung zu entscheiden haben werde, da das Bundesgericht in seinem Urteil vom 19. August 2005 (BGE 2a. 287/2005) entschieden hatte, dass ein Sachverhalt, der bereits Gegenstand einer Untersuchung war, nicht gemeldet werden könne. Damit wurde den Parteien unmissverständlich klar gemacht, dass die einvernehmliche Regelung nicht von einer Sanktionierung dispensieren würde. Dies blieb in der Zustimmung von Publigroupe zur einvernehmlichen Regelung am 30. November 2005 unwidersprochen. Ein Vertrauensschutz betreffend Befreiung von einer Sanktion aufgrund des Abschlusses einer einvernehmlichen Rege-

⁶² <http://www.vsw-assp.ch>.

⁶³ So im Ergebnis auch der Entscheid REKO/WEF "Rhône-Poulenc/Merck", RPW 2002/2, S. 399 f., sowie der Entscheid Weko "Schweiz. National-Versicherungs-Ges./Coop Leben", RPW 2002/3, S. 524 ff., S. 533.

⁶⁴ Vgl. dazu ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Auflage, Zürich 2005, Rz. 994 ff.; CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, Indirekte Auswirkungen der KG-Revision auf einzelne Rechtsinstitute, in Jusletter vom 17. Oktober 2005, Rz. 9 f.

lung, wie ihn Publigroupe in Rz. 79 ihrer Stellungnahme vom 20. September 2006 implizit und in Rz. 161 ff. explizit geltend macht, besteht daher nicht. Aus all diesen Gründen steht vorliegend auch der Abschluss einer einvernehmlichen Regelung der direkten Sanktionierung nicht entgegen.

318. Zusammenfassend ist demnach festzuhalten, dass ein missbräuchliches Verhalten im Sinne von Art. 7 KG vorliegt, welches nach Art. 49a Abs. 1 KG - unabhängig vom Abschluss einer einvernehmlichen Regelung - direkt sanktioniert werden muss. Eine sanktionsbefreiende Meldung gemäss Übergangsbestimmung war nicht möglich.

B.5.2 Sanktionsbemessung

B.5.2.1 Grundlagen

319. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag bis zu 10% des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Dieser Betrag stellt als Maximalsanktion die Obergrenze des Bussenrahmens dar. Die konkrete Sanktion bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen.

320. Die Einzelheiten der Sanktionsbemessung werden in der Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (SVKG, SR 251.5) konkretisiert. Trotz der gesetzlich vorgeschriebenen Kriterien handelt es sich bei der Sanktionsbemessung indes nicht um einen reinen Rechenvorgang, sondern um eine rechtliche und wirtschaftliche Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände. Die effektive Höhe des Betrages wird nach den konkreten Umständen des Einzelfalles bemessen, wobei nach Art. 2 Abs. 2 SVKG stets auch dem Prinzip der Verhältnismässigkeit Rechnung zu tragen ist.

B.5.2.2 Maximalsanktion

321. Die Sanktion beträgt in keinem Fall mehr als 10% des vom Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes (Art. 49a KG i.V.m. Art. 7 SVKG). Der Unternehmensumsatz im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG berechnet sich dabei sinngemäss nach den Kriterien der Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen⁶⁵. Art. 4 und 5 VKU finden analoge Anwendung.

322. Der Unternehmensumsatz nach Art. 49a Abs. 1 KG bestimmt sich auf Konzernebene, wobei gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. a VKU der Umsatz der Tochterunternehmen in die Berechnung des relevanten Umsatzes miteinzubeziehen ist. Gemäss Art. 5 Abs. 2 VKU sind konzerninterne Umsätze bei der Berechnung nicht zu berücksichtigen. Den Geschäftsberichten der Publigroupe ist zu entnehmen, dass der Konzernumsatz im Jahr 2003 CHF 1'936 Mio., im Jahr 2004 CHF 1'981 Mio. und im Jahr 2005 CHF 2'015 Mio. betrug.

323. Der Gesamtumsatz in der Schweiz in den letzten drei Geschäftsjahren im Sinne von Art. 49a KG beläuft sich folglich im vorliegenden Verfahren auf knapp

CHF 6'000 Mio. Die Maximalsanktion beträgt folglich CHF 600 Mio.

B.5.2.3 Konkrete Sanktionsbemessung

324. Die SVKG geht für die konkrete Sanktionsbemessung zunächst von einem Basisbetrag aus, der in einem zweiten Schritt an die Dauer des Verstosses anzupassen ist, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung zu tragen ist. Da sich die Höhe der Sanktion in erster Linie nach der Dauer und der Schwere der Wettbewerbsbeschränkung bemisst, kann im Falle besonders leichter Verstösse die Sanktion auch entsprechend milde bemessen werden⁶⁶. Bei der Festsetzung der Sanktion ist das Prinzip der Verhältnismässigkeit zu beachten (Art. 2 Abs. 2 SVKG).

325. Der Basisbetrag beträgt gemäss Art. 3 SVKG bis zu 10% des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat. Als relevanter Markt wurde vorliegend der Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien definiert. Folglich ist Publigroupe in einem Dienstleistungsbereich tätig. Grundsätzlich unterscheiden VKU und SVKG zwischen der Umsatzberechnungsmethode bei Dienstleistungen und der Methode bei Waren nicht: Als Grundlage für den Umsatz gelten nach Art. 4 Abs. 1 VKU die Erlöse, die die beteiligten Unternehmen mit Waren oder Leistungen in ihrem normalen geschäftlichen Tätigkeitsbereich erzielt haben. Für eine spezielle Berechnung von Umsätzen im Dienstleistungssektor kennen VKU und SVKG keine ausdrückliche Regelung. Allerdings kann wegen der Komplexität im Dienstleistungssektor eine Anpassung der Berechnung des Umsatzes an die besonderen Umstände in bestimmten Fällen notwendig sein. Besondere Umstände bestehen bspw. bei der Erbringung von Dienstleistungen über Dritte. Deshalb hält die Mitteilung der Kommission über die Berechnung des Umsatzes im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen fest, dass die Lage bei Dienstleistungen über Dritte sehr unterschiedlich sein kann. "Da die Lage in diesen Sektoren sehr unterschiedlich sein kann, ist an verschiedene Arten von Fällen zu denken: So kann bspw. bei einem als Vermittler auftretenden Dienstleistungsunternehmen der Gesamtbetrag der von ihm bezogenen Provision der einzige Umsatz sein."

326. Publigroupe tritt im relevanten Markt als Vermittlerin auf. Bei Publigroupe sind sämtliche Tätigkeiten auf diesem Markt im Geschäftsbereich Publipresse zusammengefasst. Alle vier Publipressegesellschaften Publicitas SA, Publimedia AG, Publimag AG und Mousse Media AG wenden die VSW-Richtlinien an. Deshalb

⁶⁵ Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, S. 2037.

⁶⁶ Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, S. 2037.

kommt, wie von Publigroupe zu Recht in Rz. 167 ff. ihrer Stellungnahme vom 20. September 2006 geltend gemacht, in Anlehnung an die Mitteilung der Kommission für den Umsatz auf den relevanten Märkten der Kommissionsertrag (Bruttomarge) der Publipresse-Gesellschaften zur Anwendung. Folglich beträgt der Basisbetrag der Sanktion nach Art. 3 SVKG je nach Schwere und Art des Verstosses bis zu zehn Prozent des Kommissionsertrags, die Publigroupe in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat.

327. Gemäss Stellungnahme der Publigroupe vom 20. September 2006 betrugen die Kommissionserträge des Bereiches Publipresse in den Jahren 2003 CHF [...], 2004 CHF [...] und 2005 CHF [...]. Allerdings weichen die Zahlen für die Jahre 2003 und 2004 von den in den Geschäftsberichten publizierten Zahlen der Publigroupe für die Jahre 2003 und 2004 leicht ab. Diese Abweichung ergibt sich aus der Umstellung der Rechnungslegung von Publigroupe im Jahr 2005 von Swiss GAAP auf IFRS. Wegen der Umstellung in der Rechnungslegung im Jahr 2005 wurden die Werte für die Jahre 2003 und 2004 entsprechend der neuen Rechnungslegung neu berechnet. Die Kommissionserträge, die Publigroupe in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat, betragen demnach CHF [...].

328. Somit ergeben die Kommissionserträge über die drei letzten Geschäftsjahre eine Obergrenze für den Basisbetrag von CHF [...]. Publigroupe ging in ihrer Stellungnahme vom 20. September 2006 in Rz. 171 fälschlicherweise von einem Basisbetrag von CHF [...] aus, weil sie nicht die Kommissionserträge über die drei letzten Geschäftsjahre kumulierte, sondern deren Durchschnitt zugrunde legte.

329. Gemäss den Erläuterungen zur Sanktionsverordnung wird sich bei Missbräuchen nach Art. 7 KG "der Basisbetrag regelmässig im oberen Drittel des Rahmens"⁶⁷ von 0%-10% bewegen. Vorliegend würde sich somit ein Basisbetrag von mindestens CHF [...] (6 2/3% der kumulierten Kommissionserträge gemäss Rz. 327) errechnen. Nach Ansicht der Weko würde eine Busse in dieser Grössenordnung der Art und Schwere des Verstosses nicht gerecht. Das Verhältnismässigkeitsprinzip verlangt, den nachfolgenden Besonderheiten des vorliegenden Einzelfalles, insbesondere der geringen volkswirtschaftlichen Bedeutung und der beschränkten Marktwirkung der missbräuchlichen VSW-Richtlinien, gebührend Rechnung zu tragen.

330. Vorweg ist festzuhalten, dass die missbräuchlichen VSW-Richtlinien eine vollständige Marktabschottung weder bezweckten noch bewirkten. Unabhängigen Universalvermittlern, den bedeutendsten Wettbewerbern der Publigroupe im Bereich der Vermittlung, wurde unter den missbräuchlichen VSW-Richtlinien eine Kommission entrichtet. Soweit ersichtlich, wurde die Kommissionierung Unternehmen, welche eine umfassende Vermittlungsdienstleistung anboten, in keinem Fall verweigert. Markteintrittsschranken resultierten einzig für gewisse Nischenanbieter (Sparten-, Kleinstvermittler). Diesen Nischen-

anbietern kommt für den Wettbewerb im relevanten Markt jedoch eine untergeordnete Bedeutung zu. Allerdings trifft es entgegen der Darstellung von Publigroupe in Rz. 173 f. der Stellungnahme vom 20. September 2006 nicht zu, dass die Kommissionierungsrichtlinien in keinem Fall zu einer Marktabschottung geführt hätten, weil die nicht kommissionierten Vermittler angeblich Wege gefunden haben, über kommissionierte Vermittler zu einem Teil der Kommission zu gelangen. Dass es einzelnen nicht kommissionierten Vermittlern gelegentlich gelungen ist, die Nichtkommissionierung zu umgehen, indem ein kommissionierter Vermittler seine Kommission (teilweise) an einen nicht kommissionierten Vermittler abgetreten hat, ändert nichts an der kartellrechtlichen Qualifikation der VSW-Richtlinien.

331. Des Weiteren ist der Publigroupe zugute zu halten, dass die missbräuchlichen Bestimmungen der VSW-Richtlinie nicht mit aller Konsequenz umgesetzt wurden. Bereits anerkannte Vermittler erhielten zumindest vorübergehend auch dann eine Kommission, wenn sie sich weitgehend auf die Spartenvermittlung beschränkten. Auch wurden Unternehmen, welche die erforderlichen Umsätze nicht von Beginn weg erbrachten, bereits vor Inkrafttreten der revidierten Richtlinien eine gewisse Karenzfrist zugestanden. Nach dem aus den Verfahren sich ergebenden Kenntnisstand wurde die Kommissionierung in den letzten Jahren insgesamt nur drei Unternehmen verweigert, was Publigroupe in Rz. 173 ihrer Stellungnahme vom 20. September 2006 bestätigt. Davon hat Publigroupe nach Inkrafttreten der KG-Revision 2003 und damit nach Einführung der direkten Sanktionierbarkeit Ad.X die Kommissionierung dauernd verweigert, im Fall von Unio wurde die Kommissionierung nach Intervention des Sekretariats innert kurzer Zeit zugestanden.

332. Zu berücksichtigen ist sodann, dass die Dienstleistungen der unabhängigen Vermittler im relevanten Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum in Printmedien quantitativ von untergeordneter Bedeutung sind. Selbst die grössten - kommissionsberechtigten - Universalvermittler generieren einen jährlichen Umsatz von nicht über CHF 15 Mio. Entsprechend tief sind auch die Umsätze, die Publigroupe durch unabhängige Vermittlung erwirtschaftet. Sie betragen jährlich insgesamt unter CHF 15 Mio.⁶⁸ und machen somit leicht mehr als 1% des Konzernumsatzes der Publigroupe im relevanten Markt und etwas weniger als [...] % des Kommissionsertrags aus⁶⁹. Die von der missbräuchlichen Verhaltensweise betroffenen Umsätze belaufen sich folglich auf einen äusserst geringen Bruchteile des im relevanten Markt generierten jährlichen Umsatzes der Publigroupe (d.h. ihrer Kommissionserträge) von

⁶⁷ Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung, S. 3.

⁶⁸ Vgl. Fn. 89 hievov.

⁶⁹ Auch die Eigenregieverlage generieren weniger als 5% ihres Umsatzes durch unabhängige Vermittler.

ca. CHF [...]. Allerdings ist zu beachten, dass die tiefen Umsatzzahlen der unabhängigen Vermittler zumindest teilweise auf die missbräuchlichen Kommissionierungsvoraussetzungen der VSW-Richtlinien zurückzuführen sind. Vermittler, denen Publigroupe keine Kommission entrichtet, werden denn auch kaum Publigroupe Umsätze zutragen.

333. Der vorliegend als relevant definierte Markt umfasst sämtliche Tätigkeiten des Geschäftsbereiches Publipresse, sowohl die reine Vermittlung wie auch die Dienstleistung der Pachtregie. Die beherrschende Stellung der Publigroupe im relevanten Markt und der daraus erwirtschaftete, für die Sanktionsbemessung relevante Umsatz beruhen indes auf verschiedenen, nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildenden Faktoren. Zu nennen sind insbesondere die historisch starke Marktstellung der Publigroupe, der aufgrund der Grösse erzielte Netzwerkeffekt, die Beteiligung an diversen Verlagen sowie die Doppelrolle als Vermittlerin und Pächterin. Die Gegenstand vorliegender Untersuchung bildenden missbräuchlichen Bestimmungen der VSW-Richtlinie vermochten sich hingegen nach Einschätzung der Weko auf den Gesamtumsatz im relevanten Markt nicht in wesentlichem Umfang auszuwirken. Ein unbesehenes Abstellen auf den im relevanten Markt generierten Umsatz würde die Marktstellung als solches, nicht aber das Gegenstand vorliegender Untersuchung bildende missbräuchliche Verhalten sanktionieren. Der geringen volkswirtschaftlichen Bedeutung der VSW-Richtlinien würde dadurch unzureichend Rechnung getragen.

334. Bei Behinderungsmissbräuchen nach Art. 7 KG schwierig zu ermitteln ist der mutmassliche Gewinn, den ein Unternehmen durch die Wettbewerbsbeschränkung erzielen konnte. Aufgrund der beschränkten Marktwirkung der VSW-Richtlinien geht die Weko indes davon aus, dass die durch den Ausschluss bestimmter Vermittler erwirtschaftete Monopolrente im Zeitraum vom 1. April 2004 bis zur Umsetzung der kartellrechtskonformen Richtlinien (ausmachend 22 Monate) gering ausgefallen ist. Der Geschäftsbereich Publipresse wies im Jahr 2005 bei einem Umsatz von CHF 1'480 Mio. einen EBITDA von CHF 20 Mio. aus⁷⁰. Die EBITDA-Marge belief sich folglich auf unter 1,4%. Wendet man die gleiche EBITDA-Marge auf den in Rz. 332 errechneten Umsatz an, kommt man auf einen Betrag von rund CHF [...]. Hochgerechnet auf die Dauer des Wettbewerbsverstosses von 22 Monaten beträgt der so errechnete Wert etwas weniger als CHF [...]. Wie vorstehend erläutert, hat die Behinderung der unabhängigen Vermittler durch die VSW-Richtlinien nicht dazu geführt, dass sich der Gewinn von Publigroupe dadurch wesentlich erhöht hätte, vielmehr ist davon auszugehen, dass sich die Praxis von Publigroupe auf deren Gewinnsituation kaum ausgewirkt haben dürfte.

335. Eine milde Sanktionsverschärfung ergibt sich aus der Dauer des Wettbewerbsverstosses. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrages um bis zu 50%, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat. Für jedes weite-

re Jahr ist ein Zuschlag von je bis zu 10% möglich. Publigroupe weigert sich schon seit mehreren Jahren, gewissen Vermittlern für die Vermittlung und den Verkauf von Inserate- und Werberaum eine Kommission zu bezahlen. Allerdings ist vorliegend zu beachten, dass die Möglichkeit direkter Sanktionen erst mit der per 1. April 2004 in Kraft getretenen Kartellrechtsrevision eingeführt wurde. Aufgrund des Verbots der Rückwirkung wird in Bezug auf Wettbewerbsbeschränkungen, die bereits vor Inkrafttreten von Art. 49a Abs. 1 KG Wirkung entfalteten, für die Bemessung der Belastung nur der Zeitraum nach Inkrafttreten der Gesetzesänderung berücksichtigt⁷¹. Wie oben ausgeführt, bot Publigroupe erst seit dem 4. April 2005 Hand zu einer einvernehmlichen Regelung. Mit Schreiben vom 30. November 2005 erklärte sich Publigroupe mit dem ihr unterbreiteten Vorschlag ausdrücklich einverstanden. Allerdings hat Publigroupe auch während der Ausarbeitung der einvernehmlichen Regelung die kartellrechtswidrige VSW-Richtlinie nicht aufgehoben, sondern an ihrem missbräuchlichen Verhalten bis zum Abschluss der einvernehmlichen Regelung festgehalten (vgl. die Ausführungen in Rz. 311). Art. 4 SVKG räumt der Weko für eine Verstossdauer von einem bis zu fünf Jahren einen grossen Ermessensspielraum von 0%-50% Sanktionszuschlag ein. Aber der letzte Satzteil der Norm sowie das Verhältnismässigkeitsprinzip indizieren auch im Bereich unter fünf Jahren eine stufenweise Erhöhung der Sanktion um jeweils 10% pro Jahr⁷². Es ist deshalb der Dauer des Wettbewerbsverstosses von 22 Monaten leicht sanktionserhöhend Rechnung zu tragen.

336. Publigroupe macht in Rz. 180 der Stellungnahme vom 20. September 2006 geltend, das Sekretariat habe erstmals mit Verfügungsentwurf vom 16. November 2004 umfassend begründet, warum entgegen seinen früheren Aussagen die Kommissionierungsrichtlinien nun doch kartellrechtswidrig seien und leitet daraus und aus den Einschätzungen des Sekretariats aus dem Jahr 1998 ab, sie sei in ihrem berechtigten Vertrauen zu schützen. Wie bereits vorstehend unter Rz. 308 erläutert, trifft dies nicht zu. Spätestens mit Zustellung des Schlussberichts der Vorabklärung des Sekretariats vom 4. November 2002 wurde Publigroupe begründet dargelegt, worin die Kartellrechtswidrigkeit der VSW-Richtlinien besteht.

337. Weiter wollte Publigroupe noch im November 2005 der Unio AG keine Kommission entrichten, bzw. weigerte sie sich, einen Zulassungsentscheid zur Kommissionierung zu treffen. Erst auf Intervention des Sekretariats der Weko erklärte sich Publigroupe bereit, die Kommissionierung der Unio zu prüfen. Im Rahmen dieser Prüfung wurde erstmals in Aussicht

⁷⁰Vgl. Geschäftsbericht Publigroupe 2005.

⁷¹ Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, S. 2048.

⁷²Vgl. "Sanktionsverfahren Unique - Valet Parking", Verfügung der Weko vom 5. Dezember 2005, Rz. 263 ff.

gestellt, ab Januar 2006 darauf zu verzichten, die bisherigen missbräuchlichen Richtlinien anzuwenden (Rz. 22). Allerdings blieben die VSW-Richtlinien mit den unzulässigen Klauseln bis Februar 2006 auf der Internetseite des VSW⁷³ aufgeschaltet.

338. Publigroupe macht schliesslich in Rz. 186 ihrer Stellungnahme vom 20. September 2006 geltend, die Weko habe bei der Genehmigung der einvernehmlichen Regelung betreffend die Kreditkarten-Interchange Fee den beteiligten Unternehmen ausdrücklich und ohne Sanktionsandrohung eine Übergangsfrist zur Umsetzung einer angeblich kartellrechtswidrigen Praxis zugestanden. Publigroupe kann jedoch aus dieser Praxis nichts für ihre Argumentation ableiten: Im erwähnten Fall kam eine Sanktionierung nicht in Frage, weil das beanstandete Verhalten noch vor Ablauf der Übergangsfrist aufgegeben wurde (vgl. RPW 2006/1, S. 116, Rz. 430). Dieser Fall ist deshalb mit dem vorliegenden nicht vergleichbar.

339. Aus dem Gesagten folgt, dass sich eine milde Sanktionsverschärfung aufgrund der Dauer des Wettbewerbsverstosses rechtfertigt.

340. Erschwerende Umstände im Sinne von Art. 5 SVKG sind keine vorhanden. Insbesondere liegt kein wiederholter Verstoss gegen das KG vor, wird doch mit vorliegender Untersuchung erstmals ein kartellrechtswidriges Verhalten der Publigroupe festgestellt und sanktioniert. Eine objektive Ermittlung des durch das missbräuchliche Verhalten erzielten Gewinns ist nicht möglich. Insbesondere ist nicht beurteilbar, wie sich der Wettbewerb im relevanten Markt, die Marktanteile der Publigroupe und darauf basierend die Umsätze und Margen der Publigroupe ohne die missbräuchlichen VSW-Richtlinien entwickelt hätten. Nach Einschätzung der Weko ist indes davon auszugehen, dass der mit den missbräuchlichen VSW-Richtlinien erwirtschaftete Gewinn eher gering ist. Schliesslich hat Publigroupe weder die Zusammenarbeit mit den Behörden verweigert, noch die Untersuchung zu behindern versucht. Sonstige erschwerende Umstände im Sinne von Art. 5 SVKG sind ebenfalls nicht gegeben.

341. Als mildernder Umstand ist gemäss Art. 6 SVKG insbesondere zu berücksichtigen, falls das Unternehmen die Wettbewerbsbeschränkung nach dem ersten Eingreifen des Sekretariats oder aber spätestens vor der Eröffnung eines Verfahrens nach Art. 26-30 KG beendet. Publigroupe hielt ihr missbräuchliches Verhalten bis kurz vor Abschluss der Untersuchung aufrecht. Insbesondere hat sie auch nach Inkrafttreten der Kartellgesetzrevision und der Sanktionierbarkeit nach Art. 49a KG die Umsetzung der missbräuchlichen VSW-Richtlinien nicht eingestellt (vgl. Rz. 312). Auch während der Ausarbeitung der einvernehmlichen Regelung blieben die VSW-Richtlinien in Kraft. Von ihrer missbräuchlichen Praxis wich Publigroupe erstmals im November 2005 ab, als sie das Kommissionierungsgesuch der Unio AG nicht mehr nach der missbräuchlichen alten VSW-Richtlinie, sondern "in antizipierter Anwendung der erst im Entwurf vorliegenden neuen Richtlinie" beurteilte. Diese neue Richtlinie, welche nach Einschätzung der Weko den in der

einvernehmlichen Regelung festgelegten Anforderungen entspricht, sollte per 1. Januar 2006 in Kraft treten. Bis Februar 2006 blieben im Internet allerdings die alten, missbräuchlichen VSW-Richtlinien publiziert. Eine Beendigung der Wettbewerbsbeschränkung "nach dem ersten Eingreifen des Sekretariats oder aber spätestens vor Eröffnung des Verfahrens" im Sinne von Art. 6 SVKG ist folglich zu verneinen.

342. Das Wort "insbesondere" in Art. 6 Abs. 1 SVKG impliziert, dass die Aufzählung der mildernden Umstände nicht abschliessend ist. Vorliegend ist namentlich der kooperativen Haltung der Publigroupe während der Ausarbeitung der einvernehmlichen Regelung, welche eine Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung für die Zukunft sicherstellt, angemessen Rechnung zu tragen. Obschon Publigroupe erst kurz vor Abschluss der Untersuchung, mithin erst nach Zustellung des ersten Verfügungsentwurfs des Sekretariats den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung anregte, ist die diesbezügliche Kooperationsbereitschaft der Publigroupe nach Ansicht der Weko sanktionsmildernd zu berücksichtigen.

343. Zusammenfassend ergibt sich somit, dass ein anhand der Umsätze im relevanten Markt errechneter Basisbetrag im oberen Drittel des Sanktionsrahmens den Besonderheiten des vorliegenden Falles nicht angemessen ist. Aufgrund der beschränkten Marktwirkung der VSW-Richtlinien sind Art und Schwere der Zuwiderhandlung insgesamt als gering einzustufen. Die relevante Dauer beträgt weniger als zwei Jahre. Sanktionserhöhende Umstände liegen keine vor. Sanktionsmildernd ist die kooperative Ausarbeitung einer einvernehmlichen Regelung zu berücksichtigen.

344. Unter Würdigung all dieser Umstände und unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips rechtfertigt sich eine Sanktion in der Höhe von CHF 2.5 Mio. Eine Sanktion dieser Grössenordnung ist der grundsätzlichen Schwere des Behinderungsmisbrauchs und der relativ geringen volkswirtschaftlichen Bedeutung der betroffenen Aktivität und dem schätzungsweise geringen mutmasslichen Gewinn, den Publigroupe durch ihre missbräuchliche Verhaltensweise abschöpfen konnten, angemessen.

C KOSTEN

345. Die Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2) wurde im Rahmen der KG-Revision ebenfalls revidiert. Bei Verwaltungsverfahren und Dienstleistungen, die beim Inkrafttreten dieser Verordnung noch nicht abgeschlossen sind, gilt für die Bemessung der Gebühr und Auslagen für denjenigen Teil der Aufwendungen, der vor dem Inkrafttreten der Verordnung erfolgt ist, das bisherige Recht (Art. 9 KG-Gebührenverordnung).

⁷³ <http://www.vsw-assp.ch>.

346. Sowohl nach der alten wie auch neuen Fassung der KG-Gebührenverordnung ist u.a. gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 aKG-Gebührenverordnung, Art. 2 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung). Als Verursacher gelten im vorliegenden Fall die Verfügungsadressatinnen.

347. Im Verfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen entfällt die Gebührenpflicht, wenn die Vorabklärung keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung ergibt (Art. 3 Abs. 2 Bst. a KG-Gebührenverordnung). Dagegen besteht eine Gebührenpflicht, wenn eine Untersuchung durchgeführt wird und diese ergibt, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, oder wenn sich die Partei unterzieht⁷⁴. Vorliegend ist daher eine Gebührenpflicht der Verfügungsadressatinnen zu bejahen.

348. Für die Verfahrensdauer bis zum 31. März 2004 gilt für die Bemessung der Gebühr Art. 4 Abs. 1 und 2 aKG-Gebührenverordnung. Danach bemisst sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand; es gilt ein Stundenansatz von CHF 130.-. Die Gebühr kann je nach wirtschaftlicher Bedeutung des Gegenstandes um höchstens die Hälfte erhöht oder vermindert werden (Art. 4 Abs. 3 aKG-Gebührenverordnung). Die aufgewendete Zeit bis zum 31. März 2004 beträgt insgesamt [...] Stunden. Die Gebühr beläuft sich demnach auf CHF [...].

349. Neben dem Aufwand nach Art. 4 aKG-Gebührenverordnung hat der Gebührenpflichtige u.a. separat die Auslagen der Wettbewerbskommission für Porti-, Telefon-, Telefax-, Telex- und Telegrammkosten, Kopierkosten und Reisespesen zu erstatten (Art. 5 Abs. 1 Bst. a aKG-Gebührenverordnung). Im vorliegenden Verfahren werden keine besonderen Auslagen verrechnet.

350. Für die Zeit nach Inkrafttreten der neuen KG-Gebührenverordnung gilt nach Art. 4 Abs. 2 KG-Gebührenverordnung ein Stundenansatz von CHF 100.- bis CHF 400.-. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 KG-Gebührenverordnung).

351. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 120.-, CHF 200.- und CHF 250.- für die geleisteten Arbeitsstunden. Die aufgewendete Zeit seit dem 1. April 2004 bis zum Abschluss des Verfahrens beträgt [...] Stunden für den Stundenansatz CHF 120.-, [...] Stunden für den Stundenansatz CHF 200.- und [...] Stunden für den Stundenansatz CHF 250.-. Demnach beläuft sich die Gebühr für diese Zeitspanne auf CHF [...].

352. Die Gebühren zulasten der Verfügungsadressatinnen belaufen sich folglich insgesamt auf CHF [...].

D DISPOSITIV

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Es wird festgestellt, dass Publigroupe SA mittels ihrer Tochtergesellschaften Publicitas SA, Publimedia AG, Publimag AG und Mosse Media AG sowie des Verbandes Schweizerischer Werbegesellschaften im Markt für die Vermittlung und den Verkauf von Inse-
rate- und Werberaum in Printmedien in der Schweiz eine marktbeherrschende Stellung innehat.

2. Es wird festgestellt, dass die Publigroupe mittels Publicitas SA, Publimedia AG, Publimag AG, Mosse Media AG und dem Verband Schweizerischer Werbegesellschaften ihre marktbeherrschende Stellung gemäss Ziff. 1 missbrauchte, indem sie sich durch Ziff. 2.2 Abs. 1, Ziff. 2.2 Abs. 2 und Ziff. 2.5 der Richtlinien des VSW über die Kommissionierung von Berufs-Inseratevermittlern weigerte, Vermittler zu kommissionieren und diese dadurch nach Art. 7 Abs. 1 KG in der Aufnahme und der Ausübung des Wettbewerbs behinderte und gegenüber anderen unabhängigen Vermittlern diskriminierte.

3. Publigroupe SA wird für das unter Ziff. 2 dieses Dispositivs genannte Verhalten gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG mit einem Betrag von CHF 2.5 Mio. belastet.

4. Die Wettbewerbskommission genehmigt im Sinne einer einvernehmlichen Regelung die nachstehende Verpflichtungserklärung der Publigroupe SA, Publicitas SA, Publimedia AG, Publimag AG, Mosse Media AG und dem Verband Schweizerischer Werbegesellschaften vom 30. November 2005:

Richtlinie für Kommissionierung von Inseratevermittlern

1. Grundsatz

*Die Publigroupe, ihre im Verkauf von Inserate-
raum für Printmedien gestützt auf Pachtverträge
mit Verlagen tätigen Tochtergesellschaften sowie
der Verband Schweizerischer Werbegesell-
schaften verpflichten sich, bei der Kommissionierung
von Vermittlern, welche durch die Schaffung und
Aufrechterhaltung einer professionellen Ver-
kaufsorganisation den Verkauf von Inserate- und
Werberaum in Pachttiteln aktiv fördern, keine
diskriminierenden Kriterien anzuwenden und
keine übermässigen Markteintrittsbarrieren für
neu in den Vermittlungsmarkt eintretende Un-
ternehmen zu errichten.*

2. Minimalanforderungen

*Die vorliegende Vereinbarung statuiert nachfol-
gend in Ziff. 4 bis 7 Minimalanforderungen, wel-
chen künftige Richtlinien über die Kommissionie-
rung von Berufsvermittlern bzw. zu diesem Zweck*

⁷⁴ Entscheid des Bundesgerichts i.S. BKW FMB Energie AG, RPW 2002/3, E. 6.1.

erlassene Verträge, vorformulierte Vertragsbestimmungen, interne Vorgaben oder Ähnliches (nachfolgend einheitlich: Kommissionierungsrichtlinien) zu genügen haben.

3. Umschreibung der Vermittlungsleistung

Die Kommissionierungsrichtlinien umschreiben die kommissionierungsberechtigte Vermittlungsleistung, d.h. die mit dem Verkauf von Inserate-raum verbundenen Dienstleistungen, in positiver Weise und knüpfen nicht an formelle Eigenschaften des Leistungserbringers an.

4. Kommissionierung von Spartenvermittlern

Die Kommissionierungsrichtlinien der Publigroupe enthalten keine Bestimmungen, welche Vermittler, die ihre Vermittlungstätigkeit auf eine oder mehrere spezielle Rubriken beschränken (sog. Spartenvermittler), aufgrund dieser Eigenschaft von einer Kommissionierung ohne sachliche Gründe ausschliessen.

5. Kommissionierung von Vermittlern in Nebentätigkeit und/oder zum Nebenzweck

Die Kommissionierungsrichtlinien der Publigroupe enthalten keine Bestimmungen, welche Vermittler, welche die Vermittlungstätigkeit in Nebentätigkeit oder zum Nebenzweck betreiben, ohne sachlichen Grund aufgrund dieser Eigenschaft von einer Kommissionierung ausschliessen.

6. Kommissionierung von rechtlich oder wirtschaftlich abhängigen Vermittlern

Rechtlich oder wirtschaftlich abhängige Vermittler sind für die Vermittlung von all denjenigen Inseraten zu kommissionieren, welche nicht vom Unternehmen, von welchem sie rechtlich oder wirtschaftlich abhängig sind, stammen.

7. Keine Anerkennung von Werbe-, Media- und PR-Beratern als Inseratevermittler

Die Kommissionierungsrichtlinien dürfen eine Bestimmung enthalten, wonach Unternehmen, die

als Vertreter von Inserenten oder als Berater - insbesondere Werbe-, Media- oder PR-Berater - tätig sind, nicht als Berufsvermittler anerkannt werden.

8. Mindestumsatzvorschriften

Mindestumsatzvorschriften sind zulässig, soweit sie keine übermässige Marktzutrittsschranke für neu in den Markt eintretende Unternehmen darstellen. Eine Mindestumsatzvorschrift, wonach ein Nettoumsatz von mindestens CHF 100'000.- mit Pachttiteln von VSW-Mitgliedern erzielt werden muss, wird als zulässig erachtet. Die Kommissionierungsrichtlinien gewähren neu in den Markt eintretenden Unternehmen eine Karenzfrist von mindestens zwei Jahren, bevor das Mindestumsatzerfordernis erfüllt sein muss.

9. Verfahrensabschluss

Vorbehaltlich der Genehmigung dieser Vereinbarung durch die Weko wird das Verfahren gegen die Publigroupe abgeschlossen.

Vorbehalten bleibt der pflichtgemässe Vollzug dieser Vereinbarung.

5. Zuwiderhandlungen gegen diese einvernehmliche Regelung können mit Sanktionen gemäss Art. 50 bzw. 54 KG belegt werden.

6. Die Wettbewerbskommission behält sich vor, die Einhaltung der einvernehmlichen Regelung zu kontrollieren und die hierfür erforderlichen Auskünfte und Unterlagen einzuholen.

7. [Verfahrenskosten]

8. [Rechtsmittelbelehrung]

9. [Eröffnung]

B 2.2	2. Terminierung Mobilfunk
-------	---------------------------

Untersuchung gemäss Art. 27 ff. KG

Enquête selon l'article 27 ss LCart

Inchiesta giusta l'articolo 27 segg. LCart

Verfügung vom 5. Februar 2007 i.S. Untersuchung gemäss Art. 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251) betreffend Terminierung Mobilfunk wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG gegen Orange Communications AG, Swisscom Mobile AG und TDC Switzerland AG unter Berücksichtigung der Verhaltensweisen bis 31. Mai 2005.

Markt für in ein Mobilfunknetz eingehende Fernmeldedienste im Bereich Sprache; Marktbeherrschung von Swisscom Mobile festgestellt; keine Marktbeherrschung für Orange und Sunrise nachgewiesen; Missbrauch wegen der Erzwingung unangemessener Preise für die Terminierung von Anrufen nach Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG; Vergleichsmarktkonzept und Kostenmethode verwendet; Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG

ausgesprochen; Erhöhung des Basisbetrages aufgrund eines übermässig hohen Gewinnes.

Marché des télécommunications vocales entrantes sur un réseau mobile; constat de position dominante de Swisscom Mobile; pas de position dominante démontrée pour Orange et Sunrise; abus selon l'art. 7 al. 2 let. c LCart en raison de l'imposition de prix inéquitables pour la terminaison des appels; application du concept de marché de comparaison et de la méthode des coûts; sanction prononcée selon l'art. 49 a al. 1 LCart; augmentation du montant de base en raison d'un gain excessivement élevé.

Mercato per le comunicazioni in entrata sulla rete in forma orale; accertata posizione dominante di Swisscom Mobile; nessuna prova di una posizione dominante per Orange e Sunrise; abuso per aver imposto dei prezzi ingiustificati per la terminazione di chiamate giusta l'art. 7 cpv. 2 lett. c LCart; applicazione del concetto di mercato di confronto e metodo fondato sui costi; sanzioni giusta l'art. 49a cpv. 1 LCart; aumento del montante di base a causa degli elevati benefici.

Inhaltsverzeichnis

A	SACHVERHALT	243		
A.1	Gegenstand der Untersuchung	243	B.4.1.2.2	Potenzieller Wettbewerb 262
A.1.1	Involvierte Unternehmen	243	B.4.1.2.3	Einfluss des nachgelagerten Marktes 262
A.1.2	Die Terminierung	244	B.4.1.2.4	Die Marktstellung von Orange und Sunrise 267
A.1.3	Vorgeschichte	245	B.4.1.3	Ergebnis hinsichtlich der Marktbeherrschung 271
A.2	Verfahren	246	B.4.2	Unzulässige Verhaltensweisen von Swisscom Mobile 272
B	ERWÄGUNGEN	248	B.4.2.1	Erzwingung unangemessener Preise 272
B.1	Formelle Vorfragen	248	B.4.2.1.1	Die Preisentwicklung auf Vergleichsmärkten 273
B.1.1	Teilverfügung	248	B.4.2.1.2	Die Erzielung angemessener Gewinne 280
B.1.2	Verfahrensgarantien	248	B.4.2.1.3	Die Kostenentwicklung 280
B.1.2.1	Rechtliches Gehör	248	B.4.2.1.4	Die Erzwingung 282
B.1.2.2	Faires Verfahren im Sinne der EMRK	249	B.4.2.1.5	Zwischenergebnis zur unangemessenen Höhe der Terminierungsgebühr 282
B.2	Geltungsbereich	250	B.4.2.2	Keine sachlichen Rechtfertigungsgründe 283
B.3	Vorbehaltene Vorschriften	250	B.4.2.3	Stellungnahme vom SCM vom 15. Dezember 2006 287
B.4	Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen	252	B.4.2.4	Keine Behinderung von Orange und Sunrise 294
B.4.1	Marktbeherrschende Stellung von Orange, Sunrise und SCM?	252	B.4.2.5	Ergebnis hinsichtlich der Verhaltensweise von SCM 294
B.4.1.1	Der relevante Markt	252		
B.4.1.1.1	Sachlich relevanter Markt	252		
B.4.1.1.2	Räumlich relevanter Markt	261		
B.4.1.2	Beurteilung der Marktstellung	261		
B.4.1.2.1	Aktueller Wettbewerb	261		

<i>B.4.3</i>	<i>Keine unzulässigen Verhaltensweisen von Orange und Sunrise</i>	294	<i>B.5.6</i>	<i>Konkrete Sanktionsbemessung</i>	300
<i>B.4.3.1</i>	<i>Keine unangemessen hohen Terminierungsgebühren von Orange und Sunrise</i>	295	<i>B.5.6.1</i>	<i>Basisbetrag</i>	300
<i>B.4.3.2</i>	<i>Keine Diskriminierung durch Orange und Sunrise</i>	295	<i>B.5.6.1.1</i>	<i>Obergrenze des Basisbetrages gestützt auf den Umsatz</i>	300
<i>B.4.3.3</i>	<i>Ergebnis hinsichtlich der Verhaltensweise von Orange und Sunrise</i>	296	<i>B.5.6.1.2</i>	<i>Berücksichtigung von Art und Schwere des Verstosses</i>	301
<i>B.4.4</i>	<i>Gesamtergebnis</i>	296	<i>B.5.6.1.3</i>	<i>Fazit</i>	301
<i>B.5</i>	<i>Sanktionierung</i>	296	<i>B.5.6.2</i>	<i>Dauer des Verstosses</i>	301
<i>B.5.1</i>	<i>Einleitung zur Sanktionierung</i>	296	<i>B.5.6.3</i>	<i>Erschwerende und mildernde Umstände</i>	301
<i>B.5.2</i>	<i>Übergangsrechtliche Fragen</i>	297	<i>B.5.6.3.1</i>	<i>Mutmasslicher Gewinn</i>	301
<i>B.5.3</i>	<i>Vorwerfbarkeit</i>	297	<i>B.5.6.3.2</i>	<i>Sonstige erschwerende Umstände</i>	302
<i>B.5.4</i>	<i>Sanktionsbemessung für SCM</i>	299	<i>B.5.6.3.3</i>	<i>Mildernde Umstände</i>	303
<i>B.5.5</i>	<i>Maximalsanktion</i>	299	<i>B.5.6.4</i>	<i>Zusammenfassung</i>	303
			<i>C</i>	<i>KOSTEN</i>	303
			<i>D</i>	<i>DISPOSITIV</i>	304

Abkürzungsverzeichnis

Bakom	Bundesamt für Kommunikation	M2M	mobile to mobile
ComCom	Eidgenössische Kommunikationskommission	MF	Mobilfunk
cpp	calling party pays	MFA	Mobilfunkanbieter
EBITDA	Betriebsgewinn vor Abschreibungen, Zinsen und Steuern	POI	Point of Interconnection
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (SR 0.101)	PüG	Preisüberwachungsgesetz (SR 942.20)
F2M	fix to mobile	PWLAN	Public Wireless Local Area Network
FDA	Fernmeldediensteanbieter	REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen
FDV	Verordnung über Fernmeldedienste (SR 784.101.1)	RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs
FMG	Fernmeldegesetz (SR 784.10)	SCM	Swisscom Mobile
GSM	Global System for Mobile Communication	SVKG	Sanktionsverordnung des KG (SR 251.5)
KG	Kartellgesetz (SR 251)	TUG	Telekommunikationsunternehmensgesetz (SR 784.11)
LRAIC	Long run average incremental cost	UMTS	Universal Mobile Telecommunications System
LRIC	Long run incremental cost	VoIP	Voice over IP (Internet Protocol)
M2F	mobile to fix	VwVG	Verwaltungsverfahrensgesetz (SR 172.021)
		Weko	Wettbewerbskommission
		WLL	Wireless Local Loop

A SACHVERHALT

A.1 Gegenstand der Untersuchung

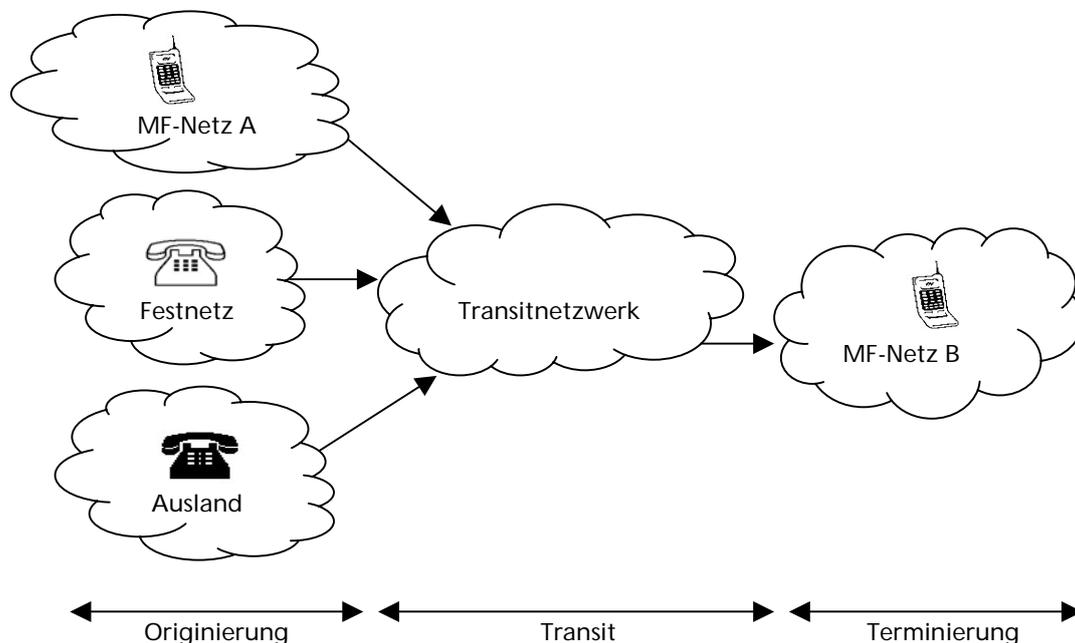
1. Vorliegende Verfügung betrifft die Wettbewerbsverhältnisse im Bereich der Terminierung von Anrufen in den schweizerischen Mobilfunknetzen (MF-Netzen). Diese Dienste erlauben die Sicherstellung von Anrufen aus einem beliebigen Telefonnetzwerk auf ein bestimmtes Mobiltelefon eines Kunden eines Mobilfunkanbieters (MFA) in der Schweiz. Diese Teilverfügung betrifft Sachverhalte bis zum 31. Mai 2005.

A.1.1 Involvierte Unternehmen

2. In der Schweiz haben fünf MFA eine Lizenz, um Mobiltelefondienstleistungen im Bereich GSM¹ anzubieten: In & Phone AG, Orange Communications AG (Orange), TDC Switzerland AG (Sunrise), Swisscom Mobile AG (SCM), Tele2 Telecommunication Services AG (Tele2). Die Untersuchung richtet sich jedoch insbesondere gegen die im untersuchten Zeitraum bis zum 31. Mai 2005 im Markt tätigen Unternehmen Orange (18,2%), Sunrise (ca. 18,5%) und SCM (ca. 62,5%). In den Klammern sind Schätzungen der jeweiligen Marktanteile (basierend auf der Anzahl Endkunden) angegeben². Die Unternehmen Orange, Sunrise und SCM haben zudem eine Lizenz für UMTS³.

3. Orange, mit Sitz in Lausanne, betreibt ein eigenes MF-Netz. Sie bietet seit Juli 1999 MF-Dienstleistungen an. Sunrise, mit Sitz in Zürich, betreibt ein Fest- sowie ein MF-Netz. Sie bietet seit Dezember 1998 MF-Dienstleistungen an. SCM, mit Sitz in Köniz, begann 1978 (damals als Bundesbetrieb PTT) mit dem ersten MF-Netz (Natel A). Seit 1993 bietet sie Dienstleistungen im heutigen MF-Standard GSM an. Sämtliche SCM-Aktien werden von der Swisscom AG (nachstehend: Swisscom), mit Sitz in Ittigen, gehalten. Im Dezember 2006 kaufte Swisscom den im März 2001 veräusserten 25%igen Anteil am Aktienkapital der SCM, von Vodafone zurück⁴. Swisscom ist ein im Bereich der Telekommunikation tätiges Unternehmen. Sie ist in Form eines Konzerns organisiert. Swisscom ist eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft gemäss Telekommunikationsunternehmensgesetz vom 30. April 1997 (TUG). Im Zeitpunkt der Liberalisierung der alten PTT-Betriebe am 1. Januar 1998 hat sie alle Aktiven, Passiven und Tätigkeiten dieser bisherigen Bundesbetriebe im Bereich der Telekommunikation übernommen. Sie bietet über ihre Tochtergesellschaften Dienstleistungen aller Art in den Bereichen Telefonie, Datenübertragung und Internet an.

Abbildung A-1: Schematische Darstellung eines Anrufes aus einem MF-Netz A, aus dem Festnetz oder aus dem Ausland auf ein MF-Netz B



¹ Global System for Mobile Communication (MF zweiter Generation).

² Fernmeldestatistik, Entwicklung bis zum 31. Dezember 2005 für bestimmte Indikatoren unter www.bakom.ch/dokumentation/zahlen/00744/00746. Sämtliche Verweise auf Internet-Seiten bzw. auf im Internet zugängliche Dokumente im Verfügungsentwurf vom 11. Oktober 2006 wurden im Rahmen der Schlussredaktion der

Verfügung kontrolliert und durch sog. deep-links ersetzt; diese erlauben einen direkten Zugang auf das referenzierte Dokument.

³ Universal Mobile Telecommunications System (MF dritter Generation).

⁴ Vgl. die Medienmitteilung der Swisscom vom 19. Dezember 2006, www.swisscom.com/GHQ/content/Media/Medienmitteilungen/2006/20061219_1_Swisscom_erhoeht_Beteiligung_an_Swisscom_Mobile.htm.

A.1.2 Die Terminierung

4. Ein Telefonanruf kann generell in drei Prozesse eingeteilt werden: Originierung, Transit und Terminierung (Abbildung A-1). Dabei ist die Terminierung das letzte Stück der Verbindung. Es muss immer in jenem Netzwerk terminiert werden, in welchem der Angerufene seinen Anschluss hat. Es kann sein, dass alle drei Vorgänge (Originierung, Transit und Terminierung) innerhalb eines einzigen Netzes erfolgen. Dies ist z.B. der Fall, wenn ein Sunrise-Kunde einen anderen Sunrise-Kunden von Mobiltelefon zu Mobiltelefon anruft (on-net-Anruf). Komplizierter ist es, wenn das originierende und terminierende Netzwerk zwei unterschiedliche Netze sind und wenn zusätzlich der Transit über verschiedene andere Netzwerke abgewickelt wird (z.B. auch über ausländische Netze). So können mindestens drei aber auch mehr Fernmeldedienstanbieter (FDA) an der Sicherstellung einer Telefonverbindung beteiligt sein.

5. In der Schweiz bezahlt derjenige den Anruf, welcher anruft (calling party pays, cpp). Derjenige, welcher angerufen wird, bezahlt in der Regel nichts. Eine Ausnahme dieser Regel bildet der Fall, in dem sich der Angerufene im Ausland befindet. Dann bezahlt auch der Angerufene für die Weiterleitung ins Ausland eine Gebühr (die sog. internationale Roaming-Gebühr). Die Terminierungsgebühr wird nicht unmittelbar vom Endkunden bezahlt, welcher die Nummer wählt. Der MFA des angerufenen Kunden stellt die Terminierungsgebühr dem Transitnetz in Rechnung. Dieses wiederum verlangt dann die Terminierungsgebühr und einen Preis für den Transit des Anrufes von der originierenden FDA. Die originierende FDA überwälzt die Kosten für die Terminierung und den Transit regelmässig auf den Endkunden. Wenn in Zeichnung A-1 ein Kunde aus dem Festnetz auf das MF-Netz B anruft, so stellt der MFA B dem Transitnetz die Terminierungsgebühr in Rechnung. Der Betreiber des Transitnetzes stellt dann dem Festnetzbetreiber eine Rechnung, die den Transit und die Terminierungsgebühr enthält. Dem Endkunden ist jedoch die Höhe der Terminierungsgebühr in der Regel nicht bekannt.

6. Dazu ein Beispiel: Rief ein Tele2-Festnetzkunde Ende Mai 2005 in der Schweiz einen Orange-Kunden auf dessen Mobiltelefon an, so bezahlte der Tele2-Kunde im Hochtarif 55 Rappen pro Minute an Tele2. Tele2 (Originierungsnetz) wiederum musste davon an Swisscom Fixnet (Transitnetz) 38.47 Rappen pro Minute sowie eine Setupgebühr von 0.86 Rappen bezahlen. Swisscom Fixnet musste dann zum Schluss an Orange (Terminierungsnetz) die Terminierungsgebühr von 36.85 Rappen pro Minute bezahlen (Fragen in Bezug auf Carrier-Preselection zwischen Tele2 und Swisscom Fixnet wurden im vorliegenden Beispiel vernachlässigt). Die eigentliche Terminierungsgebühr macht in diesem Preisbeispiel also ca. 67% des vom Endkunden zu bezahlenden Preises aus.

7. Aus diesen Ausführungen geht hervor, dass der Anrufende nicht entscheiden kann, in welchem Netzwerk er seinen Anruf terminieren will. Terminiert wird in jenem Netzwerk, in welchem der Angerufene MF-Kunde ist. Der Angerufene muss also seine eigene

Terminierungsgebühr niemals selber bezahlen, sondern sie wird indirekt von denjenigen bezahlt, die ihn anrufen. Es stellt sich daher die Frage, inwiefern ein MF-Kunde sich tatsächlich für seine eigene Terminierungsgebühr interessiert, wenn er sich für einen MFA entscheidet.

8. Wenn man sich für einen der drei MFA in der Schweiz entscheiden will, ist es nicht leicht, die jeweilige Terminierungsgebühr zu ermitteln. Was ohne grösseren Aufwand in Erfahrung gebracht werden kann, sind die Preise für das Telefonieren, für die Abonnemente und für die Mobiltelefone. Weiterführende Informationen sind nicht ohne Weiteres erhältlich. Es betreibt auch kein MFA aktive Werbung für dessen tiefste Terminierungsgebühr. Damit hängt die Frage zusammen, inwieweit die Terminierungsgebühr einen Einfluss auf den Marktanteil und das Telefonierverhalten der Kunden eines MFA hat. Die effektive Höhe der Terminierungsgebühren am 31. Mai 2005 findet sich auf der Homepage von Swisscom im Price Manual Version 6.43⁵. Die Terminierungsgebühren vom 31. Mai 2005 sind in Tabelle A-1 aufgelistet:

Tabelle A-1: Terminierungsgebühren von Orange, Sunrise und SCM am 31. Mai 2005

	<i>Orange</i>	<i>Sunrise</i>	<i>SCM</i>
Terminierungsgebühr in Rappen pro Minute ohne Transit	36.95	36.85	33.5

9. Die Terminierungsgebühr von SCM beträgt eigentlich 36.5 Rappen. Sie gewährt FDA mit mehr als 4 POI⁶ und mehr als 12 Mio. generierten Minuten pro Monat einen Rabatt von drei Rappen. Da fast alle FDA über das Transitnetz von Swisscom Fixnet auf das MF-Netz von SCM gelangen, kommt de facto nur der tiefere Preis zur Anwendung. SCM verlangt von allen FDA die gleiche Terminierungsgebühr. Die Terminierungsgebühren von Orange und Sunrise gelten aber nicht für alle FDA. Einzelnen ausländischen Gesellschaften werden z.T. niedrigere Terminierungsgebühren verrechnet. Die Mehrheit der generierten Minuten wird jedoch über das Transitnetz von Swisscom Fixnet zugestellt und für diese gelten die oben aufgeführten Tarife.

10. Gemäss Angaben von Swisscom Fixnet finden immer wieder bilaterale Verhandlungen zwischen Swisscom Fixnet und dem jeweiligem MFA statt, um die Höhe der Terminierungsgebühr zu bestimmen.

11. Abbildung A-2 zeigt auf, wie sich die Terminierungsgebühren vom 1. Januar 2000 bis zum 31. Mai 2005 entwickelten. Aufgeführt sind die Minutenpreise eines Anrufs von durchschnittlich anderthalb Minu-

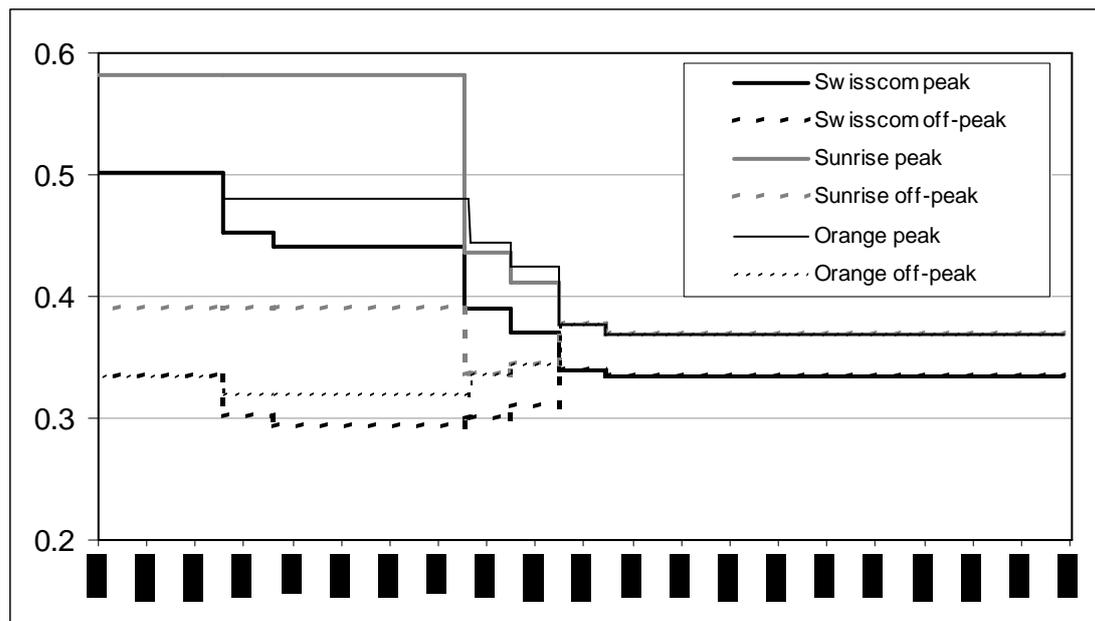
⁵ Price Manual Version 6.43, gültig ab 1. Mai 2005, S. 6 f., zu finden auf der Internetseite von Swisscom: www.swisscom.com/FxRes/NR/rdonlyres/B2CF0D1D-5404-4A33-B886-E1153A95E1B4/0/PriceManualVersion643.pdf.

⁶ Point of Interconnection.

ten. Dabei ist hervorzuheben, dass sich die Tarife vereinfacht haben (von zwölf verschiedenen Tarifen auf drei), dass sie leicht gesenkt wurden und dass SCM die günstigsten Tarife hat. Die Vereinfachung geschah durch die Abschaffung der so genannten Setup-Gebühren sowie die Vereinheitlichung von Hoch- und Niedertarifen (peak und off-peak), welche alle drei MFA nach und nach einführten. Es ist unklar, inwieweit diese Vereinfachung insgesamt zu höheren oder tieferen durchschnittlichen Preisen führte, weil der

Preissenkung der Hochtarife eine Preiserhöhung der Niedertarife gegenüberstand. Geringe durchschnittliche Preissenkungen gab es in den Preismanuals vom 24. August 2000, 22. November 2001, 28. November 2001 und vom 20. August 2002. Die Preissenkungen führten zwischen Anfang 2000 und August 2002 insgesamt zu einer Senkung der Terminierungsgebühren von ungefähr 20%. Vom 1. Oktober 2002 bis zum 31. Mai 2005 veränderten sich die Terminierungsgebühren nicht.

Abbildung A-2: Die Entwicklung der Terminierungsgebühren von Orange, Sunrise und SCM von Januar 2000 bis 2005



A.1.3 Vorgeschichte

12. Die Wettbewerbskommission (Weko) untersuchte den MF-Markt bereits einmal⁷. Dabei konnte sie keine Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen im Endkundenmarkt für mobile Telefondienstleistungen feststellen. In der Verfügung vom 3. Dezember 2001 über den MF-Markt wurde jedoch ausdrücklich vorbehalten, zu einem späteren Zeitpunkt eine weitere Untersuchung zu eröffnen, in der die Wholesale-Märkte und insbesondere die Terminierungsgebühren untersucht würden. Diese Frage sollte in einer eigenständigen Untersuchung geprüft werden, um im MF-Markt wieder Rechtssicherheit herzustellen. In der genannten Untersuchung hatten sich zwar Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung der drei MFA auf den Wholesale-Märkten im Bereich Terminierung ergeben. Auf die genaue Überprüfung dieser Fragestellungen wurde jedoch im Rahmen der ersten MF-Untersuchung verzichtet.

13. Das Sekretariat der Weko (Sekretariat) verfolgte seither die Entwicklungen weiter und stellte fest, dass sich die Marktsituation und insbesondere auch Marktanteile und Terminierungsgebühren kaum veränderten. Zudem beklagten sich Tele2, MCI Worldcom AG (MCI) und Solpa AG regelmässig über zu ho-

he Terminierungsgebühren der MFA in der Schweiz. Laut der vom Bundesamt für Kommunikation (Bakom) in Auftrag gegebenen Studie "Stand des schweizerischen Telekommunikationsmarktes im internationalen Vergleich" waren am 1. August 2001 die Terminierungspreise des führenden Anbieters der Schweiz (SCM) europaweit die höchsten⁸. Ein späterer Vergleich der Terminierungsgebühren kam zu ähnlichen Ergebnissen: Abbildung A-3, welche auf Basis der Terminierungsgebühren vom 1. Januar 2005 erstellt wurde, soll dies veranschaulichen. Sie stammt von der "Independent Regulators Group - IRG"⁹. Darin wurden die Terminierungsgebühren sämtlicher europäischer Länder aufgelistet. Es wurden lediglich die durchschnittlichen Werte (peak/off-peak) aus den IRG-Daten übernommen und in Schweizer Franken umgerechnet und die Rubrik "Switzerland" in "Swisscom Mobile" übertragen (d.h. die Werte für Sunrise

⁷ RPW 2002/1, S. 97.

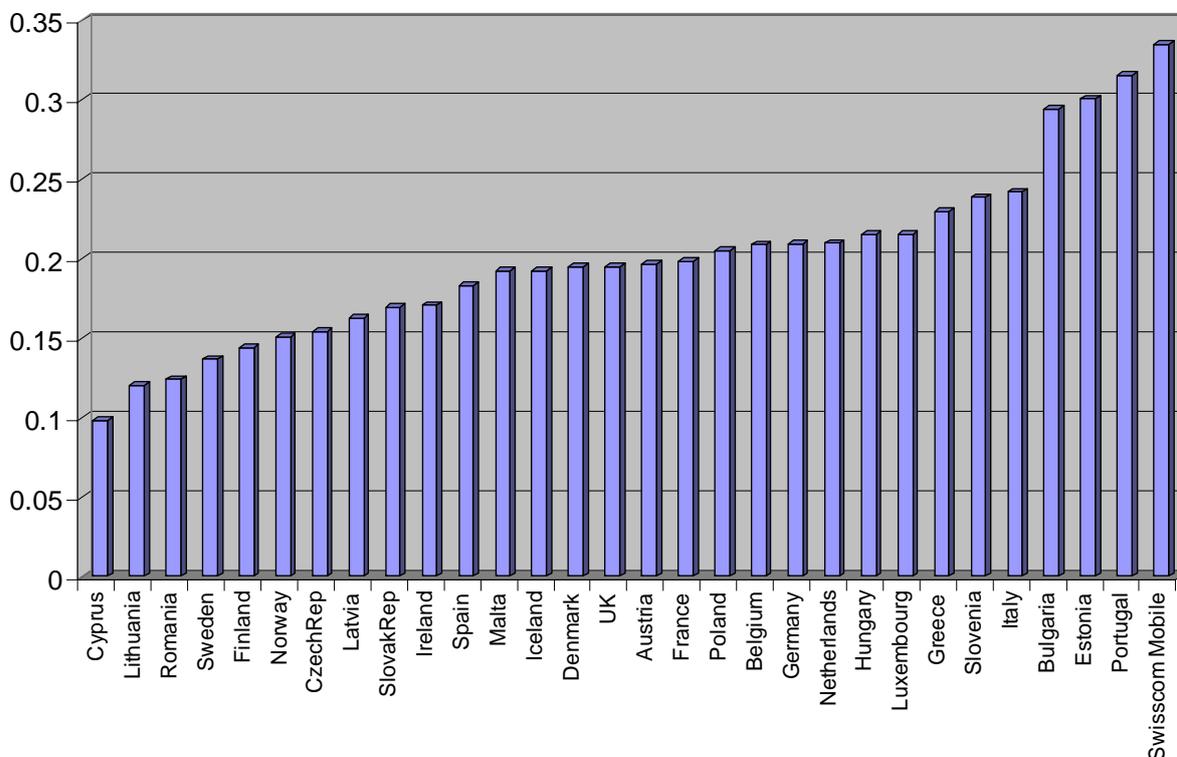
⁸ www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00892, Anhang I bis VI S. 147.

⁹ <http://irgis.anacom.pt>.

und Orange wurden ausgeklammert). Die Umrechnung erfolgte mit einem Wechselkurs von CHF/€ 1.54. Von sämtlichen aufgelisteten europäischen Staaten

liegt SCM mit ihrer Terminierungsgebühr von 33.5 Rappen pro Minute an der Spitze¹⁰.

Abbildung A-3: Durchschnittliche Terminierungsgebühren am 1. Januar 2005



14. Das Sekretariat eröffnete daher vorliegende Untersuchung gegen die drei MFA Orange, Sunrise und SCM. Die Untersuchung sollte aufzeigen, ob bezüglich der Terminierungsgebühren in MF-Netze unzulässige Wettbewerbsabreden oder unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen vorliegen.

A.2 Verfahren

15. Das Sekretariat eröffnete mit Schreiben vom 15. Oktober 2002 im Einvernehmen mit dem Präsidenten der Weko eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG gegen die drei MFA Orange, Sunrise und SCM. Das Sekretariat gab die Eröffnung der Untersuchung mittels amtlicher Publikation gemäss Art. 28 KG bekannt¹¹. Die Unternehmen Cable & Wireless Global AG, MCI, Tele2, T-Systems Multilink SA (heute Solpa AG) und 3G Mobile AG beantragten, am Verfahren formell beteiligt zu werden. Eine Beteiligung im Sinne von Art. 43 Abs. 1 Bst. a KG wurde ihnen mit Schreiben vom 21. Januar 2003 gewährt.

16. Am 29. November 2002 wurden Fragebogen an die Unternehmen Orange, Sunrise und SCM versandt. Weitere Auskunftsbegehren erfolgten an MCI, Smartphone SA und Swisscom Fixnet. Antworten erhielt das Sekretariat jedoch nur von Smartphone SA, MCI, Swisscom Fixnet und Sunrise. Orange und SCM bestritten die Zuständigkeit der Weko. Sie argumentierten, dass die Weko keine Befugnis habe, Termini-

erungsgebühren zu untersuchen; dies sei der sektorspezifischen Regulierungsbehörde, also dem Bakom bzw. der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom), vorbehalten. Mit Zwischenverfügungen vom 17. Februar 2003 stellte die Weko fest, dass sie zur Durchführung der Untersuchung betreffend die Terminierungsgebühren in den MF-Märkten zuständig sei. Gegen diese Zwischenverfügungen reichte sowohl Orange wie auch SCM bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF) Beschwerde ein. Diese wurden jedoch mit den Beschwerdeentscheiden vom 6. Februar 2004 von der REKO/WEF abgewiesen, wobei die REKO/WEF die Zuständigkeit der Weko bestätigte¹². Diese Entscheide blieben unangefochten und sind in Rechtskraft erwachsen. Am 9. März 2004 bzw. am 21. April 2004 erhielt das Sekretariat Antworten von SCM bzw. Orange auf die Fragebogen vom 29. November 2002.

¹⁰ The Independent Regulators Group - IRG, <http://irgis.anacom.pt/admin/attachs/390.pdf>.

¹¹ BBI 2002 6827.

¹² Einzelheiten dazu finden sich in Kapitel B.3.

17. Am 25. März 2004 informierte das Sekretariat Orange, Sunrise und SCM über das Inkrafttreten des neuen KG. Mit Schreiben vom 1. April 2004 reichte SCM für den der Untersuchung zugrunde liegenden Sachverhalt eine Eingabe ein, welche als Meldung gemäss Übergangsbestimmung betitelt war (Schlussbestimmung zur Änderung vom 20. Juni 2003, KG). Das Sekretariat führte daraufhin mit Schreiben vom 5. April 2004 aus, dass der mitgeteilte Sachverhalt dem Sekretariat und der Wettbewerbskommission bereits bekannt sei und die Mitteilung von SCM deshalb nicht als Meldung im Sinne der Übergangsbestimmung aufgefasst werden könne. Am 14. Mai 2004 stellte SCM ein Gesuch um Erlass einer Feststellungsverfügung. Mit Schreiben vom 16. September 2004 wies SCM darauf hin, dass sie sich Ende September 2004 gezwungen sähe, eine Beschwerde wegen Rechtsverzögerung einzureichen. Mit Verfügung vom 8. November 2004 stellte die Weko fest, dass auf das Gesuch um Feststellungsverfügung nicht eingetreten werde. Ergänzend wies die Weko darauf hin, das Gesuch sei, selbst wenn darauf eingetreten worden wäre, aus materiellrechtlichen Gründen abzuweisen. Die Meldung ermögliche es Unternehmen, ausserhalb eines hängigen Verfahrens Unklarheiten der Rechtslage bezüglich allfälliger wettbewerbsrechtlicher Probleme und der Frage der direkten Sanktionierbarkeit zu beseitigen. Der Gegenstand eines laufenden Untersuchungsverfahrens könne daher nicht gemeldet werden, um einer allfälligen direkten Sanktionierung zu entgehen. Gegen diesen Entscheid erhob SCM Beschwerde an die REKO/WEF.

18. Die REKO/WEF stellte in ihrer Verfügung vom 18. März 2005 fest, dass das Schreiben der SCM vom 1. April 2004 eine Meldung im Sinne der Schlussbestimmung sei. Das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (EVD) erhob gegen diesen Entscheid Beschwerde beim Bundesgericht. Das Bundesgericht hiess die Verwaltungsgerichtsbeschwerde des EVD gut und entschied, dass besagtes Schreiben keine Meldung im Sinne der Übergangsbestimmung darstelle¹³.

19. Am 20. September 2004 reichte SCM eine in Auftrag gegebene Studie über den schweizerischen MF-Markt ein. Diese wurde mit Schreiben vom 27. Oktober 2004 allen anderen Verfahrensbeteiligten zur Verfügung gestellt.

20. Mit Schreiben vom 12. November 2004 stellte das Sekretariat ein weiteres Auskunftsbegehren an Orange, Sunrise und SCM. Ferner stellte das Sekretariat am 17. November 2004 beim Bakom ein Gesuch um Amtshilfe. Die FDA Colt Telecom AG und MCI reichten am 2. bzw. 7. Dezember 2004 weitere Unterlagen ein. Das Sekretariat wurde zudem über ein im Kanton Waadt laufendes Zivilverfahren zwischen Switzernet GmbH und Sunrise orientiert, worin Switzernet GmbH u.a. zu hohe Terminierungsgebühren von Sunrise beanstandete¹⁴.

21. Mit Schreiben vom 22. April 2005 wurden die Parteien nach Art. 30 Abs. 2 KG eingeladen, zum Antrag des Sekretariats an die Weko vom 22. April 2005 Stellung zu nehmen. Gleichzeitig wurden die Parteien

auf ihr Akteneinsichtsrecht aufmerksam gemacht und ihnen wurde ein vollständiges Aktenverzeichnis zugestellt. In der Folge verlangten Orange, Sunrise und SCM mehrfach Einsicht in die Verfahrensakten, welche ihnen jeweils nach Bereinigung der Geschäftsgeheimnisse kopiert und zugestellt wurden. Am 30. Mai 2005 lud das Sekretariat das Bakom und die ComCom ebenfalls ein, zum Antrag des Sekretariats Stellung zu nehmen. Am 25. Juli 2005 erhielt das Sekretariat die Stellungnahmen von Orange, Sunrise und SCM.

22. Am 5. September 2005 fand mit Orange, Sunrise und SCM eine Anhörung gemäss Art. 30 Abs. 2 KG statt. Die von allen Parteien unterzeichneten Protokolle wurden den Parteien mit Schreiben vom 11. Oktober 2005 zugesandt.

23. Mit Schreiben vom 9. September 2005 forderte das Sekretariat SCM auf, Unterlagen einzureichen, welche in ihren Stellungnahmen zwar zitiert, jedoch nur unvollständig oder gar nicht eingereicht wurden. Diese wurden weit gehend mit Schreiben vom 20. September 2005 nachgereicht.

24. Mit Schreiben vom 25. Oktober 2005 forderte das Sekretariat SCM auf, bereits eingereichte Daten des Fragebogens vom 29. November 2002 auf den neusten Stand zu bringen. Diese wurden mit Schreiben vom 2. November 2005 eingereicht.

25. Mit Schreiben vom 7. April 2006 wurden die Parteien darüber informiert, dass die Weko beabsichtige, eine Teilverfügung zu erlassen, welche die untersuchten Sachverhalte betreffend Orange, Sunrise und SCM bis zum 31. Mai 2005 abschliessend beurteilt. Ferner beabsichtige die Weko, die Marktstellung von Orange und Sunrise offen zu lassen. SCM wurden überdies diejenigen Teile des überarbeiteten Entwurfs für eine Teilverfügung zugesandt, welche gegenüber dem ersten Entwurf des Sekretariats vom 22. April 2005 abgeändert oder neu waren. Die Parteien wurden zur Stellungnahme dieser Neuerungen aufgefordert. Stellungnahmen wurden mit Schreiben vom 11. (Sunrise), 19. (Orange) und 22. Mai 2006 (SCM) eingereicht. Der Stellungnahme von SCM lag ein Gutachten von Prof. C.C. von Weizsäcker bei. Gleichzeitig wurden die Parteien auf ihr Akteneinsichtsrecht aufmerksam gemacht und ihnen wurde ein vollständiges Aktenverzeichnis zugestellt. In der Folge verlangte SCM mehrfach Einsicht in die Verfahrensakten, welche ihnen jeweils nach Bereinigung der Geschäftsgeheimnisse kopiert und zugestellt wurden.

26. Am 29. Mai 2006 fand eine weitere Anhörung gemäss Art. 30 Abs. 2 KG mit SCM statt. Das unterzeichnete Protokoll erhielt das Sekretariat mit Schreiben vom 23. Juni 2006.

27. Am 11. Oktober 2006 wurde SCM der Entwurf für eine Teilverfügung (Version vom 11.10.2006) zur Stellungnahme zugestellt. Mit Schreiben vom 26. Oktober 2006 ersuchte SCM um eine Fristerstreckung

¹³ Urteil 2A.289/2005 vom 8. Juni 2006.

¹⁴ RPW 2004/4, S. 1213.

zur Einreichung einer Stellungnahme. Mit Schreiben der Weko vom 30. Oktober 2006 wurde die ersuchte Fristerstreckung teilweise gewährt. Mit Schreiben vom 6. November 2006 erhob SCM gegen die Fristerstreckung der Weko vom 30. Oktober 2006 Beschwerde. Die REKO/WEF hiess mit Entscheid vom 9. November 2006 die Beschwerde von SCM gut und erstreckte die Frist zur Stellungnahme bis 26. November 2006.

28. Am 22. November 2006 reichte SCM ein weiteres Fristerstreckungsgesuch bis 3. Januar 2007 zur Einreichung einer Stellungnahme ein. Mit Zwischenverfügung der Weko vom 27. November 2006 wurde das Fristerstreckungsgesuch abgewiesen und eine Notfrist bis 7. Dezember 2006 angesetzt. Gegen diese Zwischenverfügung erhob SCM mit Schreiben vom 29. November 2006 Beschwerde. Die REKO/WEF wies mit Entscheid vom 4. Dezember 2006 die Beschwerde von SCM ab. Die REKO/WEF setzte SCM eine unverlängerbare Nachfrist zur Einreichung einer Stellungnahme bis 15. Dezember 2006.

29. Am 15. Dezember 2006 reichte SCM ihre Stellungnahme zum überarbeiteten Verfügungsentwurf ein. In der Beilage zu ihrer Stellungnahme reichte SCM auch einen am 2. November 2006 erstellten Kommentar von Prof. C.C. von Weizsäcker ein. Mit separaten Schreiben vom 15. Dezember 2006 liess SCM zudem allen Mitgliedern der Weko eine Stellungnahme zum dritten Entwurf für eine Teilverfügung vom 11. Oktober 2006 zukommen.

30. Die vorliegende Teilverfügung wurde von der Weko am 5. Februar 2007 entschieden und befasst sich mit den Verhaltensweisen der drei MFA Orange, Sunrise und SCM bis zum 31. Mai 2005. Das Untersuchungsverfahren für Sachverhalte nach dem 31. Mai 2005 läuft im Übrigen weiter.

B Erwägungen

B.1 Formelle Vorfragen

B.1.1 Teilverfügung

31. Der vorliegende Entscheid beurteilt den Sachverhalt, wie er bis 31. Mai 2005 vorlag. Es handelt sich dabei um eine Teilverfügung, mit welcher über einen Teilaspekt des Streitgegenstandes selbstständig entschieden wird¹⁵. Für die Beschränkung eines Verfahrens auf einen Teilaspekt und dessen selbstständige Beurteilung sind in erster Linie prozessökonomische Überlegungen wegleitend, wenn die Ziele und die nähere Regelung eines Verfahrens eine Aufspaltung in Teilfragen zulassen¹⁶. Der Erlass einer Teilverfügung rechtfertigt sich im vorliegenden Fall aufgrund der von SCM per 1. Juni 2005 durchgeführten deutlichen Preissenkung ihrer Terminierungsgebühren von 33.5 Rappen auf 20 Rappen. Dies macht für Sachverhalte nach dem 31. Mai 2005 weitere angebots- und nachfrageseitige Abklärungen, insbesondere auch bezüglich des daraus folgenden Verhaltens von Orange und Sunrise, erforderlich. SCM führt in ihrer Stellungnahme vom 22. Mai 2006 an, dass mit einer bedingten Teilverfügung ein Verhalten abgestraft würde, welches schon lange nicht mehr praktiziert

würde. In diesem Sinne geht SCM ebenfalls davon aus, dass es sich bei der Preissenkung vom 31. Mai 2005 um einen für vorliegendes Verfahren bedeutenden Einschnitt handelte.

32. Mit Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 machte SCM geltend, dass die Verhältnisse nach der Gebührensenkung durch SCM per 1. Juni 2005 nicht gebührend untersucht worden seien. Der vorliegenden Teilverfügung liegen in zeitlicher Hinsicht Sachverhalte bis 31. Mai 2005 zugrunde. Falls rechtserhebliche Ereignisse nach dem 31. Mai 2005 vorliegen, welche für die Interpretation des zeitlich in Frage stehenden Sachverhaltes eine Rolle spielen, wurden diese berücksichtigt. Der Hinweis von SCM auf Rz. 190 des überarbeiteten Verfügungsentwurfs vom 11. Oktober 2006 ist jedoch unbehelflich, da sich Rz. 190 auf die Überprüfung der Marktstellung von Orange und Sunrise für den weiteren Verlauf der Untersuchung, d.h. für Sachverhalte nach dem 1. Juni 2005, bezieht.

B.1.2 Verfahrensgarantien

33. Gemäss Art. 39 KG sind auf kartellgesetzliche Untersuchungsverfahren grundsätzlich die Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (VwVG) anwendbar.

B.1.2.1 Rechtliches Gehör

34. Mit Stellungnahme vom 22. Mai 2006 machte SCM geltend, dass sich die Wettbewerbsbehörde im April 2006 widersetzt habe, den vollständig abgeänderten Verfügungsentwurf zuzustellen. Dies verletze den Anspruch von SCM auf rechtliches Gehör. Im Rahmen des sich auf Art. 29 Abs. 2 Bundesverfassung (BV) stützenden Anspruchs auf rechtliches Gehör hat der Betroffene das Recht, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen¹⁷. Die REKO/WEF hat spezifisch für kartellverwaltungsrechtliche Untersuchungsverfahren festgehalten, dass - falls der Verfügungsentwurf nach einer Anhörung ergänzt werde, ohne dass sich das untersuchte Unternehmen dazu äussern könne - der Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt sei.¹⁸

35. Diese Auffassung der REKO/WEF kontrastiert mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach im Rahmen des Anspruchs auf rechtliches Gehör allgemein gilt, dass eine Partei im Verfahren keinen Anspruch hat, sich zur rechtlichen Würdigung zu äus-

¹⁵ Vgl. u.a. FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 140.

¹⁶ THOMAS MERKLI/ARTHUR AESCHLIMANN/RUTH HERZOG, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, N. 13 zu Art. 49.

¹⁷ BGE 124 V 372, E. 3.b.

¹⁸ RPW 2005/4, S. 678, E. 4.1.

sern¹⁹. Diese Rechtsprechung wurde vom Bundesgericht in kürzlich ergangenen Fällen betreffend die ComCom und die Eidgenössische Bankenkommission, also mit der Weko vergleichbaren Behördenkommissionen, bestätigt und präzisiert: Die Behörde hat in diesem Sinne nicht ihre Begründung den Parteien vorweg zur Stellungnahme zu unterbreiten. Es genügt, dass sich die Parteien zu den Grundlagen des Entscheids, insbesondere zum Sachverhalt sowie zu den anwendbaren Rechtsnormen, vorweg äussern und ihre Standpunkte einbringen können²⁰. Mit Entscheid vom 9. Februar 2006 hielt das Bundesgericht fest²¹, dass der Anspruch auf rechtliches Gehör sich in erster Linie auf den Sachverhalt bezieht; zu den rechtlichen Fragen müssten die Parteien nur ausnahmsweise angehört werden. Die Weko hat in vorliegendem Fall unter Berücksichtigung der zitierten Rechtsprechung der REKO/WEF und trotz der angeführten bundesgerichtlichen Rechtsprechung den Verfügungsentwurf am 11. Oktober 2006 SCM ein weiteres Mal zur Stellungnahme zugestellt.

B.1.2.2 Faires Verfahren im Sinne der EMRK

36. Mit Stellungnahme vom 22. Mai 2006 machte SCM geltend, dass die aus der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)²² fließenden Verfahrensrechte für SCM in vorliegender Untersuchung zu wahren seien. Ob und in welchem Umfang direkt aus der EMRK fließende Verfahrensrechte vorliegend zur Anwendung gelangen, kann aus folgenden Gründen offenbleiben: Einerseits sind der Grossteil der in der EMRK enthaltenen Verfahrensgarantien in kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren bereits in Gesetzesbestimmungen (insbesondere KG und VwVG), bundesverfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien sowie der diesbezüglichen Rechtsprechung enthalten. Andererseits wird für auf ausschliesslich aus der EMRK fließenden Verfahrensgarantien beruhenden Rügen geprüft, ob diese Verfahrensgarantien eingehalten werden.

37. Mit Stellungnahme vom 22. Mai 2006 führte SCM zudem an, dass die Weko sowohl aus strukturellen Gründen, als auch wegen ihrer Einmischung in das laufende Untersuchungsverfahren kein "unabhängiges Gericht" im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK sei. Im Gegenteil sei die ganze Kommission als befangen anzusehen. Auf Nachfrage präzisierte SCM diesbezüglich anlässlich der Anhörung vom 29. Mai 2006, dass keine Ausstandsgründe gegen einzelne oder alle Kommissionsmitglieder geltend gemacht würden²³.

38. Gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK hat jede Person ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten in Bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen, unparteiischen und auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Der Anspruch auf ein faires Verfahren im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK umfasst u.a. die Gewährleistung der Unabhängigkeit und Unbefangenheit des Gerichts. Die Unbefangenheit des Gerichts beinhaltet auch, dass die verschiedenen Funktionen des Gerichts, insbesondere was die Unter-

suchungs- und die Entscheidfunktionen anbetrifft, nicht in Personalunion ausgeübt werden²⁴.

39. Das schweizerische Wettbewerbsrecht unterscheidet in Verfahren vor der Wettbewerbskommission nur begrenzt zwischen Untersuchungs- und Entscheidbehörde. Das Kartellrecht verzichtet nach seiner gesetzlichen Konzeption in Art. 23 Abs. 1, Art. 24 Abs. 1, Art. 27 Abs. 1 und Art. 30 KG auf eine konsequente Unterscheidung zwischen Untersuchungs- und Entscheidbehörde. Allgemein erweckt die Weko nach Erscheinungsbild und Verfahren nicht den Eindruck eines Gerichts, wie dies von Praxis und Lehre zu Art. 6 Abs. 1 EMRK als notwendige Voraussetzung einer richterlichen Instanz verlangt wird²⁵.

40. Grundsätzlich kann die Weko ähnlich wie die Eidgenössische Kommunikationskommission als so genannte Behördenkommission angesehen werden, welche zur dezentralen Bundesverwaltung gehört und damit nicht als richterliche Instanz zu qualifizieren ist²⁶. Gleiches gilt nach der Rechtsprechung des europäischen Gerichts erster Instanz für das europäische Wettbewerbsrecht²⁷, wobei sich die Europäische Kommission in einer vergleichbaren Situation befindet wie die Weko.

41. Bezüglich der Unabhängigkeit und Unbefangenheit des Gerichts müssen die Verfahrensgarantien von Art. 6 Abs. 1 EMRK in einem Verfahren mindestens einmal gewährleistet sein²⁸. Die REKO/WEF, resp. das Bundesverwaltungsgericht, erfüllt die Anforderungen der EMRK an die Unabhängigkeit und Unbefangenheit des Gerichts. Indem das Bundesverwaltungsgericht im Übrigen im Rahmen des erstinstanzlichen Beschwerdeverfahrens über volle Überprüfungsbefugnis verfügt, könnte eine allfällige Verletzung von Art. 6 EMRK bezüglich der richterlichen Unabhängigkeit geheilt werden²⁹. Im Ergebnis spielt damit die Frage, ob die Weko ein unabhängiges Gericht nach Art. 6 Abs. 1 EMRK sei, bereits aufgrund der möglichen Heilung eines rechtlichen Mangels durch die

¹⁹ BGE 115 IA 94, E. 1.b.

²⁰ BGE 132 II 257, E. 4.2.

²¹ Urteil 2A.91/2005, E. 3.2.1, unveröffentlicht, abrufbar unter www.ebk.admin.ch/d/archiv/2006/20060616/20060616_01.pdf.

²² Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten; SR 0.101.

²³ Protokoll der Anhörung vom 29. Mai 2006.

²⁴ Mit weiteren Hinweisen: FRÉDÉRIC SUDRE, *Droit international et droit européen des droits de l'homme*, 7. Auflage, Paris 2005, S. 361 ff.

²⁵ YVO HANGARTNER, *Aspekte des Verwaltungsverfahrensrechts nach dem revidierten Kartellgesetz von 2003*, in: *Kartellgesetzrevision 2003*, Stoffel/Zäch (Hrsg.), Zürich 2004, S. 251, S. 267.

²⁶ Mit weiteren Hinweisen: BGE 131 II 13, E. 3.1-3.3; BGE 132 II 257, E. 3.1.

²⁷ EuG T-25/95, Rn. 717, *Cimenteries CBR* u.a.

²⁸ MARK E. VILLIGER, *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Zürich 1999, S. 260.

²⁹ Vgl. u.a. YVO HANGARTNER, *Aspekte des Verwaltungsverfahrensrechts nach dem revidierten Kartellgesetz von 2003*, in: *Kartellgesetzrevision 2003*, Stoffel/Zäch (Hrsg.), Zürich 2004, S. 251, S. 266 ff.

Rechtsmittelinstanz, welche mit voller Kognition ausgestattet ist, keine Rolle. Im Rahmen der Verwaltungsbeschwerde verfügt das Bundesverwaltungsgericht über volle Überprüfungsbefugnis³⁰.

42. Mit der schweizerischen Situation vergleichbar ist die Sachlage im europäischen Recht. Die Europäische Kommission befindet sich mit ihren Generaldirektionen in einer vergleichbaren Situation wie die Weko und deren Sekretariat. Im europäischen Recht wurde die Kombination der Europäischen Kommission und deren Generaldirektionen unter dem Blickwinkel von Art. 6 Abs. 1 EMRK als unproblematisch angesehen, da die Entscheide der Europäischen Kommission vom Europäischen Gericht erster Instanz überprüft werden können, wobei das Gericht erster Instanz den Anforderungen von Art. 6 Abs. 1 EMRK entspricht³¹.

43. Sollte die EMRK in Bezug auf die Unabhängigkeit und Unbefangenheit des Gerichts in vorliegendem Fall zur Anwendung gelangen und sollte die EMRK weitergehende Verfahrensgarantien enthalten, als von der Bundesverfassung oder von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bereits anerkannt sind, gilt bezüglich der Unabhängigkeit und Unbefangenheit des Gerichts im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK im Ergebnis, dass die Weko nicht als Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK anzusehen ist, wohl aber die ihre Entscheide überprüfende Rechtsmittelinstanz, die volle Kognition besitzt. Damit sind die Anforderungen von Art. 6 EMRK erfüllt.

44. Im Übrigen werden weitere spezifische Fragestellungen im Zusammenhang mit der EMRK im Kapitel zur Sanktionierung (B.5 unten) behandelt.

B.2 Geltungsbereich

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

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

47. Die Prüfung der Marktbeherrschung des Unternehmens erfolgt unter Art. 7 KG. Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form der Ausübung von Marktmacht dar³². Wird nachstehend somit die marktbeherrschende Stellung bejaht, wird damit auch die Ausübung von Marktmacht festgestellt. Falls eine marktbeherrschende Stellung verneint werden sollte, ist die Prüfung der Marktmacht obsolet, da in diesem Fall kein kartellrechtsrelevantes Verhalten im Sinne von Art. 7 KG vorliegt.

B.3 Vorbehaltene Vorschriften

48. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung

begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben. Hingegen unterliegen Einfuhrbeschränkungen, die sich auf Rechte des geistigen Eigentums stützen, der Beurteilung nach diesem Gesetz (Art. 3 Abs. 2 KG).

49. Vorliegend war insbesondere zu prüfen, ob betreffend den Mobilfunk und im Speziellen betreffend die MF-Terminierung vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG bestehen, welche den Wettbewerb ausschliessen könnten.

50. Mit Schreiben vom 4. Dezember 2002 stellte SCM Anträge auf Einstellung und Sistierung der vorliegenden Untersuchung. Als Begründung wurde u.a. angeführt, dass es sich bei der MF-Terminierung um einen typischen Interkonnektionssachverhalt handle, welcher ausschliesslich durch die ComCom zu beurteilen sei. Zudem liege bei der ComCom ein entsprechendes Gesuch der Tele2 um Interkonnektion vor. Mit ähnlicher Begründung beantragte Orange am 8. Januar 2003, die Untersuchung sei einzustellen, evtl. sei das Verfahren auf die Frage der Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden und das Bestehen vorbehaltener Vorschriften im Sinne von Art. 3 KG zu beschränken. Mit mehr oder weniger übereinstimmender Begründung hat auch Sunrise die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden in Frage gestellt. Im Gegensatz zu den beiden anderen MFA hat Sunrise das Auskunftsbegehren des Sekretariats beantwortet.

51. Am 17. Februar 2003 stellte die Weko betreffend SCM und Orange mit den Zwischenverfügungen u.a. fest, dass die Weko bzw. ihr Sekretariat zur Durchführung der Untersuchung betreffend die Terminierungsgebühren im MF-Markt zuständig sei³³. Mit den Beschwerdeentscheiden vom 6. Februar 2004 wies die REKO/WEF die von SCM und Orange erhobenen Verwaltungsbeschwerden, abgesehen von der Frage der entzogenen aufschiebenden Wirkung, ab³⁴. Diese Entscheide sind in Rechtskraft erwachsen.

52. Dazu ist festzuhalten, dass in einem zwischenzeitlich ergangenen Entscheid des Bundesgerichts i.S. Elektra Baselland festgehalten wurde, dass über das Vorliegen von Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG in gewissen Fällen in einer selbstständigen

³⁰ Vgl. Art. 49, Art. 61 und Art. 62 VwVG.

³¹ WOUTER P.J. WILS, Principles of European Antitrust Enforcement, Oxford und Portland 2005, S. 159.

³² RPW 2001/2, S. 268, Rz. 79; Botschaft zu einem Kartellgesetz, BBl 1995 468 ff., S. 547f.

³³ RPW 2003/2, S. 387 ff., S. 401.

³⁴ RPW 2004/1, S. 205 ff., S. 227.

Teilverfügung zu entscheiden ist³⁵. Die Beschwerdeentscheide der REKO/WEF vom 6. Februar 2004, mit welchen die Frage des Bestehens vorbehaltener Vorschriften verneint wurde, sind diesen Ausführungen des Bundesgerichts entsprechend als Teilverfügungen zu qualifizieren.

53. Teilverfügungen entscheiden über einen Teil des Verfügungsgegenstandes und erledigen das Verfahren insoweit endgültig³⁶. Unangefochten gebliebene Teilverfügungen erwachsen in Rechtskraft³⁷. Daraus folgt, dass mit den rechtskräftigen Beschwerdeentscheiden der REKO/WEF vom 6. Februar 2004 die Frage des Vorliegens vorbehaltener Vorschriften nach Art. 3 Abs. 1 KG in diesem Verfahren bereits abschliessend geklärt wurde. Für den Fall, dass eine abschliessende Klärung der Frage der vorbehaltenen Vorschriften nach Art. 3 Abs. 1 KG nicht bereits erfolgt sein sollte, wird nachfolgend trotzdem begründet, warum vorliegend keine solchen vorbehaltenen Vorschriften bestehen.

54. Am Rande ist im Übrigen festzuhalten, dass das Bundesgericht i.S. Elektra Baselland präzisiert hat, dass über das Vorliegen von Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG nur dann in einer selbstständigen Teilverfügung zu entscheiden ist, wenn das betroffene Unternehmen das Vorhandensein solcher Vorschriften rechtzeitig, substantiiert und nicht offensichtlich unbegründet behauptet³⁸.

55. In der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den dem KG vorbehaltenen Vorschriften³⁹ wird zu Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG mit Blick auf die zitierten Gesetzesmaterialien und Lehrmeinungen u.a. Folgendes festgehalten: Für das Vorliegen einer staatlichen Markt- und Preisordnung nach Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG wird vorausgesetzt, dass es bei ihrer Schaffung tatsächlich die Absicht des Gesetzgebers war, das Wettbewerbsprinzip für den fraglichen Wirtschaftsbereich auszu-schalten. Soweit jedoch die staatliche Markt- oder Preisordnung eines wirtschaftlichen Teilbereichs für wettbewerbsfähiges Verhalten und damit die Anwendung wettbewerbsrechtlicher Kriterien Raum lässt, ist das KG anwendbar⁴⁰. In dem Sinne darf nicht jede Norm zu einer Ausschaltung des Wettbewerbsprinzips auf dem fraglichen Markt führen, sondern muss, wenn die gesetzliche Regelung noch Raum für die Anwendung wettbewerbsrechtlicher Prinzipien lässt, dieser auch ausgefüllt werden⁴¹.

56. Vorschriften, welche gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, sind solche, die den Wettbewerb in einem Wirtschaftsbereich praktisch völlig ausschliessen, wie dies bspw. bei gewissen Bestimmungen im Landwirtschaftsbereich der Fall sein kann⁴². Von einer staatlichen Markt- oder Preisordnung ist auszugehen, wenn die massgeblichen ökonomischen Parameter durch das öffentliche Recht festgelegt sind⁴³.

57. Im Folgenden wird abgeklärt, ob die fernmelderechtlichen Regulierungen der Interkonnektion als vorbehaltene Vorschriften nach Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG zu qualifizieren sind. Dazu ist vorweg festzuhalten, dass das Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG)

im Wesentlichen der Liberalisierung von Telekommunikationsdienstleistungen und der Öffnung der Telekommunikationsmärkte dient. Dementsprechend besagt der Zweckartikel des FMG, dass das Gesetz insbesondere einen wirksamen Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten ermöglichen soll (Art. 1 Abs. 2 Bst. c FMG). Eines der Hauptziele des FMG war damit eben nicht das Ausschliessen des Wettbewerbsprinzips, sondern das Schaffen von Wettbewerb im Telekommunikationsbereich. Nachdem sowohl das KG wie auch das FMG die Liberalisierung und die Förderung wirksamen Wettbewerbs zum Ziel haben, wäre es paradox anzunehmen, die Gesetzgebung betreffend die Telekommunikation solle dazu führen, eine staatliche Markt- oder Preisordnung zu begründen, welche die Anwendung des KG ausschliessen würde⁴⁴.

58. Die in Frage stehenden fernmelderechtlichen Bestimmungen zur Interkonnektion sind insbesondere die Nachstehenden: Interkonnektion bedeutet gemäss Art. 3 Bst. e FMG die Verbindung von Fernmeldeanlagen und -diensten, die ein fernmeldetechnisches und logisches Zusammenwirken der verbundenen Teile und Dienste sowie den Zugang zu Diensten Dritter ermöglicht. Aus einer aus Art. 11 Abs. 2 FMG fliessenden Verpflichtung zur Interoperabilität, mithin einem Kontrahierungszwang, ist nach der Rechtsprechung der REKO/WEF nicht das Vorliegen einer dem Kartellgesetz vorbehaltenen Vorschrift abzuleiten⁴⁵.

59. Im FMG ist Art. 11 die grundlegende Bestimmung der Interkonnektionsregulierung. Die Bestimmungen zur Interkonnektion werden in Art. 40 ff. der Verordnung über Fernmeldedienste (FDV) konkretisiert. Art. 11 Abs. 1 FMG sieht vor, dass marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten nach den Grundsätzen einer transparenten und kostenorientierten Preisgestaltung auf nicht diskriminierende Weise Interkonnektion gewähren müssen.

³⁵ Urteil 2A.492/2002 vom 17. Juni 2003, E. 5.2.3; RPW 2003/3 S. 695.

³⁶ ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Auflage Zürich 1998, S. 185, Rz. 511.

³⁷ ULRICH ZIMMERLI/WALTER KÄLIN/REGINA KIENER, *Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts*, Bern 1997, S. 47.

³⁸ Urteil 2A.492/2002 vom 17. Juni 2003, E. 5.2.3; RPW 2003/3 S. 695.

³⁹ Insbesondere BGE i.S. *Entreprises Electriques Fribourgeoises (EEF)*, BGE 129 II 497, E. 3.3.1; RPW 2003/4, S. 925.

⁴⁰ Botschaft zu einem Kartellgesetz, BBl 1995 468 ff., S. 539.

⁴¹ JÜRIG BORER, *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Zürich 2005, Rz. 2 zu Art. 3.

⁴² BENOÎT CARRON, in: *Tercier/Bovet (Hrsg.), Droit de la concurrence, Commentaire romand*, Basel 2002, Rz. 29 ff. zu Art. 3; BRUNO SCHMIDHAUSER, in: *Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Zürich 1997, Rz. 8 zu Art. 3.

⁴³ ROLF H. WEBER, in: *von Büren/David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, Bd. V/2, *Kartellrecht*, Basel 2000, S. 47.

⁴⁴ Vgl. mit weiteren Hinweisen auf die Literatur: PIERRE-ALAIN KILLIAS/CAROLINE PAQUIER, *Quelques aspects de l'interface entre droit de télécommunications et législation sur la concurrence*, in: *Le droit de télécommunications en mutation*, Bertil Cottier (Hrsg.), Fribourg 2001, S. 325.

⁴⁵ RPW 2003/4, S. 843 ff., E. 4.3.5.

60. Für die Interkonnektion gilt dabei das so genannte Verhandlungsprimat der Unternehmen. Erst wenn innert drei Monaten zwischen der zur Interkonnektion verpflichteten Anbieterin und der Anfragerin keine Einigung zustande kommt, verfügt die Kommission (ComCom) auf Antrag des Bundesamtes (Bakom) die Bedingungen nach markt- und branchenüblichen Grundsätzen (Art. 11 Abs. 3 FMG). Nur wenn sich die beteiligten Unternehmen nicht auf dem Verhandlungsweg einigen können, kann es überhaupt zu einer Verfügung der ComCom kommen. Im Rahmen eines solchen Interkonnektionsverfahrens hat das Bundesamt die Weko zu konsultieren, wenn die Frage der Marktbeherrschung zu beurteilen ist (Art. 11 Abs. 3 FMG).

61. Das Bundesgericht hat sich bereits mehrfach zur Frage des Verhältnisses von sektorspezifischen Regulierungs- und Wettbewerbsbehörden, insbesondere auch bezüglich des Zusammenspiels von KG und FMG geäußert. I.S. *Commcare vs. Swisscom* hat das Bundesgericht ausgeführt, dass auch im Fernmeldebereich das Kartell-, Wettbewerbs- und Preisüberwachungsrecht gilt. Die Interkonnektionspflicht bildet lediglich eine besondere sektorspezifische Regelung, die zur übrigen preis- und wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutritt und diese nicht ausschliesst⁴⁶. Diese Aussage des Bundesgerichts stützt sich auf die einschlägigen Lehrmeinungen⁴⁷.

62. Mit Verweis auf den *Commcare*-Entscheid hat das Bundesgericht in einem späteren Entscheid zur rundfunkrechtlichen Regulierung festgehalten, dass es bereits im Zusammenhang mit der Interkonnektionsregelung im Fernmelderecht festgestellt habe, dass eine solche sektorspezifische Regulierung zur allgemeinen preis- und wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutrete und diese nicht ausschliesse; Fernmelde- und Wettbewerbsrecht kämen parallel nach ihren jeweiligen Kriterien zur Anwendung, ohne dass das eine dem anderen vorgehe⁴⁸.

63. Spezifisch für die vorliegende Untersuchung hat zudem die REKO/WEF in ihren Beschwerdeentscheiden vom 6. Februar 2004 festgehalten, dass aus den gesetzlichen Bestimmungen [der Interkonnektion gemäss FMG] nicht auf einen Vorbehalt im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG geschlossen werden kann. Diese Vorschriften hätten nicht zum Ziel, den Wettbewerb auszuschliessen, sondern diesen zu ermöglichen⁴⁹.

64. Im Weiteren ist an dieser Stelle festzuhalten, dass Tele2 ihr die MF-Terminierung betreffendes Gesuch um Interkonnektion, welches von den betroffenen MFA zum Anlass genommen wurde, die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden zu bestreiten, mittlerweile zurückgezogen hat. Selbst wenn ein neues derartiges Gesuch hängig gemacht würde, wäre dies, wie vorstehend begründet, auch kein Grund, um die Anwendung des KG auszuschliessen.

65. In diesem Zusammenhang ist überdies zu erwähnen, dass das Bakom bzw. die ComCom, welche nach Auffassung der MFA in dieser Angelegenheit offenbar ausschliesslich zuständig sein sollen, ebenfalls die

Auffassung vertreten, dass keine Gründe gegen eine Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden und eine Anwendung des KG vorliegen.

66. Es ist zusammenfassend festzuhalten, dass aus der relativ umfassenden Rechtsprechung des Bundesgerichts⁵⁰ und dessen Vorinstanzen sowie den einschlägigen Lehrmeinungen deutlich hervorgeht, dass betreffend die MF-Terminierung keine vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG bestehen. Dies gilt insbesondere auch für die fernmelderechtliche Interkonnektionsregulierung (Art. 11 FMG), welche nicht als vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG zu qualifizieren ist.

B.4 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

67. 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.4.1 Marktbeherrschende Stellung von Orange, Sunrise und SCM?

68. 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).

69. Ein MFA wird sich von anderen Marktteilnehmern nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können, wenn er sich ausreichend starker aktueller oder potenzieller Konkurrenz gegenüber sieht. Im vorliegenden Fall ist ebenfalls zu prüfen, ob sich ein MFA anderen möglicherweise disziplinierenden Faktoren gegenüber sieht. Um dies zu prüfen, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

B.4.1.1 Der relevante Markt

B.4.1.1.1 Sachlich relevanter Markt

70. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden

⁴⁶ Urteil 2A.503/2000 vom 3. Oktober 2001, E. 6.c.

⁴⁷ Vgl. u.a. PATRIK DUCREY, *Libéralisation des télécommunications et droit de la concurrence - Application du nouveau droit suisse de la concurrence*, in: *Libéralisation des télécommunications. Concentrations d'entreprises*, Journée du droit de la concurrence 1998, Zürich 1999, S. 19 ff.; PETER FISCHER, *Die Liberalisierung des Schweizer Telekommunikationsmarktes - eine Standortbestimmung*, in: *Libéralisation des télécommunications. Concentrations d'entreprises*, Journée du droit de la concurrence 1998, Zürich 1999, S. 40; RUDOLF RENTSCH, *Deregulierung durch Wettbewerbsrecht*, Basel 2000, S. 20.

⁴⁸ Urteil 2A.142/2003 vom 5. September 2003.

⁴⁹ RPW 2004/1, S. 204 ff., E. 6.2.

⁵⁰ Insbesondere: Urteil 2A.503/2000 vom 3. Oktober 2001, E. 6.c.; Urteil 2A.142/2003 vom 5. September 2003.

(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). Zurückgegriffen werden kann dabei auf die diesbezügliche Rechtsprechung zum Kartellgesetz, insbesondere auf die Erkenntnisse aus der Untersuchung der Wettbewerbskommission zum MF-Markt⁵¹, sowie vergleichbare Analysen im Bereich Mobilfunk anderer, im Speziellen europäischer Behörden (vgl. Rz. 73 unten).

71. Der relevante Markt ist grundsätzlich aus der Optik der Marktgegenseite zu beurteilen. Die Marktgegenseite bilden im vorliegenden Fall sämtliche FDA, welche Telefoniedienstleistungen an Endkunden anbieten. Diese müssen sicherstellen, dass von jedem ihrer Anschlüsse aus auf die MF-Netze von Orange, Sunrise und SCM angerufen werden kann. Alle FDA, welche Telefoniedienstleistungen anbieten wollen, müssen daher bei Orange, Sunrise und SCM die jeweilige Terminierung "einkaufen", um eigene Dienste für ihre Kunden anbieten zu können.

72. Alle FDA, welche die Terminierung in das Netz des jeweiligen MFA nachfragen, haben bezüglich dieser Dienstleistung keine Ausweichmöglichkeiten. Gilt es Kunden eines bestimmten MFA zu erreichen, kann die Terminierung in das Netz dieses MFA nur bei diesem nachgefragt werden. Daraus folgt mit Blick auf die Kriterien der Marktabgrenzung nach Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU, dass hinsichtlich der Eigenschaften und des vorgesehenen Verwendungszwecks keine andere Dienstleistung als Substitut zur Terminierung besteht. Mangels Austauschbarkeit mit anderen Gütern ist von einem sachlich relevanten Markt auszugehen, welcher in ein MF-Netz eingehende Sprach-Fernmeldedienste, also die Terminierung in ein MF-Netz eines Anbieters, umfasst. Für den hier untersuchten Zeitraum heisst dies, dass drei sachlich relevante Märkte vorliegen, nämlich die Terminierung in das Netz von Orange, von Sunrise und von SCM.

73. Diese Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes (Wholesale-Markt für in ein MF-Netz eingehende Fernmeldedienste im Bereich der Sprachtelefonie bzw. die Terminierung von Anrufen in ein MF-Netz) entspricht der Praxis der Weko und ist international üblich. In ihrer am 3. Dezember 2001 abgeschlossenen Untersuchung zum Mobilfunkmarkt ist die Weko bereits von dieser Marktabgrenzung ausgegangen⁵². Diese Marktabgrenzung wird im Übrigen auch von der Europäischen Union (EU) im Rahmen ihrer sich auf wettbewerbsrechtliche Prinzipien stützende Ex-ante-Regulierung vorgenommen⁵³. Ein Rückgriff auf die Analysen der EU bietet sich an, da im Zusammenhang mit dem Rechtsrahmen für elektronische Kommunikation die relevanten Märkte nach wettbewerbsrechtlichen Kriterien der europäischen Behörden abgegrenzt werden. Die schweizerische Gesetzgebung und Praxis orientiert sich diesbezüglich an der Regulierung und Rechtsprechung der EU. Ferner haben verschiedene Regulierungs- bzw. Wettbewerbsbehörden in Europa die Märkte in dieser Weise abgegrenzt. Zu den Staaten, in denen die sektorspezifische Regulierungsbehörde eine entsprechende

Marktabgrenzung vorgenommen hat, gehören u.a. Grossbritannien, Irland, Schweden, Griechenland und Österreich, worauf nachfolgend zurückzukommen ist (siehe Rz. 206 unten).

74. Nachfolgend wird diese Marktabgrenzung (Wholesale-Markt für in ein MF-Netz eingehende Fernmeldedienste im Bereich der Sprachtelefonie) anhand verschiedener wettbewerbsrechtlicher Kriterien und mit Bezug auf die von den Parteien vorgebrachten Argumente zur Marktabgrenzung überprüft.

B.4.1.1.1 Ausgangspunkt Terminierung

75. Die Terminierung von Anrufen in einem Telefonnetzwerk ist eine von vielen Dienstleistungen, welche von jedem Betreiber eines Telefonnetzes mit eigenen Endkunden angeboten wird. Die Terminierung stellt sicher, dass ein Anruf zu einem ganz bestimmten Anschluss weitergeleitet wird und von dem entsprechenden Endkunden entgegengenommen werden kann. Würde nicht terminiert, könnte niemand am Telefon erreicht werden und der Telefonanschluss wäre ohne Nutzen.

76. Die Terminierung in MF-Netze ist von Gesetzes wegen zu erstellen und kann von einem MFA grundsätzlich nicht verweigert werden. Art. 11 Abs. 2 FMG hält fest, dass wer Dienste der Grundversorgung nach Art. 16 FMG anbietet, die Kommunikationsfähigkeit zwischen allen Benutzern dieser Dienste sicherstellen muss. Die Terminierung in MF-Netze bildet einen Bestandteil des öffentlichen Telefondienstes. Sie ist mithin als fernmeldetechnische Sprachübertragung in Echtzeit nach Art. 16 Abs. 1 Bst. a FMG und damit als Dienst der Grundversorgung anzusehen. Eine Verpflichtung zur Interoperabilität resp. zur Interkonnektion besteht gemäss Art. 11 Abs. 2 FMG auch dann, wenn ein Anbieter keine marktbeherrschende Stellung hat und nicht Grundversorgungskonzessionärin ist. Da die Terminierung in MF-Netze als Dienst der Grundversorgung zu qualifizieren ist, sind auch MFA zur Interoperabilität verpflichtet⁵⁴. Im Rahmen der Interkonnektion zur Sicherstellung der Interoperabilität (Art. 11 Abs. 2 FMG) besteht gestützt auf Art. 11 Abs. 3 FMG die Möglichkeit der Festlegung der Preise nach markt- und branchenüblichen Bedingungen. Demgegenüber besteht die Möglichkeit einer kostenorientierten Preisgestaltung nach Art. 11 Abs. 1 FMG nur im Falle des Vorliegens einer Marktbeherrschung.

⁵¹ RPW 2002/1, S. 97.

⁵² RPW 2002/1, S.97, Rz. 88 ff.

⁵³ Empfehlung der Kommission vom 11. Februar 2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, Marktdefinition Nummer 16. Ebenfalls CHRISTIAN KOENIG, INGO VOGELANG, KAY WINKLER, Marktregulierung im Bereich der Mobilfunkterminierung, in: K&R Beilage 6/2005, S. 1 ff.

⁵⁴ PETER FISCHER/OLIVER SIDLER, in: Informations- und Kommunikationsrecht, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band V, Rolf H. Weber (Hrsg.), S. 162.

B.4.1.1.1.2 *Eingrenzung des relevanten Marktes*

77. Ausgangspunkt für die Überprüfung der Definition der sachlich relevanten Märkte ist eine Beschreibung der Merkmale der Endkundenmärkte unter Berücksichtigung der Substitutionsmöglichkeiten auf der Angebots- und der Nachfrageseite. Damit werden die aus Sicht der Endkunden (Retail-Märkte) substituierbaren Produkte bestimmt. Nach der Definition der Endkundenmärkte sind unter Umständen die relevanten Grosskundenmärkte (Wholesale-Märkte) festzulegen. Dabei handelt es sich um Märkte für die Bereitstellung von Produkten an Unternehmen, die Endbenutzer bedienen möchten, während auf Endkundenmärkten Endkunden Dienste von den dort tätigen Unternehmen nachfragen⁵⁵. Zwischen Retail- und Wholesale-Märkten ist grundsätzlich zu differenzieren, wenn sich die Nachfrage bezüglich Eigenschaften und Verwendungszweck in erheblichem Ausmass unterscheidet⁵⁶. Die Retail-Ebene besteht vorliegend aus Endkunden (Personen), welche MF-Dienstleistungen in Anspruch nehmen. Auf der Wholesale-Ebene fragen FDA (Unternehmen) die Terminierung nach, um die Anrufe auf die entsprechenden Netzwerke für ihre eigenen Kunden sicherzustellen.

78. Nachfolgend wird zunächst in einem weiten Sinn von sämtlichen Telekommunikationsdienstleistungen ausgegangen, insbesondere unter Einschluss von Mobilfunk-, Datenübertragungs- und Festnetzdiensten. Es werden anschliessend anhand von Produkteigenschaften folgende Begriffspaare mit Bezug auf die von den Parteien geltend gemachten Argumente hinsichtlich ihrer Substituierbarkeit im Sinne von Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU einander gegenübergestellt:

- I. Telefonie/Daten
- II. Festnetz/MF-Netz
- III. Eingehende/ausgehende Dienstleistungen
- IV. Retail/Wholesale

79. Die Begriffspaare beinhalten je zwei Bereiche, welche auf eine mögliche Substituierbarkeit überprüft werden. Im Folgenden wird jedes Begriffspaar in einem eigenen Kapitel einzeln untersucht. Dabei wird insbesondere zu prüfen sein, ob gewisse Technologien aus dem relevanten Markt ausgeschlossen werden können.

I. Telefonie/Daten

80. SCM macht in ihren Stellungnahmen vom 25. Juli 2005, vom 22. Mai 2006 und vom 15. Dezember 2006 geltend, die Trennung von Sprach- und Datenübertragung sei künstlich, da diese Unterscheidung vernachlässige, dass nicht in allen Fällen entscheidend sei, dass eine Information sofort übermittelt und vom Empfänger zeitgleich empfangen werden könne. Sunrise macht diesbezüglich in ihrer Eingabe vom 25. Juli 2005 geltend, dass die Grenzen zwischen dem Telefonieren und dem Transfer von Daten bereits heute verwischt und in wenigen Jahren nicht mehr erkennbar seien. Die Schlussfolgerung, dass für das Telefonieren ein eigenständiger Markt ausgeschlossen

werden könne, sei deshalb weder substantiier- noch haltbar.

81. Telefonieren ist Sprachkommunikation in Echtzeit über eine Distanz. Dazu können verschiedene Technologien zur Anwendung gelangen. Zu den wichtigsten gehören die Festnetze, die MF-Netze und das Internet (sog. VoIP). Beim Transfer von Daten werden Informationen über eine Leitung von einem Endgerät auf ein anderes übertragen. Dazu ist es nicht notwendig, dass die Empfängerperson anwesend ist. Es muss nicht einmal das empfangende Gerät eingeschaltet sein. In einem solchen Fall werden die Daten zwischengespeichert, bis das Endgerät wieder empfangsbereit ist. Zu den gängigen Möglichkeiten, Daten zu übermitteln gehören E-Mails, SMS, MMS, Fax und Ähnliches. Vorliegend stellt sich insbesondere die Frage, ob der Transfer von Daten ein geeignetes Substitut zu einem Telefonat in Echtzeit darstellen kann.

82. SCM vertritt in ihrer Stellungnahme vom 25. Juli 2005 die Auffassung, dass Substitutionsmöglichkeiten durch alternative Kommunikationsmittel bestünden, weshalb der sachlich relevante Markt deutlich weiter gefasst werden müsse. Alternative Kommunikationsmittel seien z.B. Instant Messaging, Weblogs, E-Mail, Mobile Chat und SMS.

83. Ob ein Anruf mit einem SMS oder E-Mail substituiert werden kann, hängt von der zu übermittelnden Information und der aktuellen Situation der beteiligten Personen ab. Eine Information wie die Ankunftszeit an einem Treffpunkt kann durchaus über ein SMS erfolgen. Sind hingegen z.B. noch der genaue Treffpunkt selbst oder die Ziele eines Treffens zu bestimmen, ist ein Anruf zweckmässiger, womit weder SMS noch E-Mail als Substitute in Frage kommen. Gewisse Informationen lassen sich hingegen nur mit Hilfe von E-Mails, MMS oder SMS transferieren. Dazu gehören bspw. Bilder oder andere elektronische Dokumente.

84. So hat jede technische Möglichkeit, Informationen auszutauschen, verschiedene besondere Eigenschaften. Klar ist jedoch, dass es für einen Benutzer einen erheblichen Unterschied macht, ob er angerufen wird, oder ob er Daten erhält. Daten müssen nicht sofort gelesen werden, sie können zu einem späteren Zeitpunkt eingesehen werden und können über längere Zeit gespeichert werden. Ein Anruf muss jedoch sofort, wenn das Telefon klingelt, entgegengenommen werden, soll ein Gespräch zustande kommen. Zu einem späteren Zeitpunkt kann nur dann zurückgerufen werden, wenn sich der Anrufende durch Bekanntgabe seiner Nummer zu erkennen gibt.

85. Auch wenn eine Preiserhöhung im Bereich des Telefonierens die Nachfrage nach Telefonieren verringern würde, so würde dies nur zu einem geringen

⁵⁵ Empfehlung der Kommission der europäischen Gemeinschaften über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG, ABl. L 114 vom 8. Mai 2003, S. 45 ff.

⁵⁶ RPW 2002/1, S. 118 f.

Teil zu einer Erhöhung des Datenaufkommens führen. Es würde lediglich weniger telefoniert, da die Nachfrage mit steigendem Preis fällt.

86. Aufgrund der grundsätzlich unterschiedlichen Eigenschaften des Telefonierens als Sprachkommunikation gegenüber den verschiedenen Möglichkeiten des Transfers von Daten kann für das Telefonieren ein eigenständiger Markt ausgedehnt werden.

II. Festnetz/MF-Netz

87. SCM macht in ihren Stellungnahmen vom 25. Juli 2005, vom 22. Mai 2006 und vom 15. Dezember 2006 geltend, dass mobile und fixe Telefonie zugleich Komplemente und Substitute seien, wobei die Substitutionsbeziehungen zunehmen würden. Ausgehend von der reinen Sprachtelefonie (ohne Daten), stellt sich die Frage, ob das Telefonieren mittels Mobiltelefon durch das Telefonieren über das Festnetz substituiert werden kann. In ihrer Eingabe vom 9. März 2004 schreibt SCM jedoch: "... Wie bereits in der vorangegangenen Untersuchung ... herausgearbeitet wurde, sind Preise generell nie das ausschlaggebende Argument ... Es erstaunt deshalb nicht, dass demgegenüber ein sehr wichtiges Argument für die Wahl eines bestimmten MFA die Netzabdeckung, d.h. die Netzqualität ist. Sie macht ja den Mehrwert gegenüber dem Festnetz aus, da sie die ständige Erreichbarkeit garantiert. Daher entscheiden sich trotz höherer Preise denn auch sehr viele Kunden für die Swisscom Mobile ...". Damit erläutert SCM den Mehrwert der Mobiltelefonie gegenüber dem Festnetz und stützt selber die Unterscheidung zwischen Fest- und MF-Netz.

88. Sunrise widerspricht in ihrer Eingabe vom 25. Juli 2005 ebenfalls den Folgerungen, wonach die Eigenschaften des Telefonierens mittels Mobiltelefon und Festnetz derart verschieden und vor allem überhaupt zu unterscheiden wären, als dass für das Telefonieren über ein Mobiltelefon ein eigenständiger Markt ausgedehnt werden könnte.

89. Im Falle einer Person, welche sich z.B. in einem Büro befindet und sowohl über einen Festnetz- als auch über einen MF-Anschluss verfügt, kann ein Anruf auf das Mobiltelefon durch einen Anruf auf einen Festnetzanschluss ersetzt werden, solange die Person anwesend ist. Wenn sich die entsprechende Person am Arbeitsplatz befindet, kann sie telefonisch erreicht werden und jederzeit selbst einen Anruf tätigen. Diesbezüglich drängt sich die Frage auf, warum die betreffende Person in dieser Situation überhaupt ein Mobiltelefon besitzt. Dies insbesondere im Hinblick auf die wesentlich höheren Tarife im Bereich Mobilfunk, verglichen mit denjenigen im Festnetz. Das Mobiltelefon stiftet folglich selbst einem Büroangestellten, welcher in der Regel Zugriff auf einen Festnetzanschluss hat, zusätzlichen Nutzen (z.B. Erreichbarkeit ausserhalb seines Arbeitsplatzes), welcher nicht durch den vergleichsweise günstigeren Festnetzanschluss erzielt werden kann. Für Personen, welche sich nicht mehrheitlich in der Nähe eines Festnetzanschlusses aufhalten und auf Kommunikation

angewiesen sind, ist ein MF-Anschluss häufig notwendig.

90. Ein MF-Anschluss erwirbt sich derjenige, welcher
- erstens die Möglichkeit haben will, jemanden anrufen zu können, wann und wo immer er will, und
 - zweitens telefonisch erreichbar sein möchte, wann und wo immer er will.

Dies sind die beiden Eigenschaften, welche einen MF-Anschluss in Bezug auf das Telefonieren fundamental von einem Festnetzanschluss unterscheiden. Sunrise unterstützt diese Sichtweise in ihrer Stellungnahme vom 25. Juli 2005 explizit.

91. Ein weiterer wichtiger Unterschied besteht darin, dass ein MF-Anschluss personenbezogen ist, während ein Festnetzanschluss auf einen Ort bezogen ist. Über einen MF-Anschluss wird in der Regel direkt die Zielperson erreicht. Bei einem Festnetzanschluss ist möglicherweise die Adresse oder der Ort bekannt, wo sich der Anschluss befindet; ob die Zielperson über diesen Anschluss erreicht werden kann, ist davon abhängig, ob die Person sich bei dem entsprechenden Festnetzanschluss aufhält oder nicht. Ferner ist beim Anruf auf einen Festnetzanschluss häufig nicht bekannt, wer den Anruf entgegennimmt, während ein Anruf auf ein Mobiltelefon fast ausschliesslich vom Inhaber der Nummer entgegengenommen wird.

92. Es ist daher nicht davon auszugehen, dass der MF-Anschluss im Allgemeinen durch einen Festnetzanschluss substituiert werden kann. Der Grund, warum in der Schweiz im Bereich Mobilfunk eine Marktdurchdringung von 91,6%⁵⁷ Realität geworden ist, obwohl fast jeder Haushalt und jedes Büro über mindestens einen Festnetzanschluss verfügt, kann nur darin bestehen, dass ein MF-Anschluss eben nicht durch einen Festnetzanschluss substituiert werden kann. Aufgrund der unterschiedlichen Eigenschaften ist davon auszugehen, dass der Mobilfunk nicht durch das Festnetz substituiert werden kann.

93. Es kann in diesem Zusammenhang von einer asymmetrischen Substitution gesprochen werden. Das Festnetz kann von einem Mobiltelefon in gewissen Fällen substituiert werden, jedoch nicht umgekehrt. Dies eben weil das Mobiltelefon überall hin mitgenommen werden kann. Wenn das Telefonieren mit dem Mobiltelefon gleich viel kosten würde wie das Telefonieren mit einem Festnetzanschluss, so würde wahrscheinlich mit dem Mobiltelefon deutlich mehr telefoniert werden als heute mit dem Festnetz. Diese Aussage wird auch von der Fernmeldestatistik des Bakom bestätigt. Daraus geht hervor, dass im Jahr 2004 ein durchschnittlicher Festnetzanruf 3.39 Minuten (im Jahr 2005: 3.38), ein Anruf mit dem MF-Telefon hingegen nur gerade 1.51 Minuten (im Jahr 2005: 1.56) dauerte⁵⁸. Die deutlich kürzere Dauer

⁵⁷ Fernmeldestatistik 2005, S. 35, www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00744/00746.

⁵⁸ Fernmeldestatistik 2005, S. 40 www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00744/00746.

zeigt, dass die beiden Technologien verschieden zum Einsatz gelangen: mit einem MF-Anruf wird unterwegs nur das Nötigste mitgeteilt, längere Gespräche erfolgen in der Regel über den günstigeren Festnetzanschluss.

94. Eine Preiserhöhung im Bereich des Telefonierens mit einem Mobiltelefon würde die Nachfrage nach mobilem Telefonieren verringern, aber dies würde nur zu einem geringen Teil zu einer Substitution durch das Festnetz und damit zu einer Zunahme des Telefonierens über einen Festnetzanschluss führen. Voraussichtlich würde lediglich weniger mit Mobiltelefonen telefoniert. Die deutlich höheren Preise im Bereich Mobilfunk und die Bereitschaft vieler Endkunden, diese trotz vorhandenen Festnetzanschlusses auch zu bezahlen, ist ein Indiz dafür, dass ein Festnetzanschluss nicht als Substitut für einen MF-Anschluss angesehen werden kann.

95. An dieser Stelle ist darauf zurückzukommen, dass SCM in ihrer Stellungnahme vom 25. Juli 2005 auch geltend macht, dass Substitutionsmöglichkeiten durch alternative Kommunikationsmittel bestünden, weshalb der sachlich relevante Markt deutlich weiter gefasst werden müsse. Alternative Kommunikationsmittel seien z.B. VoIP-Dienste (z.B. Skype) oder Dual Mode Telefone (z.B. Telefonieren über WLAN Hotspots an öffentlichen Orten). Hierzu ist zu erwähnen, dass VoIP-Dienste wie z.B. Skype in aller Regel von einem breitbandfähigen Festnetzanschluss aus getätigt werden, weshalb solche mit Blick auf die vorstehenden Ausführungen nicht als Substitute in Frage kommen. Sollten VoIP-Dienste ausnahmsweise über einen WLAN Hotspot angeboten werden, kann dies ebenfalls nicht als Substitut zum MF-Netz angesehen werden, da die Abdeckung mit WLAN nur punktuell ist und die Verbindungsqualität gering ist.

96. Aufgrund der grundsätzlich unterschiedlichen Eigenschaften des Telefonierens mittels Mobiltelefon und Festnetz ist für das Telefonieren über ein Mobiltelefon im Rahmen der Marktabgrenzung nach Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU ein eigenständiger Markt auszuscheiden.

III. Eingehende/ausgehende Dienstleistungen

97. SCM macht in ihren Stellungnahmen vom 25. Juli 2005, vom 22. Mai 2006 und vom 15. Dezember 2006 geltend, dass die Trennung von in ein Netz eingehende und aus einem Netz abgehende Anrufe als zwei separate Märkte künstlich sei.

98. Wie in Rz. 90 oben erläutert, gibt es zwei wichtige Gründe über ein Mobiltelefon zu verfügen: erstens die Erreichbarkeit und zweitens die Möglichkeit, jemanden anzurufen. Diese beiden Dienstleistungen sind von der Art und vom Preis her sehr unterschiedlich.

99. In der Schweiz wie auch in sämtlichen anderen europäischen Staaten gilt das so genannte cpp-Prinzip (calling party pays). Dies bedeutet, dass nur derjenige, welcher einen Anruf durch die Wahl einer Nummer auslöst, etwas bezahlt. Wenn also ein MF-Abonnent einen Anruf erhält, muss er nichts bezah-

len. Jemanden anzurufen ist also relativ teuer, wohingegen angerufen zu werden, im Normalfall kostenlos ist. Eine Ausnahme bildet der Spezialfall, in welchem der betreffende Abonnent sich im Ausland befindet. Dann kommen international die so genannten Roaming-Gebühren zum Tragen, bei denen auch der Angerufene z.T. hohe Minutentartife bezahlt.

100. Bei gewissen Anrufen kann davon ausgegangen werden, dass die Richtung, in die der Anruf getätigt wird, und damit, wer die Verbindung bezahlt, weniger von Bedeutung ist. Beide Richtungen könnten in diesem Spezialfall als Substitute betrachtet werden. Wenn jemand mit einem Bekannten ein längeres Gespräch führt, so ist es häufig unerheblich, wer wen angerufen hat. Wenn zu einem bestimmten Zeitpunkt das Bedürfnis nach Kommunikation von beiden Seiten vorhanden ist, so kann es im Einzelfall Zufall sein, wer wen anruft. Jedoch spielt es schlussendlich doch eine Rolle, wer die Rechnung erhält. In der Mehrheit der Fälle dürfte die Initiative für den Anruf von einer Seite aus gehen, so dass zwischen Anrufen und Angerufenwerden unterschieden werden muss.

101. Wird ein Anruf vom Festnetz auf ein Mobiltelefon (F2M-Anruf) mit dem entsprechenden Anruf vom Mobiltelefon aufs Festnetz (M2F-Anruf) verglichen, so ist zu berücksichtigen, dass faktisch beide Preise von einem Unternehmen festgelegt werden, nämlich vom MFA. Dieser legt den Retail-Preis für seine M2F (bzw. M2M) und gleichzeitig auch die Terminierungsgebühr fest. Da Letztere für den Festnetzanbieter der grösste Kostenfaktor ist, hat dieser sehr wenig Spielraum in der Wahl seines Retail-Preises für F2M-Anrufe, da er in aller Regel die Terminierungsgebühr und seine eigene Kosten dem Endkunden in Rechnung stellt. So hat es der MFA in der Hand, ob er grosse oder kleine Preisunterschiede zwischen den in sein MF-Netz ein- und ausgehenden Anrufen haben will. Würde der Unterschied sehr gross, so könnte davon ausgegangen werden, dass mehr so genannte Lockvogelanrufe oder SMS mit dem Inhalt "ruf mich an" erfolgen würden.

102. In Bezug auf eingehende Fernmeldedienste ist zudem die Wholesale-Ebene zu erwähnen. Damit ein MF-Kunde angerufen werden kann, müssen die FDA die Terminierung bei dem entsprechenden MFA kaufen. In ein MF-Netz eingehende Anrufe werden von FDA als Marktgegenseite auf der Wholesale-Ebene nachgefragt, um auf ihren Festnetzanschlüssen die F2M-Anrufe sicherzustellen. Technisch gesehen handelt es sich aus Sicht eines FDA bei der Terminierung um eine eigenständige Dienstleistung mit bestimmten Eigenschaften, welche nicht durch andere Dienstleistungen ersetzt werden kann. Wenn ein FDA Telefonedienstleistungen anbieten möchte, so ist er darauf angewiesen, bei allen MFA der Schweiz die Terminierung zu kaufen, damit seine Kunden jedes MF-Netz erreichen können. So entsteht für den MF-Kunden der zusätzliche Nutzen, dass er angerufen werden kann und folglich erreichbar ist, was als zusätzliche und eigenständige Dienstleistung des MFA anzusehen ist. Anrufe, die von einem MF-Anschluss ausgehen, werden auf der Retail-Ebene von MF-

Endkunden nachgefragt, die mit ihrem Mobiltelefon eine andere Person erreichen möchten.

103. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass es mit so genannten Pagern Geräte gibt, welche nur in der Lage sind, anzuzeigen, dass jemand versucht hat anzurufen. Jedes Mobiltelefon ist im Prinzip gleichzeitig auch ein Pager, verfügt aber zudem über eine Vielzahl weiterer Eigenschaften und Gebrauchsmöglichkeiten. Es kann auch davon ausgegangen werden, dass es viele MF-Kunden gibt, welche ihr Mobiltelefon lediglich für die eine oder andere Funktion einsetzen. Die Existenz von Geräten wie Pagern und auch die Nachfrage nach einzelnen Diensten zeigt, dass auch einzelne Dienstleistungen, welche ein Mobiltelefon erfüllt, als eigenständige Märkte betrachtet werden können⁵⁹.

104. Mit Blick auf die vorstehenden Ausführungen sind die von SCM eingebrachten Einwände nicht zu hören. Da ein- und ausgehende MF-Dienstleistungen von der Art, Technik und von den Preisen her verschieden sind und die Dienstleistungen auch heute noch getrennt nachgefragt werden, rechtfertigt sich auch eine Unterscheidung im Rahmen der Marktabgrenzung.

IV. Retail/Wholesale

105. SCM macht in ihren Stellungnahmen vom 25. Juli 2005, vom 22. Mai 2006 und vom 15. Dezember 2006 geltend, dass die Unterscheidung zwischen Wholesale und Retail unklar sei, da sich die Unterscheidung nicht auf die gleichen Produkte oder Leistungen beziehe. Zudem führt SCM aus, dass die Terminierung nur eine unabdingbare Vorleistung sei, die von keinem Endkunden separat nachgefragt werde. Terminierung könne deshalb gar keinen eigenen sachlich relevanten Markt bilden. Orange macht mit Stellungnahme vom 25. Juli 2005 geltend, dass die Terminierung keinen eigenständigen Markt darstelle. Die Retail- und Wholesale-Bereiche im Mobilfunk könnten nicht getrennt werden.

106. Eine Differenzierung zwischen Wholesale- und Retail-Märkten ist wettbewerbsrechtlich vorzunehmen, wenn sich die Nachfrage beider Nachfragegruppen in wesentlichem Ausmass voneinander unterscheidet und es für ein auf einer Marktstufe tätiges Unternehmen wegen hoher Marktzutrittsschranken nicht möglich ist, in die andere Marktstufe einzutreten. Beide Bedingungen sind im vorliegenden Fall erfüllt. Marktzutrittsschranken ergeben sich einerseits durch die beschränkte Anzahl MF-Konzessionen und den darin enthaltenen Auflagen, andererseits durch die enormen Investitionen, welche von den MFA in die Netzinfrastruktur getätigt werden müssen.

107. Den MFA stehen zwei verschiedene Gruppen von Nachfragern gegenüber. Dabei handelt es sich einerseits um Endkunden und andererseits um FDA. FDA fragen bei den MFA auf der Wholesale-Ebene Dienste nach, um ihren Endkunden Retail-Dienste anbieten zu können. Endkunden beziehen auf Retail-Ebene Fernmeldedienste unmittelbar von den FDA. Bezüglich der Marktabgrenzung ist damit von zwei verschiede-

nen Marktgeenseiten auszugehen. Die Nachfrage dieser beiden Gruppen unterscheidet sich bezüglich Eigenschaften und Verwendungszweck in erheblichem Masse, so dass zwischen relevanten Märkten im Wiederverkaufs- (Wholesale) und im Endkundenbereich (Retail) zu unterscheiden ist. Mithin ergibt sich die Unterscheidung zwischen Retail- und Wholesale durch die Bezugnahme auf die Marktgeenseite im Sinne von Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU. Marktgeenseite, welche die Terminierung nachfragt, sind vorliegend die FDA, weshalb üblicherweise auch der Begriff Wholesale verwendet wird.

108. Entscheidend ist damit vorliegend, dass die Terminierung nicht direkt von Endkunden, sondern von anderen FDA nachgefragt wird. Diese FDA stellen damit die bei der Marktabgrenzung zu berücksichtigende Marktgeenseite dar. Damit unterscheidet sich im Sinne der Rechtsprechung der REKO/WEF die Nachfrage auf dem Retail- und dem Wholesale-Markt, weshalb die Abgrenzung eines entsprechenden Wholesale-Marktes vorzunehmen ist⁶⁰. Dieselbe Marktabgrenzung nahm die Weko im Übrigen bereits in ihrer Verfügung vom 3. Dezember 2001 betreffend den Mobilfunkmarkt vor⁶¹. Es ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass die MFA ebenfalls die Terminierung der jeweils anderen MFA nachfragen und daher ebenfalls als Teil der Marktgeenseite anzusehen sind.

B.4.1.1.1.3 Drei Wholesale-Märkte

109. Die Analyse der vier Begriffspaare hat gezeigt, dass ausgehend von Telekommunikationsdienstleistungen die verschiedenen geprüften Arten von Dienstleistungen aufgrund ihrer Eigenschaften und ihres Verwendungszwecks nicht in den relevanten Markt einbezogen werden können. Dies betrifft das Übermitteln von Daten, das Telefonieren übers Festnetz, die Retail-Märkte im Bereich Mobilfunk und aus einem MF-Netz ausgehende Fernmeldedienste. Die vorstehende Analyse hat ergeben, dass die Terminierung in ein MF-Netz durch keine anderen Dienstleistungen ersetzt werden kann.

110. Im Folgenden ist zu prüfen, ob diesbezüglich mehrere Terminierungsmärkte abzugrenzen sind. In diesem Zusammenhang sind zwei Überlegungen von Bedeutung:

(1) Ein FDA, der Telefondienstleistungen in der Schweiz anbieten will, muss alle Terminierungen (insbesondere diejenige von Orange, Sunrise und SCM) einkaufen, damit Verbindungen in alle drei MF-Netze sichergestellt werden können.

(2) Die Terminierung kann nur von demjenigen MFA sichergestellt werden, für welchen sich der Angerufene zu einem früheren Zeitpunkt entschieden hat.

⁵⁹ Sunrise stützt diese Argumentation in ihrer Stellungnahme vom 25. Juli 2005 ebenfalls und erwähnt explizit den Nutzen von Pagern und beschreibt "anrufen" und "angerufen werden" als zwei verschiedene Dienstleistungen.

⁶⁰ RPW 2005/3, S. 505, E. 5.2.

⁶¹ RPW 2002/1, S. 97, Rz. 103.

Diese beiden Tatsachen deuten darauf hin, dass jedes MF-Netz als eigenständiger Markt betrachtet werden muss.

111. Zudem wurde in der Verfügung der Weko vom 3. Dezember 2001 über den MF-Markt ebenfalls diese Marktabgrenzung vorgenommen⁶². Es ist jedoch zu betonen, dass die Wholesale-Märkte in der damaligen Untersuchung nicht vertieft überprüft wurden, da der Schwerpunkt der Untersuchung auf den Retail-Märkten lag. In vorliegender Untersuchung werden hingegen die Wholesale-Märkte analysiert.

112. Auszugehen ist aufgrund der vorstehenden Analysen von drei Wholesale-Märkten für in die MF-Netze von Orange, Sunrise und SCM eingehende Fernmeldedienste bzw. für die Terminierung von Anrufen in den MF-Netzen von Orange, Sunrise und SCM im Bereich der Sprachtelefonie.

113. Nachfolgend wird zudem eine ausführliche Analyse der entsprechenden Marktabgrenzung vorgenommen. Es wird mit Bezug auf die erhobenen Daten überprüft, ob für jeden einzelnen MFA ein eigenständiger Markt zu unterscheiden ist. In diesem Zusammenhang werden angebotsseitige und nachfrage-seitige Substitutionsmöglichkeiten analysiert.

I. Nachfrageseitige Substitutionsmöglichkeiten

114. Als nachfrageseitige Substitutionsmöglichkeit für MF-Kunden auf der Retail-Ebene werden verschiedene Techniken genannt. Zunächst wird das Festnetz als Alternative bezeichnet, da fast jeder MF-Kunde auch über einen Festnetzanschluss verfügt. Weiter nennen die MFA Datenservices wie SMS, MMS, Fax, E-Mails und Pager. Schliesslich werden noch so genannte Lockanrufe, eine Nachricht auf die Voice-Mail mit der Bitte um Rückruf, erwähnt. Ferner werden auch GSM-Gateways und Reversed Billing als Alternativen speziell für Geschäftskunden aufgeführt. Weiter wird die langfristige Möglichkeit genannt, den Anbieter zu wechseln, um von tieferen so genannten on-net-Tarifen (Tarife innerhalb desselben Netzwerks) zu profitieren.

115. Der Umstand, dass ein Mobiltelefon in vielen Situationen nicht durch eine andere Technologie ersetzt werden kann, erklärt, warum die MF-Penetration derart gestiegen ist. Aufgrund der vorangegangenen Analyse (insbesondere in Kapitel B.4.1.1.1.2 oben) ist davon auszugehen, dass es aus der Sicht der Endkunden keine hinreichenden Substitutionsmöglichkeiten gibt, welche ein Mobiltelefon ersetzen könnten, sodass die Terminierungsgebühr nachfrage-seitig auf Retail-Ebene umgangen werden könnte.

116. Es ist in diesem Zusammenhang fraglich, ob ein Nachfrager nach MF-Dienstleistungen überhaupt ein Interesse daran hat, seine eigene Terminierungsgebühr zu umgehen. Dies ist stark zu bezweifeln, denn erstens bezahlen die MF-Kunden die Terminierungsgebühren nicht selber. Zweitens machten die Festnetzbetreiber bis zum 31. Mai 2005 einen Mischpreis für Anrufe in die drei MF-Netze, denn der Preis eines Festnetzanbieters war gleich, unabhängig davon, in

welches MF-Netz angerufen wurde. Es bestand daher kaum ein Interesse des MF-Kunden, aufgrund einer hohen Terminierungsgebühr den MFA zu wechseln. Wenn sich jedoch ein Festnetzanrufer nicht dafür interessiert, auf welches MF-Netz er anruft, da Anrufe auf alle drei MF-Netze gleich viel kosten, kann auch kein Anreiz bestehen, den MFA zu wechseln.

117. Selbst in dem speziellen Fall, wo ein Festnetzkunde und der angerufene MF-Kunde beide Rechnungen bei derselben FDA bezahlt, kann nicht von einem solchen Anreiz ausgegangen werden. In der Regel kann ein solcher Mehrfachkunde von geringeren on-net-Tarifen oder speziellen Firmen- oder Familienangeboten profitieren, wenn er beide Anschlüsse bei der gleichen FDA hat. Diese tiefen Tarife haben jedoch keinen Zusammenhang mit der Terminierungsgebühr des MFA, denn es kommen einzig die tiefen on-net-Retail-Tarife zur Anwendung, die in einige Preisplänen z.T. deutlich unter den Terminierungsgebühren liegen⁶³. Dieser spezielle Fall kommt bei den wenigsten Kunden vor. Dies zeigen die Antworten des Fragebogens vom 29. November 2002. Daraus geht hervor, dass durchschnittlich nur etwa zwei Prozent aller MF-Kunden mehr als eine Mobiltelefonrechnung bezahlen. Weit mehr MF-Kunden werden neben dem MF-Anschluss noch einen Festnetzanschluss behalten. Doch auch hier bietet die Höhe der Terminierungsgebühr keinen Anreiz, den Anbieter zu wechseln, solange die Retail-Tarife für alle drei MFA gleich sind. Es ist nur entscheidend, wie hoch die durchschnittlichen Terminierungsgebühren aller Anbieter sind.

118. Es ist auch bei diesen Sonderfällen, in denen mehrere Anschlüsse von der gleichen Person bezahlt werden, nicht davon auszugehen, dass eine tiefere Terminierungsgebühr dazu führen würde, dass aufgrund eines allfälligen Wettbewerbsdrucks mehr Kunden den MFA wechseln würden.

119. Auf die Frage, welche Eigenschaften bei der Wahl eines MFA besonders wichtig seien, schreibt Sunrise: "Die Terminierungsgebühr ins eigene Netz per se kann kein entscheidungsbeeinflussender Faktor für einen Retail-Kaufentscheid sein...". Auch Orange misst der Terminierungsgebühr nur geringe Wichtigkeit bei und schreibt zusätzlich: "Die genaue Höhe der eigentlichen Terminierungsgebühr eines bestimmten Netzwerkes ist [...] meist nur den Wholesale-Kunden (d.h. den anderen FDA) bekannt ...". SCM verweigerte zunächst eine Antwort und schrieb später trotzdem: "Den Endkunden kann der Preis für die eigentliche MT [Terminierungsgebühr] gar nicht interessieren, weil er ihn nicht kennen kann; er wird ihm von seinem FNA [Festnetzanbieter] nicht bekannt gegeben ... Wie bereits in der vorangegangenen Untersuchung ... herausgearbeitet wurde, sind Preise generell nie das ausschlaggebende Argument ... Es erstaunt deshalb nicht, dass demgegenüber ein sehr

⁶² RPW 2002/1, S. 97, Rz. 103.

⁶³ Vgl. Tabelle B-4 und Kapitel B.4.2.1.1.1.

wichtiges Argument für die Wahl eines bestimmten MFA die Netzabdeckung, d.h. die Netzqualität ist. Sie macht ja den Mehrwert gegenüber dem Festnetz aus, da sie die ständige Erreichbarkeit garantiert. Daher entscheiden sich trotz höherer Preise denn auch sehr viele Kunden für die Swisscom Mobile ...".

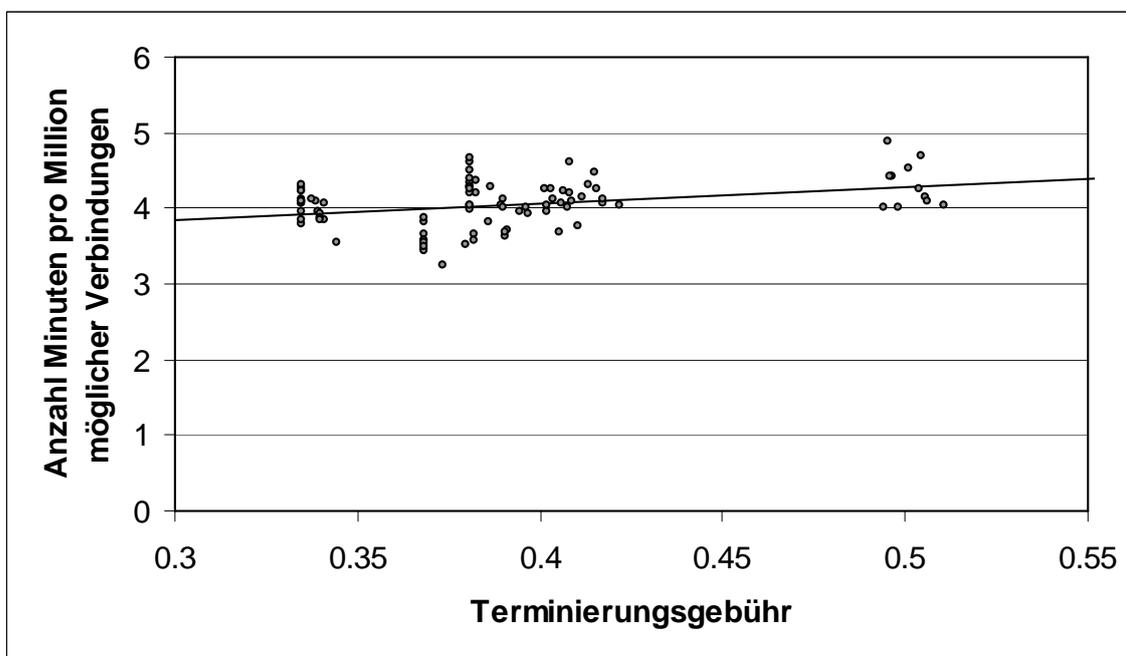
120. Diese Aussagen offenbaren, dass sich die MFA einig und bewusst sind, dass die eigentliche Terminierungsgebühr bei der Wahl eines MFA keine grosse Rolle spielt und dass sie folglich praktisch keinen Einfluss auf die Nachfrage nach MF-Dienstleistungen hat.

121. Analysen von Datenreihen der drei MFA⁶⁴ haben ein ähnliches Bild ergeben. Üblicherweise führt eine Senkung des Preises (hier der Terminierungsgebühr) zu einer Erhöhung der Menge und umgekehrt. Dies bedeutet grafisch, dass die Kurve mit steigendem Preis fällt. Wenn also ein MFA seine Terminierungsgebühr senkt (Wholesale-Ebene), sollten entweder

seine MF-Kunden mehr angerufen werden (Wholesale- und Retail-Ebene) oder sein Marktanteil sollte steigen (Retail-Ebene). Es wurden daher zwei Arten von Kurven erstellt, um einen Zusammenhang zwischen der Höhe der Terminierungsgebühren und der Nachfrage nach MF-Dienstleistungen zu finden. Mit Hilfe der erhobenen Daten konnte ein solcher Zusammenhang jedoch nicht gefunden werden.

122. In Abbildung B-1 wurde der Effekt von Differenzen der Terminierungsgebühren aller drei Anbieter auf deren Anzahl Minuten analysiert. Dazu wurden die Anzahl telefonierter Minuten unter den MFA aus der Zeit von Januar 2001 bis Dezember 2003 verwendet. Aufgrund des hohen Wachstums im Bereich Mobilfunk wurden die Anzahl Minuten zwischen zwei MFA durch die Anzahl Anschlüsse der jeweiligen MFA im jeweiligen Monat dividiert. Dies ergibt die Anzahl Minuten pro möglicher Verbindung unter zwei MFA in Millionstel Minuten.

Abbildung B-1: Einfluss der Terminierungsgebühren auf die Anzahl Minuten pro Verbindung



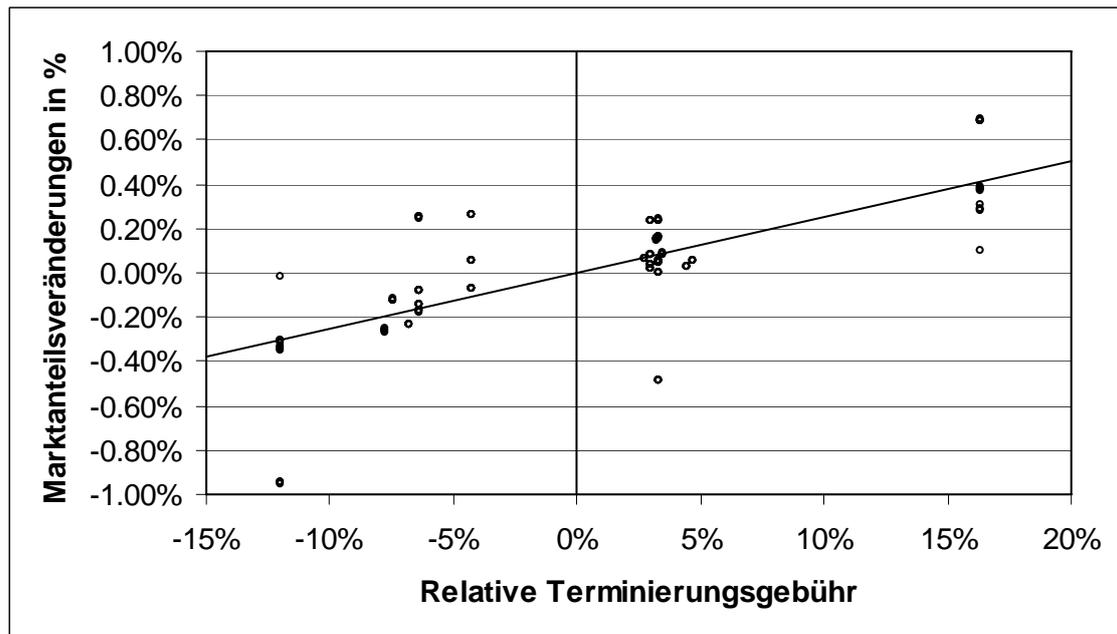
123. Abbildung B-1 zeigt, dass es keinen Zusammenhang zwischen Terminierungsgebühr (auf der Wholesale-Ebene) und Anzahl Minuten (auf der Retail-Ebene) gibt. Normalerweise würde eine Preissenkung zu mehr, eine Preiserhöhung zu weniger umgesetzten Minuten führen. Abbildung B-1 zeigt jedoch genau das Gegenteil, nämlich eine leicht positive Tendenz. Die dargestellte Kurve reagiert offenbar nicht wie erwartet auf Änderungen der Terminierungsgebühren. Es ist daher davon auszugehen, dass die Höhe der Terminierungsgebühren eines MFA keinen direkten Einfluss auf die Anzahl Minuten, welche auf dasselbe MF-Netz getätigt werden, aufweist.

124. In Abbildung B-2 wurde der Effekt von Differenzen der Terminierungsgebühren aller drei Anbieter auf deren Marktanteile analysiert. Dazu wurden die Marktanteile (auf Basis der Anzahl Kunden) in Beziehung zu den relativen Terminierungsgebühren gra-

fisch dargestellt. Die relative Terminierungsgebühr ergibt sich aus der absoluten Terminierungsgebühr dividiert durch die durchschnittliche Terminierungsgebühr. Dies ist vorliegend sinnvoll, weil nicht die absolute Höhe der Terminierungsgebühr für die Marktanteilsentwicklung entscheidend ist, sondern nur um wie viel die Terminierungsgebühr eines MFA von jener der anderen MFA abweicht. In einem wachsenden Markt ist zu erwarten, dass ein MFA, welches tiefere Preise hat, mehr neue Kunden anzieht als einer mit höheren Preisen.

⁶⁴ Anzahl Anrufe und Minuten auf monatlicher Basis im Zusammenhang mit den verschiedenen Terminierungsgebühren und deren Änderungen. Sämtliche nachfolgenden Berechnungen basieren auf Antworten der Fragebogen, welche das Sekretariat in elektronischer Form erhielt.

Abbildung B-2: Einfluss der Terminierungsgebühren auf die Marktanteilsentwicklung



125. Abbildung B-2 zeigt jedoch, dass eine leicht positive Tendenz zwischen der relativen Terminierungsgebühr und der Marktanteilsentwicklung besteht. D.h., dass ein MFA, der seine Terminierungsgebühr erhöht, zusätzliche Abonnenten gewinnt im Vergleich zu seinen beiden Konkurrenten. Dieses Resultat erstaunt nicht, da mit der Höhe der eigenen Terminierungsgebühr die Kosten der Konkurrenten festgelegt werden. Erhöht MFA 1 seine Terminierungsgebühr, so wird MFA 2 die Erhöhung seinen Endkunden in der Regel weitergeben. Also erhöht MFA 2 seine Endkundenpreise, während MFA 1 keine Preiserhöhung für seine Endkunden machen muss. Es ist daher naheliegend, dass MFA 2 wegen seiner Preiserhöhung (aufgrund der gestiegenen Kosten) Kunden verliert und diese folglich zu MFA 1 wechseln. Daher ist ein positiver Zusammenhang zwischen Terminierungsgebühr und Marktanteil, wie er in Abbildung B-2 sichtbar gemacht wurde, naheliegend.

126. Aufgrund der Analyse der beiden Effekte (Anzahl Anschlüsse und Anzahl Minuten pro Anschluss) kann ausgeschlossen werden, dass es sich um einen normalen Markt handelt in dem Sinne, dass Konsumenten bei einer Erhöhung der Terminierungsgebühr durch eine Senkung der realisierten Menge (weniger telefonieren oder weniger Anschlüsse) reagieren würden.

127. Die Analyse der möglichen nachfrageseitigen Substitutionsmöglichkeiten wie SMS, Festnetz etc. sowie die Analyse des Nachfrageverhaltens der MF-Benutzer hat gezeigt, dass es keine nachfrageseitige Substitutionsmöglichkeit auf Retail-Ebene gibt, welche sich für die Terminierung in ein MF-Telefon anbieten würde.

128. Als nachfrageseitige Substitutionsmöglichkeit auf Wholesale-Ebene wird von Orange "Refiling" bzw. "Tromboning" ins Feld geführt. Darunter wird

eine indirekte Terminierung eines nationalen Anrufs über internationale Transitnetze verstanden, mit dem Ziel, von günstigeren Terminierungsgebühren bestimmter FDA zu profitieren. Orange führt an, dass sie durch Refiling jährlich ca. CHF [1-5 Mio.] Umsatzeinbuße erleide. Bei Sunrise seien es allein bis ins Jahr 2001 CHF 20 Mio. gewesen. Weder Orange noch Sunrise haben diese Angaben belegt. Orange schreibt jedoch an anderer Stelle: "Das Refiling hat in letzter Zeit an Bedeutung eingebüsst, da sich die internationalen und nationalen Terminierungsgebühren aufgrund des spielenden Wettbewerbs angeglichen haben." SCM schreibt zu selbem Thema: "Ob ein solcher Anruf vorher über das Ausland geroutet wurde, kann nicht festgestellt werden."

129. Da Tromboning laut Aussagen aller drei MFA jedoch zunehmend an Bedeutung verloren hat, kann davon ausgegangen werden, dass es keine nachfrageseitige Substitutionsmöglichkeit auf Wholesale-Ebene zur Terminierung in die MF-Netze gibt.

130. Die Analyse der verrechneten Terminierungsgebühren von SCM hat ergeben, dass seit Oktober 2002 bis zum 31. Mai 2005 für alle Minuten, die im MF-Netz von SCM terminiert wurden, der gleiche Preis von 33.5 Rappen verrechnet wurde. Daraus geht hervor, dass SCM keine Möglichkeit mehr bot, mittels Tromboning bzw. Refiling hohe Terminierungsgebühren zu umgehen.

131. Es ist zu betonen, dass es jeder MFA in der Hand hat, Tromboning zu verhindern. Wenn alle FDA, welche mit einem MFA über eine Interkonnektion verfügen, die gleichen Preise bezahlen müssten, wenn es also keine Diskriminierung in Bezug auf die Preise gäbe, so würde sich Tromboning für keinen FDA lohnen. Solange jedoch ein FDA existiert, welcher eine tiefere Terminierungsgebühr bezahlt als die anderen, eröffnet sich die Möglichkeit von Tromboning. Da

jeder MFA seine Terminierungsgebühr jedoch selber bestimmt, ist es gewissermassen widersprüchlich, wenn derselbe sich über die Möglichkeit von Tromboning beschwert. Während SCM von allen FDA die gleiche Terminierungsgebühr verlangte, hatten Orange und Sunrise unterschiedliche Preise bei verschiedenen FDA.

II. Angebotsseitige Substitutionsmöglichkeiten

132. Sunrise schreibt zu den angebotsseitigen Substitutionsmöglichkeiten: "Es liegt in der Natur der Sache, dass Anrufe auf ein bestimmtes Netz nur auf dem Netz der fraglichen FDA terminiert werden können."⁶⁵

133. Aus der Sicht der Marktgegenseite müssen alle drei Terminierungen (diejenige von Orange, Sunrise und SCM) eingekauft werden, sodass Verbindungen in alle drei MF-Netze sichergestellt werden können. Dies wäre auch dann der Fall, wenn ein neuer MFA in den Markt eintreten würde und dieser nur einen einzigen Kunden hätte. Alle anderen FDA müssten mit diesem neuen MFA über die Tarife zur Terminierung zu diesem (und weiteren potenziellen zukünftigen) Kunden verhandeln. Ein FDA, welcher Telefoniedienstleistungen anbieten würde, dabei aber z.B. nur die Kunden von Sunrise und SCM erreichen könnte, würde den Bedürfnissen seiner Kunden kaum entsprechen, denn sein Angebot wäre unvollständig.

134. In der Schweiz verhandelt ein neu in den Markt eintretender FDA in der Regel nur mit Swisscom Fixnet über eine Interkonnektion. Damit würde ein neuer FDA indirekt alle entsprechenden Terminierungsgebühren, die von Swisscom Fixnet bereits ausgehandelt wurden, übernehmen. Alle anderen FDA werden dann nicht direkt, sondern lediglich über das Transitnetzwerk von Swisscom Fixnet mit dem neuen FDA verbunden. Auf diese Weise erspart er sich aufwändige Interkonnektionsverhandlungen. Deshalb sind nur wenige FDA direkt mit den MFA in der Schweiz verbunden. Diese Vorgehensweise, welche aus Effizienzgründen gewählt wurde, ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass in jedes vorhandene Netzwerk terminiert werden muss.

B.4.1.1.1.4 Zwischenergebnis zum sachlich relevanten Markt

135. Da keine angebots- und nachfrageseitigen Substitutionsmöglichkeiten geeignet sind, die Terminierung in ein MF-Netz zu ersetzen, sind drei sachlich relevante Märkte für in die MF-Netze von Orange, Sunrise und SCM eingehende Fernmeldedienste bzw. für die Terminierung von Anrufen in den MF-Netzen von Orange, Sunrise und SCM im Bereich der Sprachtelefonie abzugrenzen.

B.4.1.1.2 Räumlich relevanter Markt

136. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, der hier analog anzuwenden ist). Auszugehen ist vom Tätigkeitsgebiet der drei MFA und deren Marktgegenseite, d.h. im vorliegenden Fall die FDA. Es ist somit abzuklären,

auf welchem Gebiet die in den sachlich relevanten Märkten umfassten in ein MF-Netz eingehenden Fernmeldedienste nachgefragt und angeboten werden.

137. Die MFA bieten die Terminierung in der ganzen Schweiz an, während die FDA im In- und Ausland ebenfalls die Terminierung auf dem gesamtschweizerischen Gebiet beziehen. Die Ausdehnung auf das Gebiet der Schweiz ergibt sich ferner aus den vom Bakom vergebenen Fernmeldekonzessionen der MFA.

138. Innerhalb des räumlich relevanten Marktes müssen die Wettbewerbsverhältnisse eine gewisse Homogenität aufweisen. Ansonsten wären mehrere unterschiedliche räumlich relevante Märkte abzugrenzen und die Wettbewerbsverhältnisse entsprechend zu beurteilen. Im vorliegenden Fall sind jedoch die MFA überall in der Schweiz tätig. Die Intensität der Wettbewerbsverhältnisse ist somit in der ganzen Schweiz in einer Weise ähnlich, dass eine differenzierte geografische Marktabgrenzung in verschiedene Regionen nicht vorzunehmen ist. In der Verfügung der Weko "Mobilfunkmarkt"⁶⁶ wurden die Märkte bereits in gleicher Weise abgegrenzt.

139. Aus diesen Gründen umfasst der räumlich relevante Markt die ganze Schweiz.

B.4.1.2 Beurteilung der Marktstellung

140. Ob sich die drei MFA Orange, Sunrise und SCM im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG unabhängig von Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern verhalten können, muss im Einzelfall geprüft werden. Sie können sich dann nicht unabhängig verhalten, wenn sie sich ausreichend starker aktueller oder potenzieller Konkurrenz gegenübersehen. Es ist jedoch im vorliegenden Fall auch die Stellung auf den nachgelagerten Märkten zu berücksichtigen⁶⁷.

B.4.1.2.1 Aktueller Wettbewerb

141. Anlässlich der Analyse der Wettbewerbssituation bis zum 31. Mai 2005 ist abzuklären, wer Wettbewerber ist und welches Kräfteverhältnis zwischen diesen Wettbewerbern besteht.

142. In den drei sachlich und räumlich abgegrenzten Märkten haben Orange, Sunrise und SCM jeweils einen Marktanteil von 100% und verfügen damit über eine Monopolstellung. Wie bei der Analyse des relevanten Marktes bereits erläutert wurde, muss ein FDA alle drei Terminierungen (diejenige von Orange, Sunrise und SCM) einkaufen, damit Verbindungen in alle drei MF-Netze sichergestellt werden können.

143. Daher ist festzuhalten, dass kein aktueller Wettbewerb besteht, welcher eine disziplinierende Wirkung auf das Verhalten der MFA ausüben könnte.

⁶⁵ Es wird von Sunrise zurecht angemerkt, dass diese Aussage aus dem Zusammenhang gegriffen wurde. Der Zusammenhang relativiert die Aussage jedoch in keiner Weise.

⁶⁶ RPW 2002/1, S. 118.

⁶⁷ RPW 2004/2, S. 436.

B.4.1.2.2 *Potenzieller Wettbewerb*

144. Die Analyse des aktuellen Wettbewerbs ergab, dass es zurzeit nicht genügend Konkurrenz gibt, um ein unabhängiges Verhalten der drei MFA und damit eine marktbeherrschende Stellung auszuschliessen. Die Analyse des potenziellen Wettbewerbs soll aufzeigen, ob die MFA durch in naher Zukunft mögliche Marktzutritte diszipliniert werden.

145. Der potenziellen Konkurrenz kommt eine disziplinierende Wirkung nur dann zu, wenn es im Falle von Wettbewerbsbeschränkungen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu Marktzutritten kommt, die Zutritte rasch erfolgen können und letztere gross genug sind. Sind Marktzutritte frühestens nach einigen Jahren oder nur von kleinen Unternehmen zu erwarten, hat dies keinen nennenswerten Einfluss auf das Verhalten der eingesessenen, grösseren Unternehmen, da ihnen die Abnehmer nur sehr beschränkt ausweichen können.

146. Im vorliegenden Fall ist es technisch nicht möglich, dass in den Markt für in ein MF-Netz eingehende Fernmeldedienste die Terminierung von einem anderen FDA als dem entsprechenden MFA angeboten werden kann. Selbst wenn in der Schweiz ein neuer MF-Anbieter auftreten würde, hätte dies keinen Einfluss in den oben definierten Wholesale-Märkten. Dann käme ein neuer Wholesale-Markt hinzu, in dem der neue MFA einen Marktanteil von 100% hätte. Die anderen vorhandenen FDA müssten dann auch noch bei dem neuen MFA die Terminierung in dessen Netz einkaufen - selbst dann, wenn dieser neue MFA nur über wenige Kunden verfügen würde.

147. Daher ist festzuhalten, dass kein potenzieller Wettbewerb besteht, welcher eine disziplinierende Wirkung auf das Verhalten der MFA ausüben könnte.

B.4.1.2.3 *Einfluss des nachgelagerten Marktes*

148. In diesem Kapitel ist zu überprüfen, inwiefern die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Retail-Markt disziplinierende Einflüsse auf die oben definierten Wholesale-Märkte ausüben vermögen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich die Einflüsse in den drei definierten Wholesale-Märkten unterschiedlich auswirken können. Diese Analyse ist notwendig, da jede Minute, welche im Wholesale-Markt beobachtet werden kann, von einem Retail-Kunden ausgelöst wird. Wenn folglich ein MFA im Retail-Markt schwach ist, so kann er sich im Wholesale-Markt unter Umständen nicht unabhängig verhalten.

B.4.1.2.3.1 *Retail-Markt*

149. Nachfolgend soll ein Überblick über den nachgelagerten Endkunden- bzw. Retail-Markt gegeben werden. Dazu wird weit gehend auf die Fernmeldestatistik des Bakom abgestellt⁶⁸. Eine ausführliche Beschreibung und Analyse des Retail-Marktes muss zu der Analyse der Wholesale-Märkte hinzutreten, damit allfällige Einflüsse auf die Wholesale-Märkte erkannt und analysiert werden können.

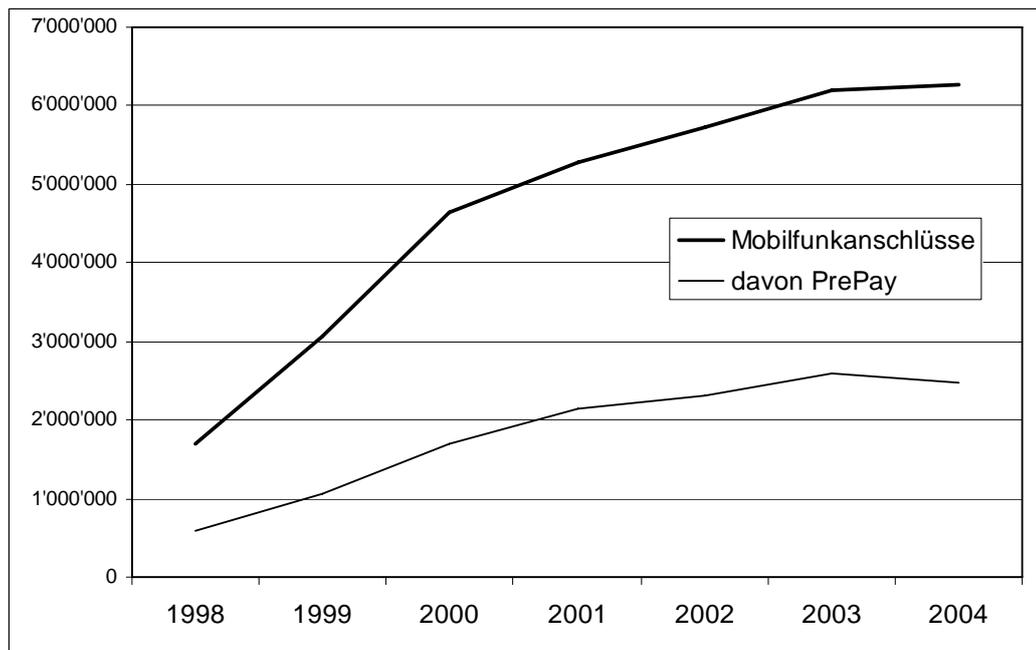
Tabelle B-1 Vergleich Festnetz - Mobilfunk im Jahr 2004

	<i>Mobilfunk</i>	<i>Festnetz</i>
Anzahl Anschlüsse Ende 2004	6'274'763	4'008'460
Anzahl Verbindungen im Jahr 2004 in Mio.	3'579	5'766
Durchschnittliche Dauer in Minuten	1.51	3.39

150. Aus Tabelle B-1 wird die volkswirtschaftliche Bedeutung des MF-Marktes ersichtlich. Ferner ist zu entnehmen, dass es trotz mehr Anschlüssen im Bereich MF weniger Gespräche gibt und diese deutlich weniger lang dauern als im Festnetz.

⁶⁸ Fernmeldestatistik 2005, S. 40, www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00744/00746.

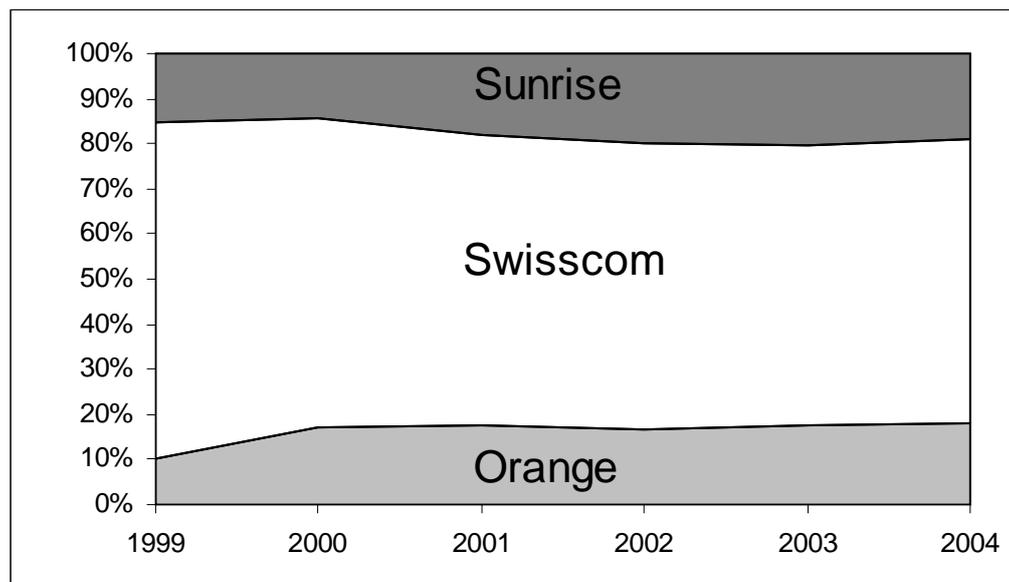
Abbildung B-3: Anzahl Mobilfunkanschlüsse in den Jahren 1998 bis 2004



151. Aus Abbildung B-3 wird die Entwicklung der Anzahl MF-Anschlüsse für die Jahre 1998 bis 2004 deutlich. Im Bereich MF kann von einem abnehmenden Wachstum gesprochen werden. Der Markt scheint eine gewisse Sättigung erreicht zu haben. Für den Beginn einer Marktreife spricht auch absolut gesehen die hohe Anzahl der MF-Anschlüsse, welche bereits höher als im Festnetz ist.

152. Aus Abbildung B-4 geht die Entwicklung der Marktanteile der drei MFA für die Jahre 1998 bis 2004 hervor⁶⁹. Daraus ergibt sich, dass die Marktanteile seit etwa dem Jahr 2000 auf ähnlichem Niveau stehen geblieben sind. Alle drei Anbieter haben folglich in ähnlichem Umfang vom Marktwachstum profitieren können. Den beiden neu in den MF-Markt eingetretenen MFA Orange und Sunrise ist es seither jedoch nicht mehr gelungen, Marktanteile zu gewinnen.

Abbildung B-4: Marktanteilsentwicklung von Orange, Sunrise und SCM in den Jahren von 1999 bis 2004

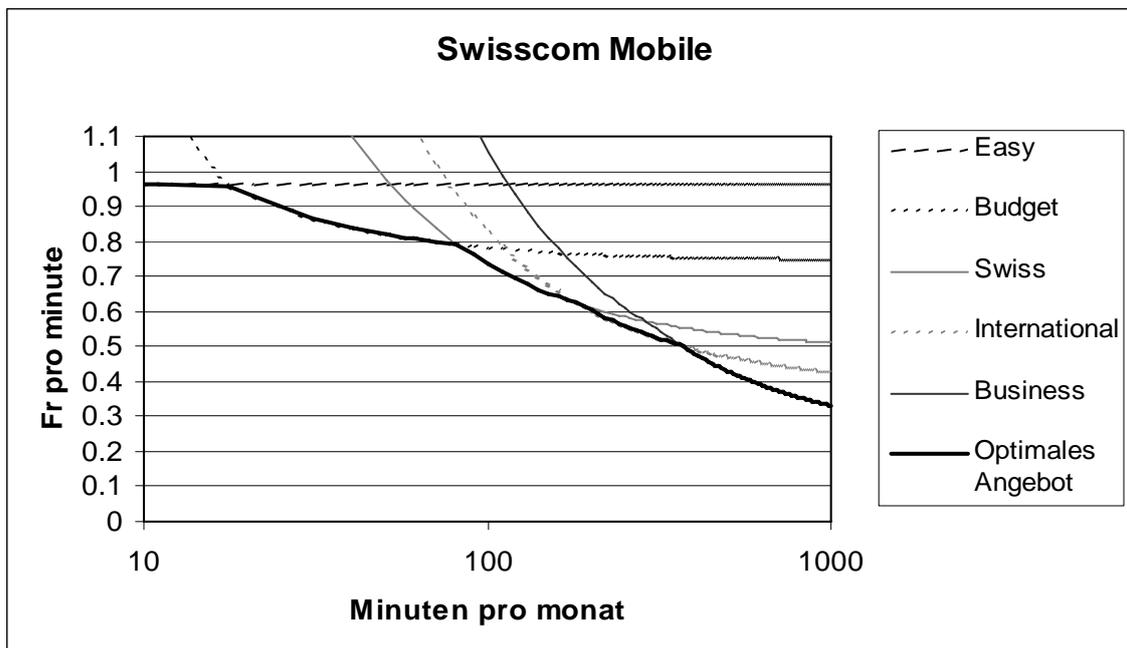


⁶⁹ Fernmeldestatistik 2005, "Entwicklung bis zum 31. Dezember 2005 für bestimmte Indikatoren", S. 13, www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00744/00746.

153. Aus Abbildung B-5 wird der optimale Pfad der Preise vom 31. Mai 2005 von SCM deutlich. Dazu wurden sowohl die Abonnementsgebühren wie auch die Minutenpreise sämtlicher Angebote von SCM analysiert⁷⁰. Die fett markierte Kurve zeigt in Abhängigkeit der pro Monat telefonierten Minuten das jeweils optimale Angebot. Aus dem Preispfad geht z.B. hervor, dass ein MF-Kunde, welcher 1'000 Minuten pro Monat telefoniert, immer noch durchschnittlich mehr als 30 Rappen pro telefonierte Minute bezahlt. Diese Analyse wurde zwar für alle drei MFA erstellt, zur Veranschaulichung genügt es jedoch, auf die Grafik von SCM abzustellen, um die Analyse nachvollziehen zu können.

154. Für die Analyse des optimalen Angebotes wurden Szenarien verwendet, welche nachfolgend erläutert werden. 50% der Anrufe eines MF-Anschlusses gehen demnach aufs Festnetz, 10% sind so genannte on-net-Anrufe und die restlichen 40% verteilen sich auf die drei MFA entsprechend ihrer Grösse. Ferner werden 50% der Anrufe im Hoch-, 30% im Nieder- und 20% im Nacht- bzw. Wochenendtarif getätigt. Dieses Szenario entspricht z.T. demjenigen, welches auch vom K-Tip⁷¹ verwendet wurde. Nachfolgend wird nur die Situation für SCM grafisch dargestellt. Die analogen Analysen wurden jedoch für alle drei MFA durchgeführt.

Abbildung B-5: Optimales Angebot für ein SCM-Kunde in Abhängigkeit seiner Anzahl Minuten am 31. Mai 2005



155. Die Analyse der Retail-Preise wurde wie bereits erwähnt für alle drei MFA erstellt. Das Resultat aller drei Analysen wurde in Abbildung B-6 dargestellt. Dazu wurden sowohl die Abonnementsgebühren wie auch die Minutenpreise sämtlicher Angebote aller drei MFA analysiert.

156. Die fett markierte Kurve zeigt in Abhängigkeit der pro Monat telefonierten Minuten den jeweils optimalen MFA. Aus dem Preispfad geht hervor, dass ein MF-Kunde, welcher 1'000 Minuten pro Monat telefoniert, immer noch durchschnittlich ca. 30 Rappen pro telefonierte Minute bezahlen muss. Es lässt sich feststellen, dass die optimalen Angebotskurven für die drei MFA insbesondere in den umsatzstarken Segmenten relativ gleichartig verlaufen und sich mit wachsender Minutenzahl angleichen.

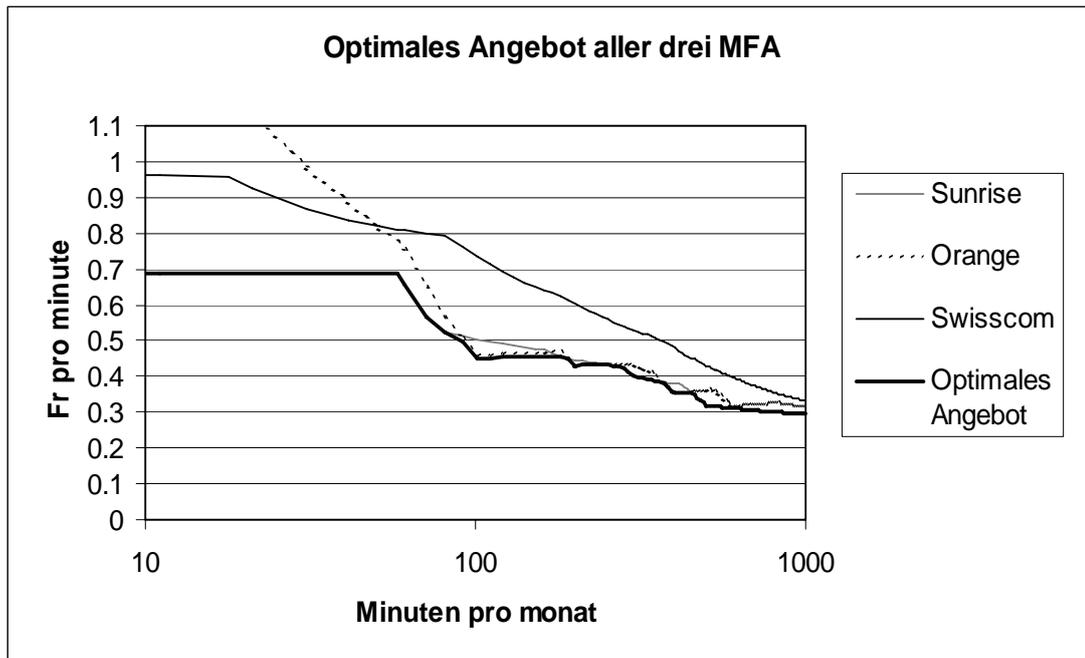
157. Nicht berücksichtigt wurden die Subventionen der Endgeräte. Wenn ein Benutzer einen MF-Anschluss erwirbt oder einen vorhandenen Anschluss erneuert, erhält er in der Regel vom jeweiligen MFA ein Mobiltelefon vergünstigt. Die Berücksichtigung

dieses Faktors erweist sich jedoch nicht als sinnvoll, da die Gerätesubventionen je nach Gerät, Zeitpunkt, Anbieter und Kunde sehr unterschiedlich ausfallen können. Daraus würden sich dann pro Abonnements-typ für jedes Handymodell weitere Preisunterschiede ergeben, die durchaus substantiell sein können und sich in sehr kurzen Zeitabständen wieder stark ändern können. Es wäre daher nicht sinnvoll, eine Preissenkung aufgrund der Gerätesubventionen mit einzubeziehen. In jedem Fall wären jedoch die durchschnittlichen Minutentariife für den Endkunden durch die Berücksichtigung der Subventionen noch tiefer und der Unterschied zur Höhe der Terminierungsgebühren somit noch deutlicher.

⁷⁰ Sämtliche nachfolgenden Berechnungen basieren auf Antworten der Fragebogen vom 29. November 2002, welche das Sekretariat in elektronischer Form erhielt.

⁷¹ K-Tip-Ausgabe Nr. 16 vom 1. Oktober 2003. In den erwähnten Szenarien wurden auch andere Dienste (z.B. SMS) miteinbezogen, die hier jedoch nicht untersucht werden.

Abbildung B-6: *Optimales Angebot aller drei Anbieter in Abhängigkeit der Anzahl Minuten am 31. Mai 2005*



158. Auch nicht berücksichtigt wurden die Tarife für SMS und andere (Daten-)Dienste sowie andere Gründe, welche dazu führen können, dass ein bestimmter MFA einem anderen vorgezogen wird. Dazu gehören die Netzabdeckung, besondere Angebote, das so genannte Branding, aber auch Gründe der Preisgestaltung, welche in Kapitel 158 näher erläutert werden.

B.4.1.2.3.2 Konsequenzen auf Wholesale-Märkte

159. Die Weko ist in der Verfügung vom 3. Dezember 2001 über den MF-Markt zum Schluss gekommen, dass im Retail-Markt für abgehende mobile Fernmeldedienste ein gewisser Wettbewerb besteht. Das Vorliegen einer kollektiven Marktbeherrschung wurde damals verneint und es wurde festgehalten, dass kein MFA über eine marktbeherrschende Stellung verfügt⁷². Die Weko ging damals davon aus, dass ein Markteintritt eines weiteren international tätigen FDA (3G Mobile, Telefonica) unmittelbar bevorstand und stellte deutliche Marktanteilsgewinne der beiden neuen MFA DiAx (heute Sunrise) und Orange fest.

160. Diese Beurteilung ist aus heutiger Sicht in Frage zu stellen. Der Markteintritt von 3G Mobile ist nicht erfolgt und die Marktanteile von Sunrise und Orange sind seither stagniert. Die beiden neu eingetretenen MFA scheinen trotz z.T. deutlich tieferer Retail-Preisen und einer vergleichbaren Netzabdeckung von über 99% in den bewohnten Gebieten der Schweiz kaum über die Grenze von 20% Marktanteil hinaus zu kommen. Damit konnte SCM ihren Marktanteil von ca. 60% halten⁷³.

161. SCM erzielt seit mehreren Jahren hohe Gewinne und verfügt über Margen, die fast 50% betragen⁷⁴. Zudem besitzt sie aufgrund der höheren Kundenzahl

über eine bessere Netzauslastung als Orange und Sunrise. Gemäss OECD Communications Outlook 2005⁷⁵ gehört die Schweiz im Bereich Mobilfunk weltweit zu den Ländern mit den höchsten Einnahmen pro Kunde. Da in dieser Masszahl Orange und Sunrise ebenfalls enthalten sind, ist wegen der ausserordentlich guten Ergebnissen von SCM davon auszugehen, dass die Masszahl für SCM allein noch wesentlich höher anzusiedeln ist. Bei der Masszahl "Einnahmen pro Mitarbeiter" war die Swisscom Gruppe im Jahr 2003 gar mit Abstand weltweit führend⁷⁶. Bei dieser Masszahl sind andere Geschäftsfelder ebenfalls berücksichtigt. Es ist daher davon auszugehen, dass diese hohe Zahl insbesondere auf den Bereich Mobilfunk zurückzuführen ist.

162. Ferner ist SCM in der Lage, hohe Preisunterschiede zwischen so genannten on-net- und off-net-Anrufen durchzusetzen. Welche Auswirkungen diese Möglichkeit für SCM wie auch für Orange und Sunrise haben, wird in Rz. 180 unten sowie in den darauf folgenden Berechnungen, Preislisten und Tabellen erläutert.

163. Aus der Geschichte des Mobilfunks in der Schweiz (darauf wurde z.T. bereits im Sachverhalt eingegangen) hat SCM (damals u.a. Namen) bereits 1978 (Natel A) bzw. 1993 (Natel D) begonnen, erste MF-Kunden zu gewinnen. Orange und Sunrise lan-

⁷² RPW 2002/1, S. 97.

⁷³ Fernmeldestatistik 2005, "Entwicklung bis zum 31. Dezember 2005 für bestimmte Indikatoren", S. 13, www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00744/00746, sowie Abbildung B-4.

⁷⁴ Vgl. Rz. 249.

⁷⁵ OECD Communications Outlook 2005, S. 73, <http://213.253.134.43/oecd/pdfs/browseit/9305011E.PDF>.

⁷⁶ OECD Communications Outlook 2005, S. 264, <http://213.253.134.43/oecd/pdfs/browseit/9305011E.PDF>.

cierten erst ca. 21 bzw. ca. sechs Jahre später ihre entsprechenden Angebote (Sunrise Ende 1998, Orange Mitte 1999), als SCM bereits über ca. 1.7 Mio. MF-Anschlüsse (und einen Marktanteil von 100%) verfügte⁷⁷. Dies ist ein so genannter "first mover advantage", der bei der Beurteilung der Marktstellung zu berücksichtigen ist.

164. Die Gesamtkosten pro terminierte Minute liegen bei einem neuen Anbieter wahrscheinlich wesentlich höher als bei einem etablierten. Dies, weil sich beim etablierten Anbieter viele Fixkosten auf wesentlich mehr Kunden bzw. Minuten verteilen und weil viele Anschaffungen bereits amortisiert werden konnten. Dies ist ebenfalls als erheblicher Vorteil des etablierten Anbieters anzusehen.

165. SCM macht in ihrer Eingabe vom 22. Mai 2006 geltend, dass sie sich nicht unabhängig verhalten könne, da ein Interkonnectionszwang bestehe. Dieser verhindere, dass SCM andere FDA boykottieren könne, indem sie die Interkonnection verweigere. SCM kann jedoch trotz Interkonnectionszwang überhöhte Preise von ihrer Marktgegenseite verlangen. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern ein Interkonnectionszwang eine disziplinierende Wirkung auf das Verhalten von SCM darstellen kann.

166. SCM macht in ihrer Eingabe vom 22. Mai 2006 auch geltend, dass sie sich nicht unabhängig verhalten könne, da die ComCom die Möglichkeit habe, die Terminierungsgebühren festzulegen. Auf die Rolle der ComCom wird in dieser Verfügung an verschiedenen Stellen bereits hingewiesen (vgl. z.B. Rz. 59 oben, Rz. 190, Rz. 218 unten). Die ComCom kann die Preise nur dann festlegen, wenn sich zwei FDA auf dem Verhandlungsweg nicht einigen können. Es ist jedoch seit Bestehen des Mobilfunks in der Schweiz noch nie zu einer rechtskräftigen Verfügung der ComCom gekommen, in welcher die Terminierungsgebühren im Bereich Mobilfunk festgelegt wurden. Es muss daher bezweifelt werden, ob es sich dabei um ein effizientes Regulierungsinstrument handelt, welches eine disziplinierende Wirkung auf das Verhalten von SCM auszuüben vermag. Die in der Schweiz geltende ex-post-Regulierung ist nicht in der Lage, das Verhalten von SCM in dem Sinne zu disziplinieren, dass eine marktbeherrschende Stellung von SCM ausgeschlossen werden könnte. Im Übrigen würde ein effizientes Regulierungsinstrument nicht das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung ausschliessen, sondern die Frage der Missbräuchlichkeit eines Verhaltens als die Analyse der Marktstellung betreffen.

167. Mit Schreiben vom 23. Januar 2007 wies SCM zudem darauf hin, dass sich Orange, Swisscom und Sunrise in den vor der ComCom hängigen Interkonnectionsverfahren geeinigt hätten. Aufgrund dieser Tatsache sei es geradezu absurd zu behaupten, dass sich ein oder alle MFA unabhängig verhalten könnten. Zutreffend ist, dass sich gemäss Medienmitteilung der ComCom vom 22. Januar 2007 die Anbieter in Verhandlungen auf tiefere Mobilterminierungsgebühren geeinigt und ihre gegenseitigen Interkonnectionsgesuche zurückgezogen haben, weshalb die ComCom die Verfahren als gegenstandslos abschrieb.

Nach rund einem Jahr mit mehreren hängigen Interkonnectionsverfahren⁷⁸ ist es in zeitlicher Hinsicht nicht erstaunlich, dass sich die Anbieter relativ kurz nach der Bekanntgabe (am 28.11.2006) des Gutachtens der Weko vom 20. November 2006 auf dem Verhandlungsweg gefunden haben. Voraussetzung für eine kostenorientierte Preissetzung nach Art. 11 Abs. 1 FMG ist das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung. Es ist davon auszugehen, dass die Feststellung der Marktbeherrschung im Gutachten der Weko dazu beigetragen hat, dass die Anbieter eine Verhandlungslösung vorgezogen haben. Wenn SCM nun aber versucht, daraus abzuleiten, dass die MFA deshalb nicht marktbeherrschend seien, unterliegt SCM einem Zirkelschluss: Das Vorliegen einer Marktbeherrschung ist gerade Voraussetzung dafür, dass eine kostenorientierte Preisgestaltung nach Art. 11 Abs. 1 FMG überhaupt greifen könnte. Tatsächlich hatte die ComCom jedoch gar nicht die Möglichkeit, die Höhe der Preise zu überprüfen, was in der Medienmitteilung der ComCom vom 22. Januar 2007 in der Passage zum Ausdruck kommt, dass die ComCom nicht beurteilen konnte, wie weit die nun ausgehandelten Tarife effektiv dem Erfordernis der Kostenorientierung entsprechen, weil keine Kostenanalyse durchgeführt werden konnte. Damit zeigt sich wiederum zweierlei: Erstens ist der regulatorische Rahmen in Art. 11 FMG in weiten Teilen ineffektiv, da in einem Hauptverfahren vor der ComCom zufolge vorheriger vertraglicher Einigung keine Überprüfung der Terminierungsgebühren erfolgen kann. Zweitens beeinflusst das Interkonnectionsregime nicht die Marktstellung der MFA, sondern höchstes allenfalls teilweise die Höhe der Terminierungsgebühren⁷⁹. Handelt es sich um die Höhe der Terminierungsgebühren, ist diese jedoch im kartellrechtlichen Sinne nicht bei der Analyse der Marktstellung, sondern gegebenenfalls unter dem Aspekt eines Missbrauchs einer Marktbeherrschung zu analysieren (vgl. Art. 7 Abs. Bst. c KG).

168. SCM macht in ihrer Eingabe vom 22. Mai 2006 sowie in ihrer Eingabe vom 15. Dezember 2006, insbesondere im Kommentar von Prof. C.C. von Weizsäcker (S. 10), weiter geltend, dass sie sich nicht unabhängig verhalten könne, da jeder FDA gleichzeitig Anbieter und Nachfrager von Terminierungsleistungen sei. Dieses Argument geht bezugnehmend auf die Beziehung Festnetz - Mobilfunk von einer Symmetrie aus, welche nicht gegeben ist. Insbesondere wird übersehen, dass die Terminierung ins Festnetz reguliert ist, in die MF-Netze jedoch nicht. Die ComCom hat die Terminierungsgebühr ins Festnetz sowie die Reziprozität der Preise festgelegt, da Swisscom im Bereich des nationalen Verbindungsnetzes für Sprach-

⁷⁷ Fernmeldestatistik 2005, "Entwicklung bis zum 31. Dezember 2005 für bestimmte Indikatoren", S. 13, www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00744/00746, sowie www.swisscom-mobile.ch/scm/wir_unsere_geschichte-de.aspx.

⁷⁸ Gutachten vom 20. November 2006 i.S. Interkonnectionsverfahren Mobilfunkterminierung, RPW 2006/4, S. 739, Rz. 3 ff.

⁷⁹ Vgl. auch Rz. 397.

telefonie über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, was von Swisscom bestritten wird⁸⁰. Wenn folglich ein Festnetzanbieter (wie z.B. Cablecom) mit SCM über die gegenseitige Terminierung verhandeln würde, könnte der Festnetzanbieter einer hohen Terminierungsgebühr von SCM nichts entgegenhalten, da dessen eigener Preis bereits von der ComCom festgelegt wurde. Es kann also bei allfälligen gegenseitigen Verhandlungen nicht von einer Symmetrie, wie sie von SCM geltend gemacht wird, ausgegangen werden.

169. SCM macht in ihrer Eingabe vom 22. Mai 2006 schliesslich geltend, dass sie sich nicht unabhängig verhalten könne, da es sich bei den Terminierungsgebühr unter den MFA um ein Nullsummenspiel handle. Der Verkehr unter den MFA sei ungefähr ausgeglichen, weshalb sich die Zahlungsströme untereinander ungefähr ausgleichen würden. Diese Argumentation übersieht, dass trotz ausgeglichenen Verkehrs auf dem Netz von SCM wesentlich mehr Minuten terminiert werden, als auf allen anderen MF-Netzen zusammen. Dies geht bereits aus der Marktanteilsverteilung hervor. Auch hier kann folglich nicht von einer Symmetrie ausgegangen werden, wie sie von SCM suggeriert wird. Insbesondere machen die Minuten, welche vom Festnetz herkommen, den zweitgrössten Teil der auf dem Netz von SCM terminierten Minuten aus⁸¹. Ferner ist es inkohärent, dass SCM an dieser Stelle eine Unterscheidung in Bezug auf die Herkunft macht (Fest- und MF-Netz), während sie gleichzeitig geltend macht, die Marktabgrenzung sei zu eng. Aus Sicht von SCM ist es irrelevant, wo eine terminierte Minute originiert wurde: im MF-Netz von SCM, im Netz von Orange oder Sunrise, im Festnetz, im Ausland oder im Internet über VoIP. Jede Minute verursacht im MF-Netz von SCM die gleichen Kosten und für jede Minute wurde bis zum 31. Mai 2005 der gleiche Preis von 33.5 Rappen verlangt. Eine engere Marktabgrenzung, welche eine Unterscheidung nach Herkunft des Anrufs berücksichtigt, ist daher nicht angezeigt. Eine allfällige Symmetrie unter den Verkehrsströmen der MFA kann daher auch nicht als Argument dienen, welches eine marktbeherrschende Stellung des grössten MFA verneinen könnte.

170. SCM macht in ihrer Eingabe vom 25. Juli 2005 geltend, dass sie sich nicht unabhängig verhalten könne, da sie tiefere Terminierungsgebühren als Orange und Sunrise habe, und deshalb aufgrund des so genannten "balanced traffic" immer Nettozahlungen von SCM an die beiden kleinen Anbieter gezahlt werden müssten. Dass solche Zahlungen stattfinden, ist zwar richtig, aber irreführend und nicht sachdienlich. Die Argumentation ist nicht sachdienlich, weil aus der Tatsache, dass Orange und Sunrise z.T. höhere Terminierungsgebühren verlangen als SCM nicht geschlossen werden kann, dass SCM nicht über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Die höheren Terminierungsgebühren von Orange und Sunrise sind z.T. auch auf die Interpretation des Entscheides der ComCom vom 3. April 2001 durch die MFA zurückzuführen und lassen keinen Schluss auf die Marktstellung von SCM zu⁸². Im Übrigen hat SCM selber diese höheren Preise über Jahre akzeptiert und bezahlt.

Die Argumentation von SCM ist ferner irreführend, weil sie die Tatsache verschweigt, dass bei SCM die Einnahmen aus der Terminierung vom Festnetz her um ein Vielfaches höher sind als bei allen anderen MFA zusammen, was bereits aus der Analyse der Marktanteile hervorgeht. Insgesamt profitiert SCM daher deutlich stärker von hohen Terminierungsgebühren als irgendein anderer MFA.

171. SCM macht in ihrer Eingabe vom 25. Juli 2005 ebenfalls geltend, dass kleine MFA einen Vorteil hätten, da ihr Anteil an den Einnahmen aus dem Terminierungsgeschäft an den Gesamteinnahmen grösser sei als bei SCM. Es ist nicht nachvollziehbar, wie aus einer höheren Abhängigkeit aus einem bestimmten Geschäft ein Vorteil abzuleiten wäre. Tatsächlich ist der Anteil aus Terminierungseinnahmen relativ zu den Gesamteinnahmen bei einem kleinen MFA zwangsläufig grösser als bei einem Grossen. Diese Argumentation lässt jedoch zwei wichtige Aspekte ausser Acht: Erstens sind die Einnahmen aus dem Terminierungsgeschäft bei SCM wesentlich höher als bei Orange oder Sunrise. Dies ist insbesondere auf die hohen F2M-Einnahmen zurückzuführen. Zweitens zeigt der hohe Anteil des Terminierungsgeschäfts bei kleinen MFA lediglich, dass die Einnahmen aus anderen Geschäftsbereichen wie z.B. aus on-net-Anrufen oder Abonnementen bei den kleinen MFA fehlen, weil sie über wesentlich weniger Kunden verfügen. Daraus einen Vorteil für kleine MFA abzuleiten, ist nicht nachvollziehbar.

172. Aus der Analyse des nachgelagerten Marktes und auch wegen der starken Position von SCM im Retail-Markt geht hervor, dass es keine Kräfte gibt, welche einen disziplinierenden Einfluss auf das Verhalten von SCM im Wholesale-Markt ausüben können. SCM ist daher als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren.

B.4.1.2.4 Die Marktstellung von Orange und Sunrise

173. Nachfolgend wird die Marktstellung von Orange und Sunrise analysiert. Die geringe und stagnierende Marktanteilsentwicklung von Orange und Sunrise trotz z.T. deutlich tieferer Endkundenpreisen sind Anhaltspunkte dafür, dass deren Marktstellung anders beurteilt werden muss als diejenige von SCM. Es ist daher zu prüfen, ob Orange und Sunrise in der Lage waren, sich auf ihrem Markt als Anbieter für die Terminierung von Anrufen von anderen Marktteil-

⁸⁰ Entscheide der ComCom vom 10. Juni 2005.

⁸¹ Die genauen Zahlen finden sich in Rz. 176.

⁸² In der Verfügung der ComCom vom 3. April 2001 betreffend Interkonnektion [...] vorsorgliche Massnahmen wurde in E. 2.2.4 darauf hingewiesen, dass im Durchschnitt (im europäischen Ausland) Marktneulinge von einer Unterscheidung (der Terminierungsgebühren) zu ihren Gunsten von weniger als 10% profitieren können. Die Verfügung der ComCom vom 3. April 2001 wurde vom Bundesgericht durch Urteil 2A.206/2001 vom 24. Juli 2001 aus formellen Gründen aufgehoben.

nehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Dabei ist insbesondere von Interesse, ob sie in der Lage waren, ihre Terminierungsgebühren unabhängig von SCM zu senken.

174. Wenn Orange oder Sunrise ihre Terminierungsgebühr substantiell gesenkt hätte (z.B. auf 15 Rappen pro Minute), wären im Wesentlichen zwei Wirkungen eingetreten:

(1) Die Einnahmen der Anrufe aus anderen Netzen würden bei Orange bzw. Sunrise, nicht aber bei ihren unmittelbaren Konkurrenten massiv zurückgehen. Da von allen Anrufen, die auf dem Netz von Orange bzw. Sunrise terminiert werden, ca. 90% von fremden Netzen stammen und nur etwa 10% von eigenen Kunden herkommen⁸³, wäre eine Senkung der Terminierungsgebühr für einen kleinen Anbieter finanziell verheerend.

(2) Orange bzw. Sunrise würde durch die Senkung ihrer Terminierungsgebühr die Kosten ihrer unmittelbaren Konkurrenten verringern. Diese könnten dadurch ihre jeweiligen Endkundenpreise senken und Orange bzw. Sunrise würde Marktanteile verlieren⁸⁴.

175. Solange der etablierte Anbieter seine Terminierungsgebühr hoch hält, kann ein kleiner Anbieter seine Terminierungsgebühr nicht senken, selbst wenn er wollte - er würde nur in doppelter Hinsicht verlieren.

176. Bei einem Anbieter mit einem grossen Marktanteil wie SCM sieht die Rechnung jedoch anders aus. Der grösste Teil der Anrufe kommt von SCM selber (on-net-Anrufe), ein zweiter grosser Block ist eine konzerninterne Umverteilung von Swisscom Fixnet zu SCM, wie Tabelle B-2 aufzeigt:

Tabelle B-2: Terminierte Minuten auf dem Netz von SCM in der Zeit vom 1. Juni 2004 bis 31. Mai 2005

on-net SCM	[1 Mia.-2 Mia.]
Swisscom Fixnet	[500 Mio.-1'200 Mio.]
Orange	[100 Mio.-400 Mio.]
Sunrise	[100 Mio. -400 Mio.]
Rest	[500 Mio.-1'200 Mio.]
Total terminierte Minuten	[1 Mia.-5 Mia.]

177. Folglich führte eine Senkung der Terminierungsgebühr von SCM zu Kostensenkungen beim grössten Festnetzanbieter der Schweiz (Swisscom Fixnet), der dadurch mit entsprechendem Mehrverkehr wieder mehr Einnahmen generieren kann. Die gleichen Argumente, die bei Orange bzw. Sunrise wahrscheinlich zum Marktaustritt geführt hätten, gelten bei SCM nicht.

178. Wenn Orange oder Sunrise vor drei Jahren eine Terminierungsgebühr von bspw. zehn Rappen verlangt hätte (wie in Tabelle B-9), aber SCM eine solche von 33.5 Rappen, so würde es Orange bzw. Sunrise heute in der Schweiz wahrscheinlich nicht mehr geben.

179. Bei der Frage, ob sich Orange und Sunrise unabhängig verhalten können, ist ebenfalls die deutlich schwächere Position im Retail-Markt zu berücksichtigen. Hohe Terminierungsgebühren geben dem etablierten Anbieter mit dem grössten Marktanteil die Möglichkeit, durch das Festlegen hoher Preisunterschiede zwischen so genannten on-net- und off-net-Anrufen ihre starke Marktposition gegenüber kleinen MFA zu halten oder sogar zusätzlich zu verstärken.

180. Ein grosser Unterschied zwischen on-net und off-net Tarifen im Retail-Markt verhindert, dass kleine Anbieter ihren Marktanteil auf Kosten des etablierten Anbieters vergrössern können. Wenn ein potenzieller MF-Kunde kurz nach der Marktöffnung, d.h. wenn ein MFA noch über einen Marktanteil von 100 Prozent verfügt, sich für ein Netz entscheidet, wird er sich u.a. auch die Frage stellen, wie viele Anrufe er innerhalb des gleichen Netzwerkes (on-net) und wie viele er ausserhalb desselben (off-net) tätigen wird. Ein MFA, welcher über einen grossen Marktanteil verfügt und welcher einen grossen Unterschied zwischen on-net und off-net Tarifen aufweist, ist folglich für ihn attraktiver, weil die Wahrscheinlichkeit eines off-net Anrufes sehr gering ist.

181. Ein Kunde von SCM wird bei aktueller Marktsituation ca. 60% seiner Anrufe innerhalb des Netzwerkes von SCM tätigen, während nur ca. 20% bei Sunrise und ca. 20% bei Orange terminiert werden. Ein Kunde von Orange oder Sunrise hingegen muss ca. 80% seiner Anrufe auf fremde Netze tätigen, sodass die tieferen on-net Tarife nur in ca. 20% seiner Anrufe zum Zuge kommen.

⁸³ Dies ist eine Schätzung aufgrund der Marktanteile.

⁸⁴ Dieser zweite Effekt wurde ebenfalls in Rz. 125 erläutert.

Tabelle B-3: Preisbeispiel, welches die finanzielle Wirkung einer on-net/off-net-Preisdifferenzierung von SCM aufzeigt

	<i>SCM</i>	<i>Orange oder Sunrise</i>
Marktanteil	60%	20%
Preis on-net	CHF 0.25	CHF 0.25
Preis off-net	CHF 0.79	CHF 0.79
Minuten on-net	60	20
Minuten off-net	40	80
Kosten on-net	CHF 15.00	CHF 5.00
Kosten off-net	CHF 31.60	CHF 63.20
Gesamtkosten	CHF 46.60	CHF 68.20

182. Ein konkretes Tarifbeispiel soll das verdeutlichen. Am 31. Mai 2005 kostete ein on-net-Anruf im Normaltarif beim Abonnement "Natel Business" bei SCM 25 Rappen pro Minute. Ein gleichlanger Anruf auf ein fremdes Netz (off-net) kostete 79 Rappen (vgl. Tabelle B-4). Wenn SCM und Sunrise die gleichen Tarife hätten, so müsste ein Geschäftskunde, der z.B. 100 Minuten pro Monat telefoniert bei SCM mit Telefonkosten von CHF 46.60 rechnen. Bei Sunrise müsste er hingegen CHF 68.20 bezahlen. Diese Mehrkosten von fast 50% entstehen bei exakt den gleichen Preisen einzig aufgrund der unterschiedlichen Marktanteile. In Tabelle B-3 sind die Zahlen und einige Zwischenergebnisse noch einmal zusammengefasst dargestellt.

183. Das Tarifbeispiel macht deutlich, dass ein Unternehmen, welches über einen grossen Marktanteil verfügt, allein aufgrund des Marktanteiles einen Vor-

teil hat, wenn es Preisdifferenzierung zwischen on-net- und off-net-Anrufen betreibt. An dieser Tatsache ändert sich auch nichts, wenn das einfache Rechenbeispiel durch die Einführung von Auslandstarifen oder anderen Elementen ergänzt wird. SCM führt in ihrer Eingabe vom 25. Juli 2005 (Rz. 144 ff.) weitere Elemente ein (Auslandtarife, Roaming, off-net-Differenzierungen sowie andere). Der hier aufgezeigte Effekt, nämlich der Vorteil eines grossen Anbieters gegenüber kleinen MFA, bleibt jedoch bei sämtlichen Berechnungen von SCM bestehen. Ein MFA mit einem grossen Marktanteil hat auch hier immer einen Vorteil gegenüber einem kleinen Anbieter, allein aufgrund seines hohen Marktanteiles.

184. Es ist zu ergänzen, dass diese Berechnungen auf einem Preisbeispiel beruhen, das einen deutlichen Unterschied zwischen on-net- und off-net-Tarifen aufweist. Nicht alle Unterschiede zwischen on-net- und off-net-Tarifen von SCM sind so hoch. Tabelle B-4 zeigt die Tarife von SCM am 31. Mai 2005, Tabelle B-5 zeigt die Unterschiede der on-net- und off-net-Tarife in Prozent. Aus den Tabellen geht hervor, dass beim kleinsten Unterschied der off-net-Tarif (CHF 1.03) lediglich 14,4% höher ist als der on-net-Tarif (CHF 0.9). Die grossen Unterschiede können bei den "Business-Tarifen" und im Nacht- bzw. Wochenendtarif (WE) beobachtet werden. Beim grössten Unterschied ist der off-net-Tarif (CHF 0.79) ganze 216% höher als der on-net-Tarif (CHF 0.25). Dies bedeutet, dass der off-net-Anruf mehr als das Dreifache des on-net-Anrufes kostet.

185. Die Analyse zeigt, dass ein grosser Anbieter allein aufgrund seines grossen Marktanteiles einen erheblichen Wettbewerbsvorteil gegenüber einem neu in den Markt eintretenden Anbieter hat. Wenn das Preisniveau für die Terminierung also generell hoch ist, so profitieren MFA, welche aktuell über einen hohen Marktanteil verfügen, deutlich von einem grossen Unterschied zwischen on-net- und off-net-Preisen.

Tabelle B-4: Preise von SCM vom Januar 2002 bis am 31. Mai 2005⁸⁵

	<i>Easy</i>	<i>Budget</i>	<i>Swiss</i>	<i>Inter-national</i>	<i>Business</i>
on-net normal	CHF 0.99	CHF 0.7	CHF 0.59	CHF 0.4	CHF 0.25*
off-net normal	CHF 1.29	CHF 0.99	CHF 0.79	CHF 0.79	CHF 0.79
on-net nieder	CHF 0.9	CHF 0.7	CHF 0.4	CHF 0.3	CHF 0.25*
off-net nieder	CHF 1.03	CHF 0.99	CHF 0.53	CHF 0.53	CHF 0.53
on-net Nacht/WE	CHF 0.8	CHF 0.7	CHF 0.2	CHF 0.2	CHF 0.25*
off-net Nacht/WE	CHF 1.03	CHF 0.99	CHF 0.53	CHF 0.53	CHF 0.53

* ab der 300. Minute im Monat 15 Rappen.

⁸⁵ Antworten der Fragebogen vom 29. November 2002, welche das Sekretariat in elektronischer Form erhielt.

Tabelle B-5: Preisunterschiede zwischen on-net- und off-net-Tarifen in Prozent

	<i>Easy</i>	<i>Budget</i>	<i>Swiss</i>	<i>International</i>	<i>Business</i>
normal	30,3%	41,4%	33,9%	97,5%	216%
nieder	14,4%	41,4%	32,5%	76,7%	112%
Nacht/WE	28,8%	41,4%	165%	165%	112%

186. In der Literatur wird dieses Verhalten als "preisinduzierte Netzwerkeffekte" bzw. "tariff-mediated network externalities" bezeichnet. Der Begriff stammt von LAFFONT, REY und TIROLE, jedoch weisen auch andere Autoren darauf hin, dass ein grosser Unterschied zwischen on-net- und off-net-Preisen vor allem für MFA mit grossen Marktanteilen von Vorteil ist⁸⁶. Auch in der Entscheidung der Österreichischen Wettbewerbsbehörde TKK in Sachen "Terminierung in öffentlichen Mobiltelefonnetzen" von 2004 wird auf diese Zusammenhänge hingewiesen⁸⁷.

187. Ein etablierter Anbieter, welcher als erster im MF-Markt aktiv ist, hat also von Anfang an ein Interesse an hohen Terminierungsgebühren. Dies aus zwei Gründen: Erstens generiert er auf diese Weise hohe F2M-Einnahmen und zweitens haben neu in den Markt eintretende MFA grosse Mühe, Kunden, und damit Marktanteile auf Kosten des etablierten Anbieters zu gewinnen. Kommt ein zweiter MFA, der anfangs über keine Kunden verfügt, in den Markt, in dem schon ein etablierter Anbieter über eine grosse Kundenbasis verfügt und die Terminierungsgebühr bereits hoch angesetzt hat, ist es für den neu Eintretenden notwendig, seine Terminierungsgebühren ebenfalls hoch anzusetzen. Denn wenn er sie tief ansetzt, gewinnt er keine zusätzlichen Kunden im Retail-Markt, da diese sich bei der Wahl eines Anbieters in der Regel nicht für die Terminierungsgebühr interessieren. Auf der anderen Seite würde er hohe Einnahmen aus den F2M-Anrufen verlieren⁸⁸. Es blieb also den neuen MFA Orange und Sunrise nichts anderes übrig, als der Preispolitik der Terminierungsgebühren von SCM zu folgen.

188. SCM macht in ihrer Eingabe vom 22. Mai 2006 geltend, dass preisinduzierte Netzwerkeffekte nicht existierten und empirisch nicht bewiesen seien. Dazu reichte SCM ein Gutachten von Prof. C.C. von Weizsäcker ein⁸⁹. Prof. C.C. von Weizsäcker steht mit dieser Ansicht in der ökonomischen Literatur praktisch alleine da. Die Literaturliste des Gutachtens ist entsprechend kurz, wobei keine einzige Angabe zu finden ist, welche dessen Sichtweise unterstützen würde⁹⁰. Zu bemerken ist zudem, dass SCM in ihrer Eingabe vom 25. Juli 2005 in ihren eigenen Berechnungen ebenfalls einen preisinduzierten Netzwerkeffekt aufgezeigt hat⁹¹. Im Übrigen handelt es sich bei den Berechnungen in Tabelle B-3 nicht um eine empirische Studie, sondern es werden lediglich auf der Basis von beobachteten Preisen und tatsächlichen Marktanteilen Überlegungen aufgezeigt, welche von jedem potenziellen MF-Kunden gemacht werden, wenn er sich für einen MFA in der Schweiz entscheiden will. Da es sich

dabei um ein bekanntes Phänomen handelt, welches von namhaften Wissenschaftlern in der ökonomischen Literatur im Bereich der Telekommunikation vielfach erwähnt und analysiert wird, wurde zusätzlich auf diese wissenschaftliche Literatur verwiesen (vgl. Rz. 186 oben).

189. SCM macht in ihrer Eingabe vom 22. Mai 2006 weiter geltend, dass es keinen Zusammenhang zwischen der Höhe der Terminierungsgebühren und der on-net-/off-net-Preisdifferenzierung gäbe. Die nachfolgende Rechnung zeigt jedoch, dass ein direkter Zusammenhang besteht. Die Kostenkomponenten eines on-net-Anrufes setzen sich wie folgt zusammen:

Kosten der Originierung + Kosten des Transits +
Kosten der Terminierung

Im Preisbeispiel wird dafür vom Endkunden ein Minutentarif von 25 Rappen verlangt. Bei einem Anruf auf ein fremdes Netz (off-net-Anruf) sind die Kosten wie folgt:

Kosten der Originierung + Kosten des Transits +
Terminierungsgebühr des fremden Netzes

Im Preisbeispiel aus Tabelle B-3 wird dafür vom Endkunden ein Minutentarif von 79 Rappen verrechnet. Folglich müssen die wesentlich höheren Kosten, welche bei einem off-net-Anruf durch die Terminierungsgebühr des fremden Netzes anfallen, früher oder später dem Endkunden überwältigt werden. Es besteht also ein direkter Zusammenhang zwischen den Terminierungsgebühren auf dem Wholesale-Markt und den hohen off-net-Gebühren im Retail-Markt.

⁸⁶ J.J. LAFFONT, P. REY, J. TIROLE, Network Competition I: Overview and Nondiscriminatory Pricing, RAND Journal of Economics 29, p. 38-56; JOSHUA S. GANS and STEPHEN P. KING, University of Melbourne, 1999, Termination Charges for Mobile Phone Networks; Competitive Analysis and Regulatory Options; M. WERNER, On the Nature of Competition in the Markets for Communication, 2002, www.dissertation.de/buch.php3?buch=1896; "ERG Common Position on the approach to Appropriate remedies in the new regulatory framework", ERG (03) 30rev1, 2004, http://erg.eu.int/doc/whatsnew/erg_0330rev1_remedies_common_position.pdf; "Assessing Effects of Price Regulation in European Retail Payment Systems", KARI KEMPPAINEN, Bank of Finland, 2004.

⁸⁷ www.rtr.at bzw. für den Entscheid: www.rtr.at/web.nsf/deutsch/Telekommunikation_Regulierung_Entscheidungen_Entscheidungen_M15abcde03.

⁸⁸ Siehe Rz. 174.

⁸⁹ In Rz. 288 ff. wird ausführlich auf weitere Argumente des Gutachtens eingegangen.

⁹⁰ S. 13 des Gutachtens.

⁹¹ In Rz. 182 wurde bereits ausführlich auf die Berechnungen von SCM eingegangen.

190. In Bezug auf die Festsetzung der Terminierungsgebühren durch Orange und Sunrise sind auch behördliche Eingriffe zu beachten. Aufgrund von Art. 11 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 16 FMG besteht für die MFA eine Verpflichtung zur Interoperabilität, von welcher auch die Terminierung in MF-Netze erfasst wird, was mithin zu einer Angebotsverpflichtung führt. Kostenorientierte Interkonnektion ist nach Art. 11 Abs. 1 FMG nur im Falle des Vorliegens einer Marktbeherrschung gegeben. Hingegen besteht bezüglich der Terminierung in MF-Netze auf entsprechendes Gesuch hin bereits gestützt auf Art. 11 Abs. 3 FMG die Möglichkeit der Festsetzung von markt- und branchenüblichen Bedingungen, welche für Dienste der Grundversorgung nach Art. 11 Abs. 2 FMG auch ohne Marktbeherrschung möglich ist. Auf Ersuchen von SCM wurde denn auch DiAx (heute: Sunrise) in einem vorsorglichen Massnahmeentscheid verpflichtet, für die internationale Terminierung (aus dem Ausland stammende Anrufe) 15 Rappen pro Minute zu verrechnen⁹². In einer weiteren Verfügung der ComCom hielt diese fest, dass sie für kleinere Anbieter eine Preisdifferenz von 10% bei den Terminierungsgebühren gegenüber dem historischen Anbieter als gerechtfertigt erachtet⁹³. Die Verfahren wurden aufgrund einer Verhandlungslösung zwischen SCM und Sunrise kurz vor Abschluss des Verfahrens durch Verfügung der ComCom vom 8. November 2001 vom Protokoll abgeschrieben. Von Bedeutung in diesem Zusammenhang ist, dass die von der ComCom erwähnte Preisdifferenz sich auf die Terminierungsgebühren auswirkte. Sunrise und auch Orange haben sich bei der Festlegung ihrer Terminierungsgebühren später an denjenigen von SCM orientiert und sich an der von der ComCom zugestandenen Preisdifferenz von plus 10% orientiert. Anlässlich der Anhörung vom 5. September 2005 wies SCM darauf hin, dass Sunrise im Rahmen eines Vergleichs, mit welchem die entsprechenden Interkonnektionsverfahren gestandslos wurden, eine Asymmetrie von 10% zugestanden wurde. Die Preisdifferenz von 10% wurde in Folge von Orange und Sunrise im Wesentlichen eingehalten (was in Abbildung A-2 ersichtlich ist) womit der Asymmetrie von 10% eine branchenweite Wirkung zugekommen ist.

191. Bezüglich der Asymmetrie von 10% vertrat Sunrise die Auffassung, dass ihr ein grösseres Delta zugestanden werden sollte. Eine unilaterale Erhöhung der Terminierungsgebühren war Sunrise jedoch kaum möglich, da aufgrund der vielschichtigen bilateralen Geschäftsbeziehungen mit anderen FTA einer gewissen Grösse Kündigungen von Backbone- oder Transitdiensten befürchtet werden mussten. Das erscheint in Anbetracht der Marktverhältnisse glaubhaft. Faktisch verfügten damit Orange und Sunrise über keine Möglichkeit der Erhöhung ihrer Terminierungsgebühren.

192. Im Zusammenhang mit der Marktstellung von Orange und Sunrise ist ebenfalls von Interesse zu analysieren, wie sich die Marktgegenseiten der drei MFA zusammensetzen. Werden die terminierten Minuten auf dem Netz von SCM der letzten drei Monate vor dem 31. Mai 2005 auf ihre Herkunft hin analysiert, so wird ersichtlich, dass ca. [30%-60%] der An-

rufe von Swisscom Fixnet stammten. Weitere ca. [30%-60%] stammten von den unmittelbaren Wettbewerbern von SCM (Orange, Sunrise und Tele2), wenn deren Festnetzanteil ebenfalls mitgerechnet wird. Der Rest, also die von den schweizerischen MFA unabhängig erzeugten Minuten, bestehend aus dem internationalen Verkehr und einigen kleinen in der Schweiz operierenden Festnetzanbietern, machten dann nur noch etwa [5%-20%] aller terminierten Minuten aus. Die so genannten on-net-Minuten von SCM sind darin nicht mitgerechnet. Würden diese mitgerechnet, so bestünde der Swisscom-interne Verkehr aus ca. [50%-80%], derjenige der Wettbewerber von SCM (inkl. deren Festnetzsparte) ca. [15%-30%] und der Rest noch etwa [5%-20%].

193. Die Marktgegenseiten von Orange und Sunrise sind zwar grundsätzlich ähnlich zusammengesetzt wie diejenige von SCM. Der Unterschied zur Marktgegenseite von SCM besteht jedoch darin, dass der Swisscom-Verkehr jeweils etwa 70% der terminierten Minuten ausmacht. Demgegenüber beträgt der Orange- bzw. Sunrise-Verkehr bei SCM nur rund [5%-20%]. Daraus wird ersichtlich, wie grundlegend sich die Positionen von SCM von denjenigen der kleinen MFA Orange und Sunrise unterscheiden.

194. Aufgrund der schwachen Positionen auf den Retail-Märkten und des Vorhandenseins so genannter preisinduzierter Netzwerkeffekte sowie aufgrund der starken Position von SCM und Swisscom Fixnet als Hauptnachfrager von Terminierungsleistungen ist davon auszugehen, dass Orange und Sunrise in der Zeit bis zum 31. Mai 2005 in ihren jeweiligen Wholesale-Märkten für eingehende Fernmeldedienste ihre Terminierungsgebühren nicht unabhängig festlegen konnten. Vielmehr mussten sie de facto ihre Preise an das von SCM festgelegte Preisniveau angleichen. Folglich bestehen für Orange und Sunrise in der Zeitperiode bis zum 31. Mai 2005 keine genügenden Anhaltspunkte für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG.

B.4.1.3 Ergebnis hinsichtlich der Marktbeherrschung

195. Die Analyse der Wettbewerbssituation in den relevanten Märkten hat ergeben, dass SCM als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren ist. Bei Sunrise und Orange konnten die Anhaltspunkte, welche zu Beginn der Untersuchung für den Zeitraum bis zum 31. Mai 2005 auf eine marktbeherrschende Stellung von Orange und Sunrise schliessen liessen, nicht erhärtet werden. Vorbehalten bleibt die Überprüfung der Marktstellung von Orange und Sunrise im weiteren Verlauf der Untersuchung für die Sachverhalte nach dem 1. Juni 2005. Wichtig dabei wird insbesondere sein, wie sie sich nach der vierzigprozentigen Preissenkung von SCM am 31. Mai 2005 verhalten haben.

⁹² Verfügung der ComCom vom 29. April 1999.

⁹³ Verfügung der ComCom vom 3. April 2001. Aufgehoben aus formellen Gründen durch Urteil des Bundesgerichts 2A.206/2001 vom 24. Juli 2001.

B.4.2 Unzulässige Verhaltensweisen von Swisscom Mobile

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

197. Im vorliegenden Fall ist zu prüfen, ob SCM im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG unangemessen hohe Preise für die Terminierung in ihr MF-Netz verlangte und somit die Endkunden der anderen FDA ausbeutete, welche die Terminierungsgebühr auf ihre Endkunden überwälzten (sog. Ausbeutungsmissbrauch, Kapitel B.4.2.1). Ebenfalls ist zu prüfen, ob SCM ihre Wettbewerber Orange und Sunrise im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG behinderte durch ihre Preissetzung im Bereich der Terminierung (sog. Behinderungsmissbrauch, Kapitel B.4.2.4). Ferner ist zu prüfen, ob eine Diskriminierung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG vorlag, indem gewisse FDA höhere Preise oder ungerechtfertigte Rabatte von SCM für die Terminierung erhielten. Gemäss Angaben von SCM veranschlagte SCM für alle FDA die gleichen Tarife. Damit bestehen diesbezüglich keine Anhaltspunkte, welche auf eine Diskriminierung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG hindeuten.

B.4.2.1 Erzwingung unangemessener Preise

198. Als unzulässige Verhaltensweise fällt u.a. die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen in Betracht (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG). Im Sinne dieses Ausbeutungstatbestandes ist ein Preis, den ein marktbeherrschendes Unternehmen festlegt, unangemessen, wenn er nicht Ausdruck von Leistungswettbewerb, sondern einer monopolnahen Dominanz auf dem relevanten Markt ist. Zu beachten ist jedoch, dass in der Aussicht, Gewinne über dem Wettbewerbsniveau zu erzielen, oftmals der Anreiz zu risikoreichen Investitionen und Innovationen liegt. Die Bekämpfung von Preisen über Wettbewerbsniveau darf somit nicht dazu führen, dass dieser Anreiz, den Leistungswettbewerb überhaupt erst aufzunehmen, zum Erliegen kommt. Das KG greift mit anderen Worten nur dort ein, wo die Preise nicht (mehr) das Resultat des Leistungswettbewerbs, sondern Ergebnis einer Wettbewerbsbeschränkung sind und wo demzufolge die Renditenormalisierungsfunktion, welche die Preisbildung im wirksamen Wettbewerb determiniert, ausgeschaltet ist⁹⁴.

199. Auch hohe Preise können gerechtfertigt sein, wenn die Preisbildung auf sachlichen Grundlagen ("legitimate business reasons") beruht⁹⁵. Zu beurteilen ist, ob die Preise in einem vernünftigen Verhältnis zum Wert der von einem marktbeherrschenden Unternehmen angebotenen Leistung stehen⁹⁶.

200. Anhaltspunkte für die Unangemessenheit eines Preises lassen sich aus einem Vergleich der Preise aus ähnlich gelagerten Vergleichsmärkten herleiten (sog. "Vergleichsmarktkonzept"). Sodann lassen sich aus dem Vergleich des Preises mit den Gestehungskosten

unter Berücksichtigung einer normalen Gewinnmarge Hinweise gewinnen, ob von einer unangemessenen und damit missbräuchlichen Preisbildung ausgegangen werden muss (sog. "Kostenmethode")⁹⁷. Da vorliegend SCM keine Angaben zu ihren Kosten leistete, welche eine auf dem Netz von SCM terminierte Minute verursacht, wird anstelle dieser Angaben auf Schätzungen dieser Kosten abgestellt (vgl. Rz. 254 f.). Dabei wird insbesondere auf Kostenberechnungen ausländischer MFA abgestellt.

201. Als Vergleichsmärkte kommen dabei insbesondere Gegenüberstellungen zu anderen geografischen Märkten für dasselbe Produkt in Frage, wie z.B. ausländische Märkte⁹⁸. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass für einen Vergleich auch einzelne Länder ausgewählt werden können, die über gewisse Grundvoraussetzungen verfügen, die sie für einen Vergleich geeignet machen. Zu diesen Grundvoraussetzungen gehören generelle wirtschaftliche, geografische und kulturelle Faktoren. Zudem darf es nicht so sein, dass in dem Vergleichsland ebenfalls ein überhöhtes Preisniveau vorhanden ist, welches auch auf einen mangelnden Wettbewerb schliessen lässt. Daher eignen sich insbesondere Länder, in denen die Terminierungsgebühren bereits durch die Regulierungsbehörden mit Hilfe eines Kostenmodells wie z.B. das LRIC-Modell⁹⁹ festgelegt wurden. Auf diese Weise ist sichergestellt, dass die Preise nicht ebenfalls überhöht sind und ein Vergleich somit wenig aufschlussreich ist. Bei der Anwendung eines Kostenmodells (LRIC) wird davon ausgegangen, dass die Bestimmung der Preise zu einem ähnlichen Preisniveau führt wie wirksamer Wettbewerb.

202. Eine weitere Möglichkeit besteht darin, dass die Preisniveaus einer Vielzahl von Ländern miteinander verglichen werden. Dies ist geschehen in der IRG-Grafik (Abbildung A-3) und im Skype-Index unter Rz.

⁹⁴ Vgl. hierzu etwa ROBERTO DALLAFIOR, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Rz. 113 zu Art. 7 KG; ROLAND VON BÜREN/EUGEN MARBACH, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., Bern 2002, Rz. 1335 ff.; ROGER ZÄCH, in: von Büren/David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/2, Kartellrecht, Basel/Genf/München 2000, S. 213 f.; RICHARD WHISH, Competition Law, 4th edition, London 2001, S. 635 je mit Hinweisen.

⁹⁵ ROGER ZÄCH, in: von Büren/David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/2, Kartellrecht, Basel/Genf/München 2000, S. 214; ROLAND VON BÜREN/EUGEN MARBACH, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., Bern 2002, Rz. 1336.

⁹⁶ Botschaft zu einem Kartellgesetz, BBl 1995 468 ff., S. 572.

⁹⁷ Zu diesen Konzepten vgl. etwa ROBERTO DALLAFIOR, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Rz. 116 f. zu Art. 7 KG.

⁹⁸ CLERC, in: Droit de la concurrence, Commentaire romand, Terrier/Bovet (Hrsg.), Basel 2002, Rz. 199 zu Art. 7.

⁹⁹ LRIC (Long Run Incremental Costs) ist die vom Bundesrat vorgegebene Methode zur Berechnung kostenorientierter Preise. LRIC steht für eine international anerkannte Berechnungsmethode, die auch in der EU in Interkonkurrenzverhältnissen angewandt wird. Für weitere Informationen siehe www.bakom.admin.ch/themen/telekom/00461/00885, "Grundsätze für die Implementierung und Best Practice betreffend LRIC" (nur auf Englisch).

239 unten. Dabei geht es allerdings nicht um einen direkten Vergleich der Preise mit dem Preisniveau in einem konkreten Land, sondern nur um die Position von SCM im internationalen Vergleich. Hier ist ebenfalls zu berücksichtigen, dass ein solcher Vergleich möglicherweise eine Vielzahl von Ländern enthält, welche ebenfalls mangelnden Wettbewerb aufweisen, der im jeweiligen Land zu überhöhten Preisen führte.

203. Die Beurteilung der Preise auf ihre Angemessenheit nach Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG erfolgt sinnvollerweise nach den Kriterien von Art. 13 PÜG¹⁰⁰. Abgestellt werden kann damit behelfsweise auf die in Art. 13 PÜG umschriebenen Beurteilungselemente¹⁰¹. Analog Art. 13 PÜG sind bei der Beurteilung von Preisen die Preisentwicklung auf Vergleichsmärkten (Kapitel B.4.2.1.1), die Notwendigkeit der Erzielung angemessener Gewinne (Kapitel B.4.2.1.2), die Kostenentwicklung (Kapitel B.4.2.1.3), besondere Unternehmensleistungen, besondere Marktverhältnisse und evtl. der Preissockel zu berücksichtigen. Im Zusammenhang mit dem Tatbestand in Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG ist zudem erforderlich, dass die unangemessenen Preise vom marktbeherrschenden Unternehmen erzwungen worden sind (Kapitel B.4.2.1.4).

204. Im vorliegenden Fall ist zu beurteilen, ob die Terminierungsgebühren von SCM in einem vernünftigen Verhältnis zum Wert der Terminierung ins MF-Netz von SCM stehen. Die nachfolgenden Analysen werden aufzeigen, inwiefern mittels Vergleichen die Angemessenheit der Preise im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG überprüft werden kann.

205. SCM macht in ihrer Stellungnahme vom 25. Juli 2005 sowie in ihrer Stellungnahme vom 22. Mai 2006 geltend, dass sie schon immer tiefere Terminierungsgebühren gehabt habe als ihre beiden Konkurrenten Orange und Sunrise. Die Terminierungsgebühr von SCM ist jedoch nicht mit derjenigen von Orange oder Sunrise zu vergleichen, da wie gezeigt wird, Orange und Sunrise ihr Verhalten nicht angelastet werden kann (vgl. Kapitel B.4.3 unten). Diese waren vielmehr dazu gezwungen, ihre Preise denjenigen von SCM anzugleichen (vgl. Rz. 187 oben).

B.4.2.1.1 Die Preisentwicklung auf Vergleichsmärkten

206. Soll die Vergleichsmarktmethode verwertbare Indizien für die Unangemessenheit von Preisen liefern, müssen die Vergleichsmärkte tatsächlich und rechtlich vergleichbar sein. Im Bereich der MF-Terminierung bieten sich einerseits ausländische Märkte zum Vergleich mit den Verhältnissen in der Schweiz an (Kapitel B.4.2.1.1.4 unten). Hierzu werden insbesondere ausländische MFA herangezogen. Andererseits bieten sich inländische Preise zum Vergleich an, insbesondere die Retail-Preise im MF-Markt (Kapitel B.4.2.1.1.1 unten) und die Terminierung ins Festnetz (Kapitel B.4.2.1.1.2 unten). Im vorliegenden Fall sind die Märkte im Ausland mit denjenigen der Schweiz vergleichbar, denn die Terminierung ist ein ausgesprochen homogenes und klar definiertes Gut,

das weltweit auf allen Telekommunikationsnetzwerken in gleicher Art angeboten und nachgefragt wird.

207. In Bezug auf den Missbrauch der marktbeherrschende Stellung von SCM im Bereich der Terminierung kann ergänzt werden, dass Behörden in anderen europäischen Staaten aus ähnlichen Überlegungen zu analogen Schlüssen wie die Weko in der vorliegenden Verfügung gekommen sind. Sektorspezifische und allgemeine Wettbewerbsbehörden einiger europäischer Länder haben im Rahmen fernmelde- oder kartellrechtlicher Verfahren bereits festgestellt, dass die Terminierungsgebühren, welche die MFA veranschlagt hatten, missbräuchlich hoch waren. Zu den Staaten, die sich in Bezug auf die Problematik der Terminierungsgebühren mit der Schweiz vergleichen lassen, gehören Österreich, Schweden, Norwegen, UK und Zypern (Kapitel B.4.2.1.1.4 unten). Weitere Hinweise liefert ein Blick auf die Regulierung (Kapitel B.4.2.1.1.3 unten) und auf die finanzielle Situation von SCM (Kapitel B.4.2.1.2 unten).

208. SCM macht in ihrer Stellungnahme vom 25. Juli 2005 geltend, dass bei einem Vergleich die Qualität des Gutes ebenfalls berücksichtigt werden müsse. Sie verweist dabei auf verschiedene internationale Preise, welche SCM gewonnen hat und auf interne Studien über die Kundenzufriedenheit. Diese Argumentation ist nicht nachvollziehbar, da sich die Argumentation von SCM auf die Retail-Ebene bezieht. Die "Qualität" der Terminierung auf den Wholesale-Märkten ist davon jedoch nicht betroffen.

B.4.2.1.1.1 Vergleich mit Retail-Preisen in der Schweiz

209. Bei den Endkundenpreisen (Retail-Preisen) für abgehende Anrufe aus einem MF-Netz muss zwischen privaten Anwendern und Geschäftskunden unterschieden werden. Beim Preisplan "NATEL business" waren die tiefsten Minutenpreise bei 15 Rappen¹⁰², während Geschäftskunden z.T. weniger als zehn Rappen pro Minute bezahlen mussten. In so genannten geschlossenen Benutzergruppen (closed user groups) für Geschäftskunden kann innerhalb der Gruppe teilweise sogar kostenlos telefoniert werden. Dies sind jedoch Minutentariife, welche innerhalb desselben Netzes (on-net) zur Anwendung gelangten und nicht den Durchschnittspreisen einer telefonierten Minute entsprechen. Um die Durchschnittspreise einer telefonierten Minute zu bestimmen, müssten unter Umständen die monatlichen Abonnementsgebühren und allfällige Gerätesubventionen noch mitberücksichtigt werden. Da Terminierungsgebühren Preise pro Minute sind, ist ein Vergleich mit Endkundenpreisen pro Minute folgerichtig.

¹⁰⁰ ROGER ZACH, in: von Büren/David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/2, Kartellrecht, Basel/Genf/München 2000, S. 214.

¹⁰¹ BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, Rz. 17 zu Art. 7.

¹⁰² Sämtliche Preise werden in Tabelle B-4 aufgelistet.

210. Aus der Betrachtung der Retail-Preise geht hervor, dass die Minutentariife für on-net-Anrufe für Endkunden deutlich unter den Minutentariifen für die Terminierung liegen. Dies ist insofern erstaunlich, als bei einem on-net-Anruf auf der Kostenseite sowohl die Originierung wie auch die Terminierung anfallen. Wenn ein Anruf von ausserhalb des eigenen Netzwerks terminiert wird (off-net-Anruf), entsteht auf der Kostenseite nur die Terminierung (und keine Originierung). Obwohl folglich ein on-net-Anruf wesentlich mehr Kosten verursacht, als ein off-net-Anruf, ist er für den Endkunden wesentlich billiger. Als Vergleichswert wird auf den tiefsten Minutentarif abgestellt, welcher im Businesspreisplan von SCM zu finden ist, ausmachend zehn Rappen pro Minute - die Terminierungsgebühr von 33.5 Rappen pro Minute beträgt daher mehr als das Dreifache davon.

211. SCM macht in ihrer Eingabe vom 25. Juli 2005 (Rz. 102) geltend, dass on-net-Tarife nicht mit der Terminierungsgebühr verglichen werden könnten. Sie argumentiert, dass die Abonnementsgebühr und die Handysubventionen ebenfalls berücksichtigt werden müssen. Diese Argumentation ist nicht schlüssig, da es sich in beiden Fällen um Minutentariife handelt. So können folgerichtig in beiden Fällen auch keine fixen Anteile wie Abonnementsgebühren oder Handysubventionen berücksichtigt werden. Im Fall von Endkundenpreisen verrechnet SCM einem eigenen Endkunden bspw. zehn Rappen, wenn er eine Minute lang mit einem anderen Kunden von SCM telefoniert. Im Fall der Terminierung verrechnet SCM einem FDA ein Preis von 33.5 Rappen pro Minute, wenn dessen Kunde mit einem Kunden von SCM eine Minute lang telefoniert. Abonnementsgebühren und Handysubventionen sind davon unberührt. Folglich können Minutentariife von Endkunden in sinnvoller Weise mit Minutentariifen der Terminierung verglichen werden.

212. Weil die Endkundenpreise bei SCM z.T. deutlich unter der Terminierungsgebühr von SCM lagen und weil überdies bei einem on-net-Anruf wesentlich höhere Kosten anfallen (nämlich neben der Terminierung noch die Originierung und evtl. noch ein Transit), muss aufgrund der Analyse der Endkundenpreise davon ausgegangen werden, dass die Terminierungsgebühr überteuert ist.

B.4.2.1.1.2 Vergleich mit den Terminierungsgebühren ins Festnetz

213. Als Weiteres folgt ein Vergleich mit der Terminierungsgebühr ins Festnetz. Die Festnetzgebühren in der Schweiz sind reguliert und die Preise wurden mit Hilfe eines LRIC-Modells berechnet. Sunrise und MCI haben ein Verfahren vor der ComCom angestrebt, um diese Preise noch weiter zu senken¹⁰³. Technisch unterscheidet sich die Terminierung ins Festnetz kaum von der Terminierung in ein MF-Netz¹⁰⁴. In beiden Fällen sind die computergesteuerten fernmeldetechnischen Vorgänge und Schaltungen gleichartig, so dass eine gewünschte Verbindung in Echtzeit erstellt werden kann. Ruft ein MF-Kunde, welcher z.B. mit einem MF-Anschluss von Orange telefoniert, auf einen Festnetzanschluss von Swisscom Fixnet an, so betrug die Terminierungsgebühr am 31. Mai 2005 im

Hochtarif 1.32 Rappen und im Niedertarif 0.66 Rappen. Hinzu kam eine Setup-Gebühr von einem bzw. 0.5 Rappen¹⁰⁵.

214. Wird also die Terminierungsgebühr im Festnetz mit derjenigen im MF-Netz verglichen, resultieren sehr hohe Preisunterschiede: Die Terminierungsgebühr ins MF-Netz von SCM beträgt im Hochtarif ca. 25-mal mehr bzw. im Niedertarif ca. 50-mal mehr als die Terminierungsgebühr ins Festnetz von Swisscom Fixnet oder irgendeinem anderen Festnetzbetreiber in der Schweiz.

215. Das auf Telekommunikation und IT spezialisierte Beratungsunternehmen OVUM hat eine Studie zur Höhe der Terminierungsgebühren in Europa erstellt. Gemäss dieser Ovum-Studie sind die Kosten für eine im MF-Netz terminierte Minute höher als im Festnetz. OVUM begründet die höheren Kosten der Terminierung ins MF-Netz u.a. mit den Kosten für die zugrunde liegenden Technologien und damit, dass auf dem Festnetz mehr Verkehr generiert wird als in den MF-Netzen wegen der höheren MF-Preise. Die Unterschiede zwischen der Festnetz- und der MF-Terminierung, welche bei den Kosten vorhanden sind, sollen gemäss OVUM etwa im Verhältnis 1:6 sein. D.h., wenn die regulierte einheitliche Terminierungsgebühr ins Festnetz ein Rappen betragen würde, so wäre die angemessene Terminierungsgebühr ins MF-Netz sechs Rappen pro Minute. Da Swisscom im Bereich Festnetz bei der Terminierung zusätzlich eine Setup-Gebühr verlangt, wird vorliegend von einem Anruf von zwei Minuten für die nachfolgenden Berechnungen ausgegangen. Die Terminierungsgebühr ins MF-Netz von SCM dürfte nach diesen Annahmen ca. acht Rappen pro Minute kosten. Die einzelnen Berechnungen sind in Tabelle B-6 dargestellt (Preise in Rappen).

¹⁰³ Entscheide der ComCom vom 30. August 2006, TDC bzw. MCI vs. Swisscom, www.comcom.admin.ch/themen/00500.

¹⁰⁴ Price Manual Version 6.43, gültig ab 1. Mai 2005, S. 6, zu finden auf der Internetseite von Swisscom: www.swisscom.com/FxRes/NR/rdonlyres/B2CF0D1D-5404-4A33-B886-E1153A95E1B4/0/PriceManualVersion643.pdf.

¹⁰⁵ Ovum-Studie "Mobile Termination Rates" vom Januar 2004, S. 10, kostenpflichtig; vgl. <http://store.ovum.com/Product.asp?tnpid=&tnid=&pid=26304&cid=0>.

Tabelle B-6: Berechnungen des OVUM-Verhältnisses von 1:6 auf schweizerische Verhältnisse

	<i>Festnetz (einfach)</i>		<i>Mobil (sechsfach)</i>		<i>Mischpreis Mobil (sechsfach)</i>
	Preis pro Minute	Setup-Gebühr	Preis pro Minute	Setup-Gebühr	
Niedertarif	0.66	0.5	3.96	3	5.46
Hochtarif	1.32	1	7.92	6	10.92
Durchschnitt	0.99	0.75	5.94	4.5	8.19

216. OVUM schätzt in derselben Studie, dass aufgrund der vorhandenen Kostenmodelle und -schätzungen die Preise für die Terminierung in ein MF-Netz in keinem entwickelten Land mehr als 9.2 Rappen (6 Eurocent) betragen dürften.

217. SCM macht in ihrer Eingabe vom 25. Juli 2005 geltend, dass Terminierungsgebühren ins Festnetz nicht vergleichbar seien mit den Terminierungsgebühren ins MF-Netz. In diesem Zusammenhang erwähnt SCM die aktuelle Leistungsfähigkeit des Netzes und erwähnt ebenfalls DSL-, GPRS-, EDGE-, UMTS- und andere Technologien, welche über die verschiedenen Netze zur Anwendung gelangen. Es ist jedoch nicht nachvollziehbar, was solche Technologien in diesem Zusammenhang für eine Rolle spielen könnten. Von Bedeutung ist, dass die Terminierung ein äusserst homogenes, perfekt vergleichbares Gut ist, das überall auf der Welt auf allen Telekommunikationsnetzen angeboten wird. In diesem Zusammenhang ist ebenfalls von Bedeutung, dass SCM in ihrer Eingabe vom 9. März 2004 an vier Stellen die Gleichheit der Terminierung im Fest- wie im MF-Netz unterstrich. Es ist denkbar, dass die Kosten, wie in der OVUM-Studie ausgeführt, höher liegen im Bereich Mobilfunk. Dass aber der Minutentarif einer terminierten Minute im MF-Netz um 25- bzw. 50-mal höher sein soll, als für die gleiche Dienstleistung im Festnetz, kann mit Blick auf die OVUM-Studie ausgeschlossen werden.

B.4.2.1.1.3 Vergleich mit Terminierungsgebühren gemäss ComCom-Entscheidung vom 29. April 1999

218. Als weiterer Indikator für die Angemessenheit der Höhe der Terminierungsgebühren kann auf die Terminierung von Anrufen aus dem Ausland, wie sie vor einigen Jahren zwischen den FDA angewandt wurde, zurückgegriffen werden. Im Zusammenhang mit der Frage der Angemessenheit im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG der Terminierungsgebühren ist der Entscheid der ComCom vom 29. April 1999 betreffend Interkonnektion (Mobilterminierung)/Anordnung vorsorglicher Massnahmen von Interesse. Umstritten war im damaligen Zeitpunkt auch die Höhe der Preise der internationalen Terminierung, d.h. der Terminierung von Anrufen, welche aus dem Ausland stammen. Der Anteil der Einnahmen aus der Terminierung von Anrufen aus dem Ausland beträgt etwa 15%. Aus historischen Gründen wurden während einer gewissen Zeit

nach der Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte unterschiedliche Preise für die nationale und internationale Terminierung verlangt. Diese in manchen Fällen günstigere internationale Terminierung war teilweise auf internationale Abkommen zwischen den früheren historischen Monopolanbietern zurückzuführen. Aus den zur Anwendung kommenden Tarifen können jedoch auch Rückschlüsse für die Angemessenheit der Terminierung im Allgemeinen gezogen werden.

219. Dabei ist zu beachten, dass die Terminierung in ein MF-Netz vom Übergabepunkt des Signals an identisch ist, unabhängig davon, ob ein Anruf seinen Ursprung im In- oder im Ausland hat.

220. Wesentlich ist beim Entscheid der ComCom vom 29. April 1999 insbesondere, dass zur Festlegung der internationalen Terminierungsgebühren von DiAx (heute: Sunrise) auf Ersuchen von SCM hin im Massnahmeverfahren auf einen Interkonnektionsvertrag zwischen SCM und Orange vom 21. Dezember 1998 abgestellt wurde (Swisscom to Orange Interconnection Terminating Service). Dieser Vertrag enthielt bis zum 30. November 1999 einen Terminierungspreis von 15 Rappen pro Minute. D.h., dass bereits im Jahr 1999 für die Terminierung in ein MF-Netz ein um ein Mehrfaches günstigerer Tarif bezahlt wurde, als er bei SCM noch bis zum 31. Mai 2005 zur Anwendung gelangte. Die ComCom setzte deshalb die internationalen Terminierungsgebühren der damaligen DiAx (heute: Sunrise) im Rahmen der vorsorglichen Massnahmen als markt- und branchenüblich auf 15 Rappen pro Minute fest.

221. In der Hauptsache schrieb die ComCom das entsprechende Interkonnektionsverfahren ab, da sich SCM und Sunrise (vormals DiAx) im Rahmen eines Vergleiches über alle strittigen Punkte einigen konnten. Insbesondere konnten sich die Parteien über die Preise für die Terminierung von nationalen und internationalen Anrufen in den MF-Netzen der beiden Parteien verständigen. Erst unmittelbar vor dem Entscheid der ComCom haben die beiden Parteien eine Sistierung um einen Monat beantragt und sich in diesem Zeitraum tatsächlich einigen können, nachdem frühere Schlichtungsverhandlungen zu keiner Lösung geführt hatten¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Pressemitteilung ComCom vom 27. November 2002.

222. Mit Entscheid vom 29. April 1999 (E. 4.2.2.1 in fine) wurde im Rahmen vorsorglicher Massnahmen durch die ComCom für die nationale Terminierung auf das Netz von DiAx (heute Sunrise) provisorisch eine Minutengebühr von 48.7 Rp. (peak) resp. 32.5 Rp. (off-peak) festgesetzt. Diese vor rund sieben Jahren erfolgte Festsetzung einer nationalen Terminierungsgebühr betraf einen damals erst kürzlich in den Markt eingetretenen Mobilfunkanbieter. Zudem erfolgte in diesem Entscheid ausnahmsweise eine Berücksichtigung der Kaufkraftparität, was die ComCom - gestützt durch das Bundesgericht - nicht tat (vgl. Rz. 234). Aus diesen Gründen kann SCM nicht ableiten, dass ihre Terminierungsgebühren im hier zu beurteilenden Zeitraum angemessen gewesen waren. Hingegen bleibt angesichts der Vergleichbarkeit von nationaler und internationaler Terminierungsgebühr die Beobachtung bemerkenswert, dass bereits vor dem Jahr 2000 für 15 Rp. höchstwahrscheinlich kostendeckend terminiert werden konnte.

223. Wird der Preis zwischen Orange und SCM für einen Vergleich verwendet, welcher von der ComCom für ihren Entscheid als Basis genommen wurde, so war die Terminierungsgebühr von SCM vor dem 31. Mai 2005 mehr als doppelt so hoch. Dies ist beträchtlich, da es sich in beiden Fällen um die gleiche Leistung, nämlich die Terminierung von Anrufen in das MF-Netz von SCM, handelt.

B.4.2.1.1.4 Vergleich mit Terminierungsgebühren im Ausland

224. Massgebend ist, dass die Terminierung ein ausgesprochen homogenes und klar definiertes Gut ist, welches in fast allen Ländern der Welt angeboten wird. Die Zuordnung der Kosten zu einer terminierten Minute erweist sich zwar als heikel, die Fragestellungen und Zuordnungsprobleme sind jedoch überall die gleichen. Unterschiede in der Höhe der Kosten können sich lediglich durch länderspezifische Besonderheiten ergeben. Die tatsächlichen länderspezifischen Abweichungen halten sich jedoch in engen Grenzen, sodass gemäss Angaben des Bakom die Kosten jeweils in der gleichen Grössenordnung anzusiedeln sind. SCM erwähnt in ihrer Stellungnahme vom 25. Juli 2005 sowie in ihrer Stellungnahme vom 22. Mai 2006 die NIS-Verordnung¹⁰⁷, welche in der Schweiz tiefere Grenzwerte für die Strahlenbelastung von MF-Antennen vorschreibt, das höhere Preis- und Lohnniveau und die besonderen topografischen Verhältnisse der Schweiz als Gründe, welche die Kosten des Mobilfunks im Vergleich mit anderen Ländern in die Höhe treiben. Nachfolgend wird auf die einzelnen Einwände eingegangen.

225. SCM macht in ihrer Stellungnahme vom 25. Juli 2005 sowie in ihrer Stellungnahme vom 22. Mai 2006 geltend, dass die Preise in der Schweiz sich nicht mit denjenigen im Ausland vergleichen liessen, wenn nur der Wechselkurs zu dessen Umrechnung benützt würde; es müsste auch die Kaufkraft des jeweiligen Landes mitberücksichtigt werden¹⁰⁸.

226. Das Sekretariat konsultierte im Rahmen der Amtshilfe das Bakom zu diesen Fragen. In ihrer Ein-

gabe vom 17. Dezember 2004 nahm das Bakom zu den einzelnen Fragen ausführlich Stellung.

227. Gemäss Bakom könnte die NIS-Verordnung theoretisch tatsächlich zu gewissen Mehrkosten führen. Es muss vor allem bei der Standortsuche mit höheren Kosten gerechnet werden. Eine Studie, welche in Deutschland erstellt wurde, zeigt jedoch, dass sich die Mehrkosten in engen Grenzen halten¹⁰⁹. Es wurde festgestellt, dass die zehnmal tieferen Grenzwerte, die in der Schweiz zur Anwendung gelangen, an fast allen geprüften Standorten in Deutschland auch eingehalten werden (S. 18 ff.). In einer zweiten vom Bakom eingereichten Studie¹¹⁰ wurden auch die Mehrkosten berechnet, mit denen die MFA zu rechnen hätten, wenn die Strahlengrenzwerte deutlich gesenkt würden (S. 47 ff.). Gemessen am Umsatz der Branche müssen die Umstellungskosten als sehr gering bezeichnet werden. Es kann daher geschlossen werden, dass die Erhöhung der tatsächlichen Kosten im Vergleich zu anderen Staaten aufgrund der NIS-Verordnung in der Schweiz im Bereich weniger Prozente anzusiedeln sind.

228. Der Vergleich mit den Preisen für Antennen und Zubehör sowie mit den Löhnen im Ausland ist gemäss Bakom ambivalent. Die Beschaffungsmärkte für MF-Anlagen sind international und die MFA in der Schweiz sind oft in der Lage, über ihre ausländischen Konzerngesellschaften ähnliche Preise für die Netzanlagen zu bezahlen. Auch die Lohnkosten im Telekommunikationssektor sind mit denjenigen anderer Länder vergleichbar. Die Schweiz weist verglichen mit anderen europäischen Staaten wenig Ausfälle durch Arbeitsniederlegungen aus. Ferner ist die Produktivität der Schweizer Arbeiter und die Anzahl Arbeitsstunden pro Arbeiter relativ hoch. Ferner sind die Kapitalkosten in der Schweiz verhältnismässig gering. Das Bakom verweist in diesem Zusammenhang auf mehrere Studien, in denen solche internationalen Vergleiche angestellt wurden¹¹¹.

229. SCM stützt sich in ihrer Eingabe vom 25. Juli 2005 des Weiteren auf eine konzerninterne Studie, wonach die Personalkosten in der Schweiz wesentlich höher seien als im Ausland. Die von SCM zitierte Studie "[...]" aus dem Jahr 2002 wurde jedoch trotz Aufforderung nur teilweise eingereicht. In einem weiteren "[...]" werden die Länder Niederlande, Schweden,

¹⁰⁷ Verordnung vom 23. Dezember 1999 über den Schutz von nicht ionisierender Strahlung.

¹⁰⁸ Weitere Ausführungen zur Kaufkraft sind in Rz. 233.

¹⁰⁹ EM-Institut, Ergebnisbericht über die Messung elektromagnetischer Felder in der Umgebung von Mobilfunksendeanlagen, Juli 2003.

¹¹⁰ "Strahlenangst - Risiken und Chancen für die Telekom-Branche", Soreon Research, Juni 2003.

¹¹¹ OECD Communications Outlook 2005, S. 245, <http://213.253.134.43/oced/pdfs/browseit/9305011E.PDF>; "Der Schweizer Arbeitsmarkt - Viel Lohn und wenig Regulierung" (<http://emagazine.credit-suisse.com/app/shop/index.cfm?fuseaction=OpenShopDetail&aoid=62687>) und "Standort Schweiz: Auf den ersten Blick teuer" (http://emagazine.credit-suisse.com/data/_product_documents/_articles/70083/spotlight.pdf), beides Publikationen der Credit Suisse.

Irland und Belgien herangezogen und deren Personalkosten ohne Angabe von weiteren Quellen aufgelistet. Eine Begründung für die eher zufällig erscheinende Auswahl des aus über 30 Staaten bestehenden Europa besteht nicht. Es kann daher geschlossen werden, dass die Wahl der Länder in der Studie nicht repräsentativ ist und dass die Studie nicht unabhängig erstellt wurde. Ferner ist eine Auseinandersetzung mit der Studie vorliegend nicht notwendig, da auf die Auskünfte des Bakom abgestellt werden kann. Die Aussagen von SCM widersprechen den Auskünften des Bakom und den dort beigelegten Studien der OECD.

230. Zur hohen Antennendichte und den Kosten pro Antenne in der Schweiz verweist SCM in ihrer Stellungnahme vom 25. Juli 2005 (Rz. 47 ff.) ebenfalls auf den trotz Aufforderung nur teilweise eingereichten "[...]" (siehe Rz. 229 oben). Hier wählte SCM die Länder Österreich, Irland, Belgien, Griechenland, Italien, das Vereinigte Königreich und die Niederlande ohne weitere Begründung aus. Aus den Zahlen über die jeweiligen Länder, deren Quellen ebenfalls nicht näher bezeichnet sind, geht hervor, dass die Kosten für Antennen in der Schweiz ein Vielfaches höher lägen, als dies in den genannten Ländern der Fall sei. Hierzu ist ebenfalls zu betonen, dass die Wahl der Länder in der Studie willkürlich getroffen wurde und nicht repräsentativ ist, dass die Studie nicht unabhängig erstellt wurde und dass sie trotz Aufforderung des Sekretariats nur teilweise eingereicht wurde. Ferner widersprechen die Ergebnisse den Auskünften des Bakom und den dort beigelegten Studien. Das Sekretariat stützt sich daher auf die entsprechenden Angaben und Aussagen des Bakom. Ferner ist zu erwähnen, dass die Vergleiche sich nicht auf gleiche Sachverhalte beziehen. Es kann, was Antennendichte anbelangt, nicht ein Land wie die Niederlande oder Griechenland mit der Schweiz verglichen werden. Allenfalls würde sich ein Vergleich von Zürich mit einer Stadt wie Rotterdam oder Athen eignen. Ferner ist die Anzahl der Antennen insbesondere in ländlichen Gegenden eine Frage der Abdeckung. SCM hat sich bewusst für eine hohe Netzabdeckung in der Schweiz entschieden. Daraus kann SCM aber nicht ableiten, dass sie deshalb höhere Terminierungsgebühren verlangen kann, denn eine hohe Qualität bzw. eine hohe Abdeckung ist eine unternehmerische Entscheidung.

231. Die topografischen Verhältnisse der Schweiz sind gemäss Bakom vergleichbar mit denen anderer Staaten. Insbesondere Österreich eignet sich diesbezüglich für einen Vergleich mit der Schweiz. Dabei ist zu beachten, dass sich die grosse Mehrheit der Antennen in den Agglomerationen befindet, wohingegen viele Bergregionen weit gehend unbewohnt sind und folglich dort auch kaum Antennen erstellt wurden. Auch bezüglich der Netzabdeckung sind die Verhältnisse im Ausland mit denjenigen in der Schweiz vergleichbar. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass allfällige Mehrkosten, welche einem schweizerischen MFA entstehen, im Vergleich zum Ausland als eher geringfügig bezeichnet werden müssen.

232. In der Stellungnahme vom 25. Juli 2005 (Rz. 47 ff.) wurde von SCM auf die besonders hohe Antennendichte in der Schweiz hingewiesen und sie macht geltend, dass die Kosten pro Antenne in der Schweiz höher seien als im Ausland. Erneut widersprechen diese Behauptungen den Auskünften des Bakom, welches sowohl die topografischen Verhältnisse wie auch die Kosten pro Antenne für durchaus vergleichbar hält. Die Argumentation von SCM ist in verschiedener Hinsicht zu hinterfragen. Die Antennendichte bezieht sich jeweils auf die Gesamtfläche des jeweiligen Landes und nicht auf die bewohnte bzw. durch Mobilfunk abgedeckte Fläche. Es ist davon auszugehen, dass die Antennendichte in Zürich nicht wesentlich anders ist als in Wien, Stockholm, Oslo oder New York. Ferner wird als Masszahl die gesamte Bevölkerung verwendet und nicht die Anzahl Mobilfunkkunden. Es kann daher auch in diesen Punkten davon ausgegangen werden, dass allfällige Mehrkosten, welche einem schweizerischen MFA entstehen, im Vergleich zum Ausland als geringfügig bezeichnet werden müssen.

233. Schliesslich ist zu erwähnen, dass die Preise in anderen Bereichen der Telekommunikation durchaus ähnlich sind wie die Preise im Ausland. So sind z.B. die Minutentariife im Festnetz in der Schweiz im europäischen Mittelfeld; werden nur die Preise für internationale Anrufe betrachtet, so gehört die Schweiz in Europa sogar zu den Günstigsten¹¹² - und dies auch ohne die Berücksichtigung der Kaufkraft.

234. In Bezug auf die Kaufkraftbereinigung ist zu erwähnen, dass es durchaus sinnvoll ist, einen in der Schweiz gültigen Preis mit einem Preis aus einem anderen Staat mit einer anderen Währung zu vergleichen und dazu die Umrechnung mit Hilfe des Wechselkurses vorzunehmen. Wenn in der Schweiz neben dem Terminierungspreis von SCM auch noch andere Preise überhöht sind, so bedeutet dies nicht, dass der Terminierungspreis dadurch im Vergleich zum Ausland weniger überhöht ist. Dies ist jedoch die Logik einer Kaufkraftbereinigung. Ferner gilt es ebenfalls zu berücksichtigen, dass ein Teil der terminierten Minuten von ausländischen Telekommunikationsunternehmen nachgefragt und bezahlt wird. Dies macht bei den schweizerischen MFA ca. 15% der Einnahmen aus der Terminierung aus. Für diese 15% werden die Rechnungen in Schweizer Franken verlangt und mit dem entsprechenden Wechselkurs des jeweiligen Landes umgerechnet. Dabei nehmen die schweizerischen MFA ebenfalls keine Kaufkraftbereinigung vor. Die ComCom hat in ihrem Entscheid vom 10. Juni 2005 bei ihrem Ländervergleich ebenfalls auf eine Kaufkraftbereinigung verzichtet. Das Bundesgericht hat in ihrem Entscheid vom 21. April 2006 diese Sichtweise explizit gestützt¹¹³.

¹¹² "Um die Schweiz erweiterter Auszug aus dem 11. Implementierungsbericht der Europäischen Union (Stand 2005)", S. 99, www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00887; OECD Communications Outlook 2005, S. 197, <http://213.253.134.43/oecd/pdfs/browseit/9305011E.PDF>.

¹¹³ Urteil 2A.450/2005 vom 21. April 2005, Erwägung 6.5.

235. Das Bakom und die Preisüberwachung¹¹⁴ vertreten in Bezug auf die Kaufkraftbereinigung eine ähnliche Auffassung. Das Bakom hat eigens für das Thema der Preisvergleiche eine Website aufgeschaltet, in der verschiedene wissenschaftliche Beiträge und Auftragsstudien von Swisscom und anderen Unternehmen zum Thema abrufbar sind¹¹⁵. Es gibt grundsätzlich keinen Anlass, Preisvergleiche z.B. von der Independent Regulators Group - IRG¹¹⁶, der um die Schweiz erweiterten Auszüge aus den Implementierungsberichten der EU¹¹⁷ oder von einer Studie im Auftrag des Bakom von Wik-Konsult¹¹⁸ über verschiedene Volkswirtschaften, welche auf Wechselkursen beruhen, anzuzweifeln.

236. SCM machte zwar geltend, dass sie in der Schweiz höhere Kosten habe als MFA im Ausland. Sie machte jedoch trotz mehrfacher Aufforderung keinerlei Angaben über ihre tatsächlichen Kosten. Die Weko muss daher weitgehend auf öffentlich zugängliche Quellen und insbesondere auf die Angaben des Bakom zurückgreifen. Es kann davon ausgegangen werden, dass sich die Mehrkosten gemäss den Angaben des Bakom in sehr engen Grenzen halten. So kann die Weko davon ausgehen, dass die Kosten einer terminierten Minute in der Schweiz vielleicht einige Prozent höher sind als in anderen Staaten, jedoch nicht doppelt so hoch oder mehr.

237. Nachfolgend sollen mit Hilfe von ausländischen internationalen Statistiken, Angaben von anderen Behörden, Preisindikatoren sowie anderen MFA mehrere Vergleiche erstellt werden.

238. Auf eine Statistik von der "Independent Regulators Group" (IRG) wurde bereits im Kapitel A.1.3 (Rz. 13 oben) hingewiesen. Hier werden sämtliche Terminierungsgebühren des Europäischen Wirtschaftsraumes aufgelistet. Dort ist die Schweiz mit 33.5 Rappen europaweit am teuersten. Die Skala beginnt mit Zypern bei ca. 9.8 Rappen pro Minute, der Durchschnitt ohne SCM beträgt ca. 19.5 Rappen pro Minute. Zur Umrechnung in Schweizer Franken wurde ein Wechselkurs von CHF/€ 1.54 verwendet.

239. Einen weiteren Preisindikator liefert die Firma Skype. Skype ist ein Internet-Dienst, mit dem über Internet gratis telefoniert werden kann, sofern beide Benutzer über einen (breitbandigen) Internet-Anschluss verfügen. Will ein Benutzer ein Telefonat auf ein gewöhnliches Telefon ausserhalb des Internets machen, so kann er das, jedoch ist dies kostenpflichtig. Anrufe sind praktisch in alle Länder der Welt möglich. Eine aktuelle Preisliste findet sich auf der Website von Skype¹¹⁹. Aus der Sicht eines FDA wie Skype entstehen in jedem Land pro Minute nur die Kosten der Interkonnektion und darin enthalten die Terminierungsgebühren der jeweiligen MFA. Eine Analyse dieser Preise am 5. Januar 2005 hat ergeben, dass die Schweiz von weltweit 132 möglichen Ländern, in denen auf Mobiltelefone angerufen werden kann, mit einem Minutentarif ohne Mehrwertsteuer von ca. 46 Rappen den fünfthöchsten Preis der Welt und damit den 128. Rang innehatte; sie wurde nur von Syrien (ca. 47 Rappen), Katar (ca. 47 Rappen), Honduras (ca. 48 Rappen) und Grönland (ca. 66 Rap-

pen) übertroffen. Die Preisskala begann mit Kanada und den USA, wo das Telefonieren mit Skype auf ein Mobiltelefon lediglich 2.6 Rappen pro Minute kostete.

240. Es wurden für die Analyse aufgrund der Vergleichbarkeit jeweils nur die MF-Betreiber eines Landes ohne Mehrwertsteuer verwendet. Als Wechselkurs CHF/€ diente 1.54. SCM machte in ihrer Eingabe vom 25. Juli 2005 geltend, dass die Werte von Kanada und der USA nicht vergleichbar seien, da dort nicht das so genannte "cpp-principle" gilt. Der Einwand ist zwar berechtigt, ändert jedoch nichts an der Spitzenposition von SCM mit der höchsten Terminierungsgebühr im europäischen Vergleich. Die Darstellung der Zahlen soll nur zeigen, wo SCM im internationalen Umfeld steht, es geht nicht, wie von SCM geltend gemacht wird, um einen direkten Vergleich von SCM mit Kanada oder den USA.

241. Die Statistik der IRG sowie die Analyse der Retail-Preise von Skype liefern einen aussagekräftigen internationalen Preisvergleich, aus dem hervorgeht, in welcher Grössenordnung international gesehen die Terminierungsgebühr von SCM anzusiedeln war. Die Analyse der Preise von Skype zeigt, dass die drei schweizerischen MFA weltweit zu den teuersten gehörten, die Analyse der IRG-Zahlen, dass die drei schweizerischen MFA die teuersten in Europa waren.

242. Nun sollen weitere Vergleiche mit einzelnen Ländern Aufschluss über die Verhältnisse in der Schweiz liefern. Dazu werden jeweils einige Merkmale des Landes einbezogen. Obwohl die topografischen Verhältnisse sich teilweise von denjenigen in der Schweiz unterscheiden, ist davon auszugehen, dass sich eher geringe konkrete Auswirkungen auf die Kosten der MFA ergeben. Von der Grösse der Volkswirtschaft, Bevölkerung, Höhe der Preise und Löhne, Verbreitung des Mobilfunks etc. sind die Länder Österreich, Schweden und Norwegen jedoch weitgehend mit der Schweiz vergleichbar. In der Schweiz ist die Fläche 41'285km², die Bevölkerung 7.2 Mio. und die Landschaft gebirgig, SCM verfügt über 3.9 Mio. MF-Kunden.

243. Als erstes aufschlussreiches Vergleichsland kann Österreich beigezogen werden (Fläche 83'859 km², Bevölkerung 8,065 Mio., viel Gebirge, der grösste

¹¹⁴ RPW 2003/5, S. 1014.

¹¹⁵ www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00914.

¹¹⁶ The Independent Regulators Group - IRG, <http://irgis.anacom.pt/admin/attachs/390.pdf>.

¹¹⁷ "Um die Schweiz erweiterter Auszug aus dem 11. Implementierungsbericht der Europäischen Union (Stand 2005)", www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00887.

¹¹⁸ "Stand des Schweizer Telekommunikationsmarktes im internationalen Vergleich" des Wissenschaftlichen Instituts für Kommunikationsdienste (WIK) vom Mai 2002, www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00892.

¹¹⁹ www.skype.com/intl/de/products/skypeout/rates/all_rates.html?currency=CHF.

MFA Mobilcom verfügt über 2.3 Mio. MF-Kunden). In Österreich gibt es insgesamt fünf MFA. Die Retail-Preise sind z.T. deutlich tiefer als in der Schweiz. So ist ein on-net-Anruf in der Regel umsonst oder kostet lediglich einen Eurocent. Beim Abschluss eines Abonnements erhält man ein MF-Telefon kostenlos und auch die Abonnementspreise sind von der Art und Höhe her vergleichbar. Ferner ist zu erwähnen, dass vier der fünf MFA in Österreich operativ Geld erwirtschaften¹²⁰. Aus einer Studie, welche SCM in der Eingabe vom 20. September 2005¹²¹ einreichte, geht hervor, dass die EBITDA-Margen¹²² der österreichischen MFA zwischen 18,6% und 42% lagen. Die Terminierungsgebühren lagen zwischen ca. 16 Rappen (Mobilkom, 10.86 Eurocent) und ca. 30 Rappen (H3G, 19.62 Eurocent)¹²³. Die Rundfunk- und Telekom Regulierungs-GmbH in Österreich¹²⁴ beschloss, die Terminierungsgebühren nach einem LRAIC-Modell¹²⁵ zu berechnen und entsprechend die Preise festzulegen. In ihrer Entscheidung vom 20. Dezember 2005 wird ein Terminierungsentgelt von ca. 13 bis 17 Rappen festgesetzt¹²⁶.

244. Als weiteres Vergleichsland kann Schweden berücksichtigt werden (Fläche: 410'934 km², Bevölkerung 8,9 Mio., viel Gebirge, der grösste MFA Telia verfügt über 4.4 Mio. MF-Kunden). Die schwedische Behörde für Post und Telekommunikation¹²⁷ hat für die drei schwedischen MFA Telia Sonera, Tele2 und Vodafone mit Hilfe eines LRIC-Modells die Kosten bestimmt. In ihrem Entscheid vom 2. November 2005¹²⁸ verpflichtete sie die drei MFA zu einer Terminierungsgebühr von höchstens 11.8 Rappen (72.54 Öre) für das Jahr 2005. Aus einer Studie, welche SCM in der Eingabe vom 20. September 2005 einreichte¹²⁹, geht hervor, dass die EBITDA-Margen der schwedischen MFA im Jahr 2004 zwischen 34% und 47,1% lagen.

245. Als weiteres Vergleichsland kann Norwegen betrachtet werden (Fläche: 323'758 km², Bevölkerung: 4,521 Mio., viel Gebirge, der grösste MFA Telenor Mobil verfügt über 3.2 Mio. MF-Kunden). Hier wurden ebenfalls die Terminierungsgebühren aufgrund von Wettbewerbsproblemen für den ehemaligen Monopolisten Telenor festgelegt und der Aufbau eines LRIC-Modells zur Berechnung der Preise geplant. Die Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation¹³⁰ legte einen durchschnittlichen Preis von ca. 12.6 Rappen pro Minute für MFA, die über ein kombiniertes 900/1800-Netz wie dasjenige von SCM verfügen, fest (0.65 Kronen)¹³¹. Dieser Preis ist bemerkenswert tief, wenn bedacht wird, dass die MFA in Norwegen eine wesentlich kleinere Bevölkerung auf einer gebirgigen Fläche, die fast achtmal grösser ist als die Schweiz, mit MF-Dienstleistungen abdecken müssen. Aus einer Studie, welche SCM in der Eingabe vom 20. September 2005¹³² einreichte, geht hervor, dass die EBITDA-Margen der norwegischen MFA zwischen 29,6% und 37,2% lagen.

246. Zu erwähnen ist ebenfalls Zypern. Der gebirgige Inselstaat mit ca. 800'000 Einwohnern weist europaweit die niedrigste Terminierungsgebühr auf und ist daher in der IRG-Statistik Preisführer¹³³. In Anbetracht

der hohen Fixkosten, welche der Aufbau eines MF-Netzes verursacht, die sich auf wesentlich weniger Kunden bzw. Minuten verteilen, als bei den meisten anderen europäischen MFA, ist zu erwarten, dass ein LRIC-Preis in Zypern höher anzusiedeln ist, als in Ländern wie Schweden, Österreich oder der Schweiz. Das Gegenteil ist jedoch der Fall: bei SCM kostete eine terminierte Minute am 31. Mai 2005 mehr als dreimal soviel wie in Zypern. Zypern ist zwar wesentlich kleiner als die Schweiz; trotzdem ist das Land bemerkenswert, weil es die gesamte Grösse der Preisdifferenz zwischen dem in Europa billigsten und teuersten Land aufzeigt.

B.4.2.1.1.5 Zusammenfassung der Preisvergleiche

247. In Tabelle B-7 werden die verschiedenen Vergleiche gemäss den vorherigen Ausführungen aufgelistet. Dabei sind in der mittleren Spalte die Preise pro Minute in Rappen angegeben. In der rechten Spalte werden die Preise anschliessend als Faktor der Terminierungsgebühr von SCM angegeben. Als Beispiel soll die zweite Zeile mit Österreich erläutert werden; sie liest sich wie folgt: Die Terminierungsgebühr von SCM (33.5 Rappen) ist 2.1-mal höher als die Terminierungsgebühr in Österreich (16 Rappen). Analog zur zweiten Zeile sind alle weiteren Zeilen zu lesen.

248. Die Vergleiche zeigen, dass erhebliche Unterschiede zwischen der Terminierungsgebühr von SCM und den anderen Vergleichszahlen bestehen. Selbst wenn die NIS-Verordnung und eine andere Topografie der Schweiz zu höheren Kosten führen würden, sind die festgestellten Preisunterschiede derart deutlich, dass sie mit diesen Argumenten nicht zu begründen sind.

¹²⁰ NZZ Nr. 289 vom 10. Dezember 2004, S. 27.

¹²¹ MERRILL LYNCH, "European Wireless" vom 14. April 2005.

¹²² Vgl. Rz. 249.

¹²³ www.rtr.at/web.nsf/deutsch/Telekommunikation_Markt_Marktinfos_Marktinfos_ICMobilfunk2005-06?OpenDocument, umgerechnet mit einem Wechselkurs CHF/€ von 1.54.

¹²⁴ www.rtr.at.

¹²⁵ Long Run Average Incremental Cost.

¹²⁶ www.rtr.at/web.nsf/deutsch/Telekommunikation_Regulierung_Entscheidungen_Entscheidungen_Mobilterminierung2005?OpenDocument, diverse Entscheide, jeweils S. 2.

¹²⁷ www.pts.se.

¹²⁸ www.pts.se/Dokument/dokumentlista.asp?SectionId=2261.

¹²⁹ MERRILL LYNCH, "European Wireless" vom 14. April 2005.

¹³⁰ www.npt.no.

¹³¹ www.npt.no/pt_internet/eng/smp/16/Final_decisions_M16.pdf.

¹³² MERRILL LYNCH, "European Wireless" vom 14. April 2005.

¹³³ The Independent Regulators Group - IRG, <http://irgis.anacom.pt/admin/attachs/390.pdf>.

Tabelle B-7: Zusammenfassung der Preisvergleiche

	<i>Preis</i>	<i>Faktor</i>
SCM	33.5 Rappen	1.0
Österreich	16 Rappen	2.1
ComCom-Entscheid	15 Rappen	2.2
Norwegen	12.6 Rappen	2.7
Schweden	11.8 Rappen	2.8
Tiefster Retail-Preis SCM	10 Rappen	3.4
Zypern (Günstigster in Europa)	9.8 Rappen	3.4
Terminierung Festnetz peak	1.32 Rappen	25.4
Terminierung Festnetz off-peak	0.66 Rappen	50.8

B.4.2.1.2 Die Erzielung angemessener Gewinne

249. Eine Analyse der Geschäftsberichte von SCM¹³⁴ der Jahre 2001 bis 2005 zeigt, dass SCM über die letzten Jahre ausserordentlich hohe Gewinne sowie einen hohen EBITDA¹³⁵ ausweist. In Tabelle B-8 sind die Angaben der letzten fünf Jahre in Millionen Schweizer Franken bzw. in Prozent dargestellt.

Tabelle B-8: Die EBITDA-Margen von SCM 2001 bis 2005

	<i>2001</i>	<i>2002</i>	<i>2003</i>	<i>2004</i>	<i>2005</i>
Nettoumsatz	3'983	4'112	4'140	4'356	4'168
EBITDA	1'876	1'974	1'984	1'976	1'850
EBIT	1'585	1'685	1'674	1'617	1'477
Marge	47,1%	48%	47,9%	45,4%	44,4%

250. SCM macht in ihrer Stellungnahme vom 25. Juli 2005 sowie in ihrer Stellungnahme vom 22. Mai 2006 geltend, dass diese hohen Margen durchaus branchenüblich seien. Dazu präsentiert sie Zahlen von bestimmten MFA aus ausgewählten Ländern, welche alle ebenfalls über hohe Margen verfügen. Die Überprüfung der Zahlen hat jedoch ein anderes Bild ergeben. Aus der von SCM zitierten Studie¹³⁶ geht hervor, dass die Schweiz bei den Masszahlen "Ertrag pro Minute" und bei "EBITDA pro POP" den Spitzenplatz einnimmt. Ferner hat SCM einige Länder mit z.T. deutlich tieferen Margen weggelassen. Zudem waren die zitierten MFA in den jeweiligen Ländern ebenfalls immer diejenigen MFA mit den jeweils höchsten

Margen. Schliesslich macht SCM geltend, dass die Marge von SCM international gesehen dem Durchschnitt entspreche. Dies ist zu erwähnen, da die jeweiligen Länderdurchschnitte ebenfalls in der von SCM zitierten Studie auf den jeweils gleichen Seiten zu finden sind und ausnahmslos und z.T. deutlich unter den Margen von SCM liegen.

251. Gemäss OECD Communications Outlook 2005 gehört die Schweiz, und damit insbesondere SCM, im Bereich Mobilfunk weltweit zu den Ländern mit den höchsten Einnahmen pro Kunde¹³⁷. Bei den Masszahlen Einnahmen pro Mitarbeiter, Einnahmen pro Anschluss, Einnahmen pro Kopf (Bevölkerung) und Einnahmen pro Mitarbeiter im Bereich Telekommunikation nimmt die Schweiz bzw. Swisscom ebenfalls einen Spitzenplatz ein.

252. Das Bundesgericht äusserte sich in einem Urteil über einen lokalen Kabelnetzbetreiber vom 14. Juni 2004 ebenfalls zu hohen Gewinnen und hielt darin Folgendes fest¹³⁸: "Im Übrigen hat die Beschwerdeführerin in den Jahren 1998/1999 und 1999/2000 Reingewinne von je ca. CHF 1,5 Mio. erzielt. Unabhängig von der Grössenordnung allfälliger damals bestehender stiller Reserven sind bei solchen Gewinnsummen in der Vergangenheit klar überhöhte Gewinne erzielt worden; es drängt sich der Schluss auf, dass die Beschwerdeführerin einen Preis hat festsetzen können, der ihr Gewinne ermöglichte, die höher als 'angemessen' im Sinne von Art. 13 Abs. 1 Bst. b PÜG waren." Die Aussagen des Bundesgerichts sind hier für SCM analog anzuwenden. Zusätzlich zur absoluten Höhe der Gewinne kann für eine bessere Vergleichbarkeit auch das Verhältnis des Gewinns zum Umsatz berücksichtigt werden. Hierzu kann die so genannte EBIDTA-Marge herangezogen werden, die mit 44,4% bis 48% über die letzten Jahre ebenfalls als sehr hoch angesehen werden muss.

253. Vorliegend ist mit Blick auf diese Rechtsprechung festzustellen, dass die Situation aufgrund der ausserordentlich guten finanziellen Lage von SCM vergleichbar beurteilt werden kann. Danach hat SCM in Ausnutzung ihrer Marktmacht einen Preis (Terminierungsgebühr) festsetzen können, der ihr überhöhte Gewinne einbrachte, die als deutlich mehr als angemessenen zu qualifizieren sind.

B.4.2.1.3 Die Kostenentwicklung

254. Mit Schreiben vom 29. November 2002 forderte das Sekretariat SCM auf, Angaben über die Höhe der Kosten zu liefern. Die meisten Fragen zu diesem Thema wurden gar nicht oder unvollständig beantwortet. SCM machte regelmässig geltend, die Informationen, insbesondere zu Kostenrechnungsdaten,

¹³⁴ www.swisscom-mobile.ch/scm/wir_finanzzahlen-de.aspx.

¹³⁵ EBITDA: Betriebsgewinn vor Abschreibungen, Zinsen und Steuern; EBIT: Betriebsgewinn vor Zinsen und Steuern; Marge = EBITDA/Nettoumsatz.

¹³⁶ MERRILL LYNCH, "European Wireless" vom 14. April 2005.

¹³⁷ OECD Communications Outlook 2005, S. 73, <http://213.253.134.43/oecd/pdfs/browseit/9305011E.PDF>.

¹³⁸ BGE 130 II 449, E. 6.

seien nicht verfügbar und vor allem sei deren Zuordnung nicht möglich. Es ist daher aufgrund der fehlenden Angaben nicht möglich, genau zu bestimmen, welche Kosten SCM durch eine terminierte Minute auf ihrem Netz entstehen.

255. Das Bundesgericht hält in diesem Zusammenhang fest, dass die Parteien eine Mitwirkungs- und Auskunftspflicht trifft (Art. 40 KG; Art. 13 VwVG)¹³⁹. Diese Pflicht bestehe insbesondere hinsichtlich solcher Unterlagen, die naturgemäss nur die Parteien liefern können¹⁴⁰. Diesbezüglich ist hervorzuheben, dass die Wettbewerbsbehörden zur Wahrung des Amts- und Geschäftsgeheimnisses verpflichtet sind (Art. 25 KG). Da sich SCM jedoch weigerte, entsprechende Unterlagen zu liefern, oder ausführte, sie verfügten über keine entsprechenden Unterlagen, ist die Weko gezwungen, auf andere Informationen, welche dienlich sein können, zurückzugreifen. Vorliegend bietet sich an, die Kosten anderer MFA bzw. die Aussagen anderer Behörden über die Kosten der MFA in Betracht zu ziehen.

256. Die Rundfunk- und Telekom Regulierungs-GmbH in Österreich hat beschlossen, die Terminierungsgebühren nach einem LRAIC-Modell zu berechnen und entsprechend die Preise festzulegen. In ihrer Entscheidung vom 19. Dezember 2005 schätzt die Behörde die Kosten eines effizienten Betreibers auf ca. 10.4 Rappen (6.79 Eurocent)¹⁴¹. Dieser Wert ist eine Schätzung der Kosten einer terminierten Minute in Österreich. Die wahren Kosten der Terminierung dürften noch tiefer liegen, weil einerseits die Betreiber ein Interesse daran haben, möglichst hohe Kosten auszuweisen und ihnen andererseits ein branchenüblicher "Mark-up" gewährt wird.

257. Die schwedische Behörde für Post und Telekommunikation "Post-och telestyrelsen" (PTS) bestimmte für die drei schwedischen MFA Telia Sonera, Tele2 und Vodafone mit Hilfe eines LRIC-Modells die Kosten¹⁴². In ihrem Entscheid vom 1. Juli 2005 verpflichtete sie mittelfristig die drei MFA zu einer Terminierungsgebühr von höchstens ca. 8.8 Rappen (54 Öre). Analog zur Entscheidung in Österreich ist dieser Wert eine Schätzung der Kosten einer terminierten Minute in Schweden.

258. Die Englische Regulierungsbehörde OFCOM (Office of Communications)¹⁴³ hat für das Vereinigte Königreich ebenfalls mit Hilfe eines LRIC-Modells die Kosten einer terminierten Minute auf dem Netz von Vodafone bestimmt. Dabei hat sie die Kosten für ein kombiniertes 900/1'800-Netz (wie dasjenige von SCM) auf etwa 8.6 Rappen pro Minute geschätzt¹⁴⁴.

259. Gemäss der Ovum-Studie "Mobile Termination Rates" vom Januar 2004 (siehe Rz. 215 oben) betragen die Kosten der Terminierung im Bereich Mobilfunk nicht mehr als das sechsfache der Kosten der Terminierung im Bereich Festnetz. Die Berechnungen in Rz. 215 oben haben ergeben, dass die Kosten der Terminierung ins MF-Netz von SCM ca. 8 Rappen pro Minute betragen dürften. Die Kosten wurden in der Studie sowohl im Festnetz wie auch im MF-Netz mit Hilfe eines LRIC-Modells ermittelt.

260. Auch die amerikanischen Behörden haben im Fall Sprint gegen Verizon Schätzungen zur Höhe von Terminierungskosten erstellt. In zwei Regionen der USA wurden dabei unterschiedliche LRIC-Preise geschätzt: In Florida beträgt der Wert \$0.066194 und in New York \$0.041871. Dies entspricht einem Wert von ca. 8.6 bzw. 5.4 Rappen bei einem Wechselkurs von 1.3. Diese Werte sind in MOU (minute of usage) berechnet, unterscheiden also nicht zwischen Originierung und Terminierung.

261. Die Federal Communications Commission (FCC, amerikanische Regulierungsbehörde für Telekommunikation)¹⁴⁵ geht ebenfalls von überhöhten Terminierungsgebühren in Europa aus. Sie geht dabei von vorsichtigen Schätzungen für die höchstmöglichen Kosten einer terminierten Minute aus. Sie gibt in ihrer Ankündigung "FCC Seeks Information on Foreign Mobile Termination Rates" vom 26. Oktober 2004 \$ 0.085 bzw. ca. zehn Rappen als höchstmögliche Kosten an¹⁴⁶. Es wird jedoch angedeutet (auf S. 53), dass die wahren Kosten je nach Land auch deutlich unter den genannten Werten liegen könnten.

262. In Tabelle B-9 werden die einzelnen Berechnungen und Schätzungen der Kosten zusammengefasst.

263. Zusammenfassend kann aus den verschiedenen Berechnungen und Schätzungen geschlossen werden, dass die wahren Kosten einer terminierten Minute auf dem Netz von SCM erheblich unter den verlangten 33.5 Rappen pro Minute liegen dürften und unter Berücksichtigung allenfalls leicht höherer Kostenfaktoren in der Schweiz zehn Rappen pro Minute nicht übersteigen sollten. In jedem Fall ist aufgrund der verschiedenen Schätzungen der genannten ausländischen Behörden davon auszugehen, dass die Terminierungsgebühr von 33.5 Rappen die mutmasslichen Kosten einer terminierten Minute um ein Mehrfaches übersteigt.

¹³⁹ BGE 130 II 449, E. 6.

¹⁴⁰ BGE 128 II 139 E. 2b S. 142 f.

¹⁴¹ [www.rtr.at/web.nsf/deutsch/Telekommunikation_Regulierung](http://www.rtr.at/web.nsf/deutsch/Telekommunikation_Regulierung_Entscheidungen_Entscheidungen_Mobilterminierung2005?OpenDocument) Entscheidungen_Entscheidungen_Mobilterminierung2005?OpenDocument, Entscheid "Z 14 05 MTR UPC - Mobilkom.pdf", S. 12.

¹⁴² www.pts.se/Archive/Documents/SE/Uppdaterad_prisrekommendation_MLRIC_1_juli%202005.pdf, S. 2.

¹⁴³ www.ofcom.org.uk.

¹⁴⁴ www.ofcom.org.uk/consult/condocs/mobile_call_termination/wmvct/wmvct.pdf, S. 133.

¹⁴⁵ www.fcc.gov.

¹⁴⁶ http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-04-247_A1.pdf.

Tabelle B-9: Zusammenfassung der Kostenberechnungen und Kostenschätzungen einer terminierten Minute ausländischer Behörden

RTR Österreich	10.4 Rappen
PTS Schweden	8.8 Rappen
OFCOM UK	8.6 Rappen
Berechnungen OVUM	8.1 Rappen
Sprint/Verizon: New York	8.6 Rappen
Sprint/Verizon: Florida	5.4 Rappen
FCC: Höchstwert für Europa	10 Rappen

264. SCM macht in ihrer Stellungnahme vom 22. Mai 2006 geltend, dass im M2M-Verkehr kein Zusammenhang zwischen den Terminierungsgebühren und den Endkundenpreisen bestehe¹⁴⁷. Hohe Terminierungsgebühren bedeuten für den jeweils anderen Anbieter hohe Kosten, weshalb er seine off-net-Preise in der Regel entsprechend anhebt und sie auf die Endkunden überwälzt, um diese Mehrkosten zu kompensieren. Ferner ist es auch hier nicht angebracht, die terminierten Minuten nach ihrer Herkunft aufzuspalten, denn dies würde eine engere Marktabgrenzung bedingen, was SCM selber ablehnt. Auf dieses Argument wurde bereits in Rz. 169 oben eingegangen.

265. SCM macht in ihrer Stellungnahme vom 22. Mai 2006 weiter geltend, dass überhöhte Terminierungsgebühren im Bereich Mobilfunk zu tieferen Retail-Tarifen bei den MF-Kunden führen würden. Durch die hohen Terminierungsgewinne könnten insbesondere Mobiltelefone subventioniert werden und MF-Retail-Tarife verbilligt werden. Tatsächlich sind jedoch die Retail-Tarife in der Schweiz keineswegs niedrig (vgl. 346 unten). Ferner erlauben die hohen Terminierungsgebühren auch bei Berücksichtigung der Gerätesubventionen eine sehr komfortable Gewinnsituation von SCM (vgl. 249 ff.). Schliesslich und vor allem stellt sich hier die Frage, warum die anderen FDA bzw. deren Endkunden, denen die hohen Terminierungsgebühren weiterverrechnet werden, insbesondere die Endkunden von SCM subventionieren sollen.

B.4.2.1.4 Die Erzwingung

266. Neben der aufgezeigten Unangemessenheit der Preise setzt Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG voraus, dass die unangemessenen Preise erzwungen werden. Für eine Erzwingung genügt es, wenn das marktmächtige Unternehmen kraft seiner Verhandlungsposition die wettbewerbsbeschränkenden Klauseln durchzusetzen vermag¹⁴⁸. Die Erzwingung bezieht sich damit vor allem auch auf die marktbeherrschende Stellung des Unternehmens und stellt kein qualifiziertes missbräuchliches Verhalten dar¹⁴⁹. Im europäischen Wettbewerbsrecht gilt für Art. 82 Abs. 2 Bst. a EG-Vertrag, dem Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG praktisch wörtlich nach-

empfunden ist, dass die Formulierung vor allem die Ausbeutung von Handelspartnern und Verbrauchern durch das marktbeherrschende Unternehmen erfasst. Das Wort "Erzwingung" im gesetzlichen Tatbestand bringt zum Ausdruck, dass die unangemessenen Preise dem Vertragspartner auferlegt werden. Je mehr dieser als Abnehmer darauf angewiesen ist, vertragliche Beziehungen zum Marktbeherrscher zu unterhalten, desto geringer sind seine Möglichkeiten, sich dessen Diktat zu widersetzen¹⁵⁰.

267. Bezogen auf den vorliegenden Sachverhalt sind die FDA zwangsläufig darauf angewiesen, die Terminierung auf das Netz von SCM einzukaufen, da Swisscom die einzige Anbieterin dieser Dienstleistung ist. Dies wird noch deutlicher, wenn die Struktur der Marktgegenseite berücksichtigt wird: Daraus geht hervor, dass die grösste Abnehmerin von Terminierungsleistungen Swisscom Fixnet ist (Rz. 192 oben). Swisscom Fixnet ist wahrscheinlich die einzige FDA, welche allenfalls einen disziplinierenden Einfluss auf die Höhe der Terminierungsgebühr von SCM ausüben könnte (sog. "countervailing buyer power"). Da Swisscom Fixnet und SCM jedoch zum selben Konzern gehören, ist davon auszugehen, dass die Interessen beider Gruppengesellschaften auf einander abgestimmt werden. Die Verhandlungsposition der FDA hinsichtlich der Terminierungsgebühren von SCM ist damit als schwach anzusehen.

268. Dasselbe gilt für die Endkunden, welche die hohen Terminierungspreise als Teil des Retail-Preises, der ihnen von ihrer jeweiligen FDA in Rechnung gestellt wird, zahlen. Da jede im Netz von SCM terminierte Minute letztlich der Nachfrage eines Endkunden entspringt, ist auch deren Verhandlungsposition, wie diejenige der den Anruf vermittelnden FDA, als schwach anzusehen. SCM war deshalb auch in der Lage, die hohe Terminierungsgebühr sowohl gegenüber den FDA wie auch gegenüber den Endkunden zu erzwingen (vgl. Rz. 326 f.).

269. Indem die FDA die Terminierungsgebühren in der Regel auf die Endkunden überwälzten, erfolgte auch bezüglich der Endverbraucher eine Erzwingung. Für den vorliegenden Fall ergibt sich deshalb, dass eine Erzwingung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG gegeben ist.

B.4.2.1.5 Zwischenergebnis zur unangemessenen Höhe der Terminierungsgebühr

270. Die Analyse der verschiedenen Vergleiche hat gezeigt, dass die Terminierungsgebühren von SCM bis zum 31. Mai 2005 wesentlich über den mutmasslichen Kosten lagen, dass sie erheblich über den Werten

¹⁴⁷ Auf dieses Argument wurde bereits in Rz. 189 eingegangen.

¹⁴⁸ ROBERTO DALLAFIOR, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Rz. 128 zu Art. 8.

¹⁴⁹ EVELYNE CLERC, in: Tercier/Bovet (Hrsg.), Droit de la concurrence, Commentaire romand, Basel 2002, Rz. 209 zu Art. 7.

¹⁵⁰ Mit weiteren Hinweisen: HELMUTH SCHRÖTER, in: Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Schröter/Jacob/Mederer (Hrsg.), Baden-Baden 2003, Rz. 181 ff. zu Art. 82.

vergleichbarer Terminierungsgebühren im Ausland lagen, und dass die eigenen Endkundenpreise von SCM deutlich tiefer waren. Es ist daher davon auszugehen, dass die Terminierungsgebühr von SCM in der Höhe von 33.5 Rappen pro Minute in keinem angemessenen Verhältnis zur wirtschaftlichen Gegenleistung stand und nicht Ausdruck von Leistungswettbewerb, sondern einer Dominanz auf dem relevanten Markt war.

271. Bei der Erzwingung unangemessener Preise handelt es sich um einen so genannten Ausbeutungsmissbrauch. Im vorliegenden Fall haben sich die überhöhten Preise negativ auf die Endkunden der Marktgegenseite ausgewirkt. Die FDA, welche die Terminierung von SCM nachfragten, wälzten die unangemessenen Terminierungsgebühren in der Regel auf ihre Endkunden ab, womit diese die primär Geschädigten sind.

B.4.2.2 Keine sachlichen Rechtfertigungsgründe

272. Die oben beschriebene hohe Terminierungsgebühr von SCM ist unzulässig, wenn sie sich nicht durch sachliche Gründe rechtfertigen lässt (sog. *legitimate business reasons*, die implizit in Art. 7 Abs. 1 KG enthalten sind)¹⁵¹. Als sachliche Gründe kommen insbesondere kaufmännische Grundsätze in Betracht¹⁵². Als solche Gründe für überhöhte Preise im Bereich der Terminierung macht SCM in einer für die vorliegende Untersuchung erstellten Studie¹⁵³ geltend, dass es sich beim "MF-Markt" um einen so genannten "Zweiseitigen Markt" im Sinne von ROCHET und TIROLE¹⁵⁴ handeln würde. Auf die einzelnen Argumente der Studie wird nachfolgend eingegangen.

273. Die Weko hat sich bereits im Zusammenschlussfall "Tamedia AG/Edipresse SA/Homegate AG"¹⁵⁵ sowie im Entscheid der Weko vom 5. Dezember 2005 i.S. "Kreditkarten-Interchange Fee"¹⁵⁶ zu zweiseitigen (doppelseitigen) Märkten geäußert.

274. Damit ein Markt als zweiseitiger Markt bezeichnet werden kann, müssen drei Bedingungen erfüllt sein¹⁵⁷:

(a) Es braucht zwei verschiedene Gruppen von Nachfragern.

(b) Der Wert der einen Nachfragergruppe steigt mit der Anzahl Nachfrager der anderen Gruppe (positive Externalität).

(c) Ein Intermediär ist notwendig, um die Externalitäten, welche unter den beiden Gruppen entstehen, zu internalisieren.

275. SCM erwähnt als typisches Beispiel eines solchen zweiseitigen Marktes einen Datingclub, in welchem Frauen und Männer zusammengeführt werden sollen. Dies gilt auch in der Literatur als klassisches Beispiel eines zweiseitigen Marktes¹⁵⁸. Es ist offensichtlich, dass in dieser Veranschaulichung alle drei Bedingungen erfüllt sind. SCM führt weiter aus, dass es effizient sei, wenn die Männer deutlich mehr bezahlen müssten als Frauen, solange mehr Männer als Frauen im Club seien, weil auf diese Weise mehr Frauen in

den Club geholt würden, was wiederum den Männern zugute käme. Dies sei folglich volkswirtschaftlich effizient. In der Folge werden von SCM Parallelen zum MF-Markt gezogen. Auch dieser Markt sei zweiseitig, weil die eine Marktseite, die Abonnenten des MF-Netzes, von der anderen Marktseite, den Festnetzkunden, angerufen würden. In Analogie zum Datingclub seien die Abonnenten eines MF-Netzes vergleichbar mit den Frauen, während die Abonnenten des Festnetzes, welche die Mobilfunkkunden anrufen, die Männer darstellten. Das Mobilfunkunternehmen verfolge dabei ebenso wie der Datingclubbetreiber das Ziel, den Wert seiner Plattform und den Kundennutzen zu steigern. Durch Preisdifferenzierung sollten möglichst viele Kunden für das MF-Netz gewonnen werden. Es sei deshalb effizient, wenn die Terminierung wesentlich teurer sei als die Retail-Tarife, weil durch niedrige Retail-Tarife mehr Kunden auf die "Plattform" Mobilfunk gelockt würden. Davon würden auch diejenigen profitieren, welche die hohen Terminierungsgebühren bezahlen müssen, also die anderen MFA und die Festnetzbetreiber.

276. Entgegen den Ausführungen von SCM handelt es sich beim Wholesalemarkt für in ein MF-Netz eingehende Fernmeldedienste aus nachfolgend dargelegten Gründen nicht um einen zweiseitigen Markt, der die übermässig hohen Terminierungsgebühren von SCM zu rechtfertigen vermöchte.

277. Im Markt für Mobilfunkterminierung findet sich nur eine Nachfragegruppe. Einzig der die Terminierung nachfragende FDA trägt die Kosten der Terminierung (welche er in der Regel anschliessend seinen Endkunden überwälzt). Demjenigen, welcher einen Anruf empfängt, werden für die Terminierung keine Kosten auferlegt, er hat für das Telefongespräch nichts zu bezahlen. Ökonomisch betrachtet handelt es sich somit einzig beim Anrufer um einen Nachfrager, der auf steigende Preise mit einer Reduktion der Nachfrage reagiert. Hingegen reagiert der Angerufene nicht auf steigende Preise. Er zeigt kein Nachfragerverhalten, sondern wird einfach angerufen. Damit fehlt es dem vorliegend untersuchten Terminierungsmarkt an einer wesentlichen Eigenschaft eines zweiseitigen Marktes.

¹⁵¹ ROGER ZACH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, S. 305; EVELYNE CLERC, in: Tercier/Bovet (Hrsg.), Droit de la concurrence, Commentaire romand, Basel 2002, Rz. 82 zu Art. 7; JÜRGEN BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2005, Rz. 3 zu Art. 7.

¹⁵² Botschaft zu einem Kartellgesetz, BBl 1995 468 ff., S. 569.

¹⁵³ Plaut Economics, Wettbewerb im schweizerischen Mobilfunk - Markt abgrenzung, Regulierungsbedarf und Preisbildung aus Kundensicht, Regensdorf, September 2004, Eingabe von SCM vom 30. September 2004.

¹⁵⁴ J.-C. ROCHET and J. TIROLE, Defining Two-Sided Markets, 2004.

¹⁵⁵ RPW 2005/2, S. 312.

¹⁵⁶ RPW 2006/1, S. 65.

¹⁵⁷ DAVID S. EVANS, The Antitrust Economics of Two Sided Markets, September 2002, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=332022.

¹⁵⁸ J.-C. ROCHET and J. TIROLE, Defining Two-Sided Markets, 2004.

278. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass sich - anders als bspw. im Bereich des Datingclubs - keine verschiedenen Gruppen von Nachfragern im Sinne zweier Marktseiten abgrenzen lassen. Jeder Abonnent, sei dies im MF- oder im Festnetzbereich, nimmt je nach Situation als Anrufer oder als Angerufener an einem Telefonat teil. Anders als im Datingclub, wo die eine Nachfragegruppe immer aus Frauen und die andere Nachfragegruppe immer aus Männern besteht, lassen sich im vorliegend untersuchten Markt keine zwei voneinander verschiedene Nachfragegruppen definieren.

279. Der Argumentation von SCM¹⁵⁹, wonach die Festnetzkunden eine eigene Marktseite darstellen würden, kann daher nicht gefolgt werden. Es ist einerseits entgegenzuhalten, dass auch auf die Festnetze angerufen und Anrufe in diesen terminiert werden, und somit auch die Festnetzkunden nicht ausschliesslich als Nachfrager auftreten. Andererseits ist darauf hinzuweisen, dass ein beträchtlicher Teil der Nachfrage nach MF-Terminierungen aus anderen MF-Netzen erfolgt und somit die Festnetzkunden nicht eine eigene Nachfragegruppe darstellen. Der Unterschied zwischen einer Terminierung aus einem Fest- und einem MF-Netz besteht darin, dass der Endkunde im ersten Fall von einem stationären Telefon, im zweiten Fall von einem mobilen Telefon aus seinen Anruf tätigt. Die Terminierung als solche ist davon aber in keiner Art und Weise betroffen. Einzig weil MF- und Festnetzkunden von unterschiedlichen Anschlüssen aus eine Terminierung verlangen, stellen sie nicht zwei unterschiedliche Marktseiten im Sinne zweiseitiger Märkte dar. Dass der auf seinem MF-Telefon Angerufene selber mangels einer Nachfrage nicht als eine Nachfrageseite definiert werden kann, wurde bereits dargelegt (Rz. 277 oben). Die Behauptung von SCM, die Festnetz- und die MF-Kunden seien als zwei verschiedene Seiten eines zweiseitigen Marktes abzugrenzen, ist daher ökonomisch und rechtlich abzulehnen. Die überhöhten Terminierungsgebühren von SCM lassen sich damit nicht rechtfertigen.

280. Des Weiteren macht SCM auf einen Netzwerkeffekt aufmerksam¹⁶⁰, der im Beispiel des Datingclubs zu einer volkswirtschaftlichen Effizienzsteigerung führt. Dieser ist jedoch nicht auf den Bereich Mobilfunk übertragbar: Wenn die durchschnittlichen Preise pro Minuten für MF-Benutzer sinken würden, so würde tendenziell die Anzahl Benutzer im Bereich Mobilfunk steigen. Durch die Vergrößerung der Plattform "Mobilfunk" entstünde ein positiver Netzwerkeffekt, von welchem auch die Festnetztelefonierer profitieren würden. Dies rechtfertigt eine Quersubventionierung des Mobilfunks durch das Festnetz.

281. Die Schlussfolgerung, dass die Kosten der Netzwerkerweiterung und damit der positive Netzwerkeffekt, welcher durch die Vergrößerung der Plattform "Mobilfunk" entsteht, vom Festnetz getragen werden muss, ist jedoch nicht zutreffend, wie nachfolgende Argumente zeigen. Erstens profitieren die MFA in viel höherem Masse von einer Vergrößerung der Plattform "Mobilfunk" als die Festnetzbetreiber. Dies vor allem, weil es neben dem Telefonieren viele Anwen-

dungen gibt, welche meist nur von Mobiltelefonen übertragen und empfangen werden (können). Dazu zählen SMS, MMS, Klingeltöne, bestimmte Games etc. Dass SMS auch vom Internet und einzelnen Festnetzapparaten aus auf Mobiltelefone gesendet werden können, unterstützt die Argumentation zusätzlich.

282. Zweitens würde eine Erweiterung des Festnetzes auch einen positiven Netzwerkeffekt auf die Plattform "Mobilfunk" generieren. Theoretisch könnte der Effekt also in beide Richtungen gehen. Bei einer solchen Erweiterung, wie sie z.B. durch Internet-Telefonie zu beobachten ist, kann eine solche Preisdifferenz bzw. Quersubventionierung jedoch nicht beobachtet werden. Vielmehr sind die Preise trotz Millionen neuer Anschlüsse über das Internet (alleine Skype verfügte im August 2005 über 51 Mio. registrierte Benutzer¹⁶¹) durchaus vergleichbar, nämlich fast kostenlos.

283. Wenn drittens ein Festnetztelefonierer seinen -anschluss durch einen MF-Anschluss substituiert, entsteht gar kein positiver Effekt, weil das Gesamtnetzwerk in diesem Fall nicht vergrössert wird.

284. Viertens gilt es auch zu berücksichtigen, dass der MF-Markt langsam zu stagnieren beginnt (Abbildung B-3). Die Entwicklung der letzten Jahre zeigt deutlich, dass der MF-Markt in einer Reifephase angelangt ist. Es gibt also kaum mehr einen positiven Netzwerkeffekt, welcher durch zusätzliche Benutzer entstehen könnte.

285. Schliesslich muss fünftens berücksichtigt werden, dass hohe Terminierungsgebühren auch dazu führen, dass es weniger F2M-Anrufe gibt und auch weniger F2M-Minuten generiert werden. Dies führt zu einer allokativen Marktverzerrung und senkt den Nutzen der Festnetz- wie auch der MF-Abonnenten. Daher ist die Behauptung von SCM, dass aufgrund eines positiven Netzwerkeffektes die Terminierungsgebühren im Bereich Mobilfunk hoch zu halten seien, haltlos und vermag die überhöhten Terminierungsgebühren nicht zu rechtfertigen.

286. SCM macht in ihren Stellungnahmen vom 25. Juli 2005, vom 22. Mai 2006 sowie vom 15. Dezember 2006 geltend, dass der Schweizer Markt später geöffnet wurde als andere MF-Märkte in Europa, und dass deswegen das Preisniveau hierzulande höher sei. Die relativ zu anderen europäischen Staaten spätere Marktöffnung führte dazu, dass SCM zum Zeitpunkt der Marktöffnung bereit über eine Million Kunden verfügte, einen Grossteil ihrer Investitionen bereits

¹⁵⁹ Plaut Economics, Wettbewerb im schweizerischen Mobilfunk - Marktabgrenzung, Regulierungsbedarf und Preisbildung aus Kundensicht, Regensdorf, September 2004, Eingabe von SCM vom 30. September 2004.

¹⁶⁰ Plaut Economics, Wettbewerb im schweizerischen Mobilfunk - Marktabgrenzung, Regulierungsbedarf und Preisbildung aus Kundensicht, Regensdorf, September 2004, Eingabe von SCM vom 30. September 2004.

¹⁶¹ http://about.skype.com/2005/08/skype_opens_its_platform_to_th.html.

amortisiert hatte und über einen hohen Bekanntheitsgrad verfügte. Daher verfügte sie gegenüber Orange und Sunrise über einen enormen so genannten first mover advantage (vgl. Rz. 163 oben). Mit einem späten Markteintritt von Orange und Sunrise kann die starke Position und der hohe Marktanteil von SCM, nicht jedoch die Höhe der Terminierungsgebühren, begründet werden.

287. SCM macht in ihrer Stellungnahme vom 25. Juli 2005 sowie in ihrer Stellungnahme vom 22. Mai 2006 geltend, dass die Festnetzanbieter von hohen Terminierungsgebühren profitierten, weil sie durch das allgemein höhere Preisniveau ebenfalls höhere Margen gegenüber den Endkunden durchsetzen könnten. Diese Argumentation zeigt, dass sich SCM der ausbeutenden Wirkung ihrer zu hohen Preise bewusst ist. Sie kann jedoch nicht die überhöhten Terminierungsgebühren von SCM rechtfertigen. Dabei ist ebenfalls zu beachten, dass Swisscom Fixnet der grösste Festnetzanbieter der Schweiz ist. Wenn die Festnetzanbieter die überhöhten Terminierungsgebühren an ihre Endkunden weitergeben, so zeigt dies, dass letztlich die Endkunden die Geschädigten sind und überhöhte Preise für das Telefonieren bezahlen müssen.

288. SCM liess als Beilage zu ihrer Eingabe vom 22. Mai 2006 bei Prof. C.C. von Weizsäcker ein Gutachten erstellen¹⁶². Ferner wurde in der Eingabe vom 15. Dezember 2006 von Prof. C.C. von Weizsäcker ein Kommentar zu den Stellungnahmen der Weko zu seinem Gutachten erstellt. Auf die Argumente dieses Gutachtens sowie des Kommentars wird nachfolgend eingegangen, soweit dies bisher noch nicht erfolgt ist (Rz. 188 oben).

289. Im Gutachten (S. 3 ff.) sowie im Kommentar (S. 10) wird erläutert, dass die Terminierung nicht vergleichbar sei mit einem normalen Vorprodukt, weil die Gruppe der Empfänger des Vorprodukts Terminierung identisch sei mit der Gruppe der Erbringer des Vorprodukts Terminierung. Es gehe um bilaterale Vereinbarungen in einer hypothetischen Situation des Laisser Faire, bei denen über zwei Preise gleichzeitig verhandelt werde. Es handle sich um eine symmetrische Reziprozitätsbeziehung. In einer solchen idealen Welt gäbe es gar keine Marktbeherrschung. Für die Symmetrie spreche ebenfalls die Tatsache, dass der Verkehr unter den Netzen ausgeglichen sei.

290. Zu diesem Vorbringen ist Folgendes zu bemerken: Obwohl die Unternehmen, welche die Terminierungen auf die verschiedenen Netze nachfragen, immer wieder dieselben sind, kann nicht von einer "symmetrischen Reziprozitätsbeziehung" ausgegangen werden, denn die Terminierung von Netz A ist nicht identisch mit der Terminierung auf das Netz B. Es handelt sich um verschiedene Güter, die in verschiedenen Märkten gehandelt werden, denn es werden auf dem Netz A andere Endkunden erreicht als auf dem Netz B. Es wurden deshalb in der Schweiz, aber auch in allen anderen Ländern der EU, für die Terminierung in verschiedene Netze separate Märkte abgegrenzt.

291. Die Terminierungen auf den verschiedenen Netzen weisen u.a. wegen der unterschiedlichen Auslastung der Netze in der Produktion erhebliche Kosten- und folglich auch Preisunterschiede auf. Dies wird auch deutlich, wenn das Festnetz miteinbezogen wird, wie dies z.T. ebenfalls im Gutachten getan wird. Im Festnetz in der Schweiz wurden die Preise für die Terminierung reguliert. D.h. ein Festnetzanbieter kann seinen Preis nicht selber festlegen, denn dieser wurde von der ComCom bestimmt. Es handelt sich daher nicht um gleichwertige Partner, welche um das gleiche Gut verhandeln, wie dies im Gutachten dargestellt wurde. Ein Unternehmen, welches seinen Preis nicht selber festlegen kann, weil es reguliert ist, hat bei Verhandlungen über die Terminierung eine schwache Position. Wenn SCM mit einem kleinen Festnetzanbieter über die Terminierung ins MF-Netz von SCM verhandelt, kann nicht von gleichwertigen Partnern, welche über das gleiche Gut verhandeln, gesprochen werden.

292. Bei Terminierungsverhandlungen sitzen zwar in der Regel die gleichen FDA am Verhandlungstisch, es wird jedoch über verschiedene Güter zu unterschiedlichen Preisen in verschiedenen wirtschaftlichen und technischen Konstellationen miteinander verhandelt. Es kann daher nicht von einer symmetrischen Reziprozitätsbeziehung gesprochen werden. Im Gutachten wird erläutert, dass es keine Marktbeherrschung geben kann in einer "hypothetischen Situation des Laisser Faire" wegen der "symmetrischen Reziprozitätsbeziehung". Tatsächlich wurde Swisscom jedoch im Bereich des Anschlusses im Festnetz bereits 1997 rechtskräftig als marktbeherrschend bezeichnet¹⁶³. Aufgrund dieser Marktbeherrschung wurde in der Folge die Terminierungsgebühr ins Festnetz reguliert.

293. Im Gutachten wird weiter davon ausgegangen, dass sich in einer hypothetischen Situation des Laisser Faire eine Situation einstelle, in welcher sich alle Terminierungsgebühren - auch diejenigen ins Festnetz - auf gleicher Höhe einpendeln (S. 10 ff.).

294. Zu diesen Behauptungen ist Folgendes zu bemerken: Es spricht einiges dafür, dass die Preise auch in einer solch hypothetischen Situation unterschiedlich wären. Insbesondere können erhebliche Kostenunterschiede bei verschiedenen Netzwerken vorhanden sein, welche in der Regel zu Preisunterschieden führen. Aus der Gegebenheit, dass der Verkehr zwischen zwei Netzen in der Regel ausgeglichen ist, kann daher nicht auf eine allgemeine Gleichheit der Preise geschlossen werden.

295. Daraus, dass der Verkehr zwischen zwei Netzen in der Regel ausgeglichen ist, kann ebenfalls nicht geschlossen werden, dass die Verhandlungspartner sich in einer symmetrischen Reziprozitätsbeziehung befinden. Der Verkehr zwischen zwei unterschiedlich

¹⁶² Eine Zusammenfassung des Gutachtens veröffentlichte die NZZ am 20. Juni 2006: "Fragwürdige Argumente der Weko gegen die Swisscom".

¹⁶³ RPW 1997/2, S. 161.

grossen Netzwerken ist nur *bilateral* ausgeglichen. In einer Gesamtbetrachtung sind jedoch die Unterschiede in der Anzahl terminierter Minuten massiv - und diese Gesamtbetrachtung bleibt unberücksichtigt, solange nur die bilaterale Beziehung hervorgehoben wird. Es werden auf dem Netz von SCM nämlich wesentlich mehr Minuten terminiert als auf den Netzen von Orange und Sunrise zusammen (vgl. Tabelle B-2, S. 268). Aus bilateral ausgeglichenem Verkehr zwischen verschiedenen Netzen kann daher nicht auf eine allgemeine Symmetrie unter den MFA geschlossen werden.

296. Die Gesamtzahl der auf den Netzen terminierten Minuten kann trotz bilateral ausgeglichenen Verkehrs erheblich unterschiedlich sein. Dies ist insbesondere im schweizerischen MF-Markt der Fall, wenn die Situation von SCM (Marktanteil von ca. 60%) mit derjenigen der kleinen MFA Orange und Sunrise (Marktanteile von ca. 20%) verglichen wird.

297. Wenn es um Verhandlungen um die jeweilige Terminierung geht, hat ein MFA, welcher bereits über eine Kundenbasis von über einer Million verfügt¹⁶⁴, eine stärkere Verhandlungsposition, als ein neuer MFA, welcher sich erst noch eine Kundenbasis aufbauen muss. Dies war jedoch die Situation der kleinen MFA Orange und Sunrise in der Schweiz. Es ist daher zu verneinen, dass es sich bei Verhandlungen um Terminierungsentgelte um eine symmetrische Reziprozitätsbeziehung handelt.

298. Im Gutachten wird zudem erläutert, dass die Endkundenpreise unabhängig von der Höhe der Terminierungsentgelte seien. Dies wurde im Gutachten als Neutralitätsergebnis bezeichnet (S. 10 ff.).

299. Dieses Argument wurde in der Literatur behandelt und wird als "bill-and-keep fallacy" bezeichnet¹⁶⁵. Es hat sich jedoch in der Folge gezeigt, dass das Neutralitätsergebnis ein Irrtum ist und nicht gilt¹⁶⁶. Stellvertretend dazu aus LAFFONT J.J., TIROLE J. "Competition in Telecommunications" MIT Press Cambridge, 2000, S. 190: "It is sometimes argued that if networks' inflows and outflows are balanced, so that the net payment between them is equal to zero, one might as well forget about access charges and not record any wholesale transactions. This 'bill-and-keep' arrangement amounts to setting an access charge equal to zero. It is correct that a change in the access charge need not affect the (absence of) net payment between the operators, but the access charge affects each network's perceived marginal cost and therefore retail prices. It is, therefore, not neutral even if traffic is balanced." [Hervorhebung im Original].

300. Selbst in einer idealisierten Welt reagieren die Retail-Preise auf symmetrische Veränderungen der Terminierungsgebühren. Es finden sich denn in der entsprechenden Fachliteratur keine Artikel, welche die Sichtweise des Gutachtens stützen würden. Die einzigen beiden Literaturangaben, welche das Gutachten aufweist, widersprechen dem Neutralitätsergebnis ebenfalls.

301. An der Anhörung vom 29. Mai 2006 wurde das Neutralitätsergebnis ebenfalls eingeschränkt: Lediglich

im M2M-Verkehr seien die Einnahmen unabhängig von der Höhe der Terminierungsgebühr, es wurde jedoch eingeräumt, dass SCM hohe Terminierungseinnahmen vom Festnetz her generieren würde. Auf die Frage, warum die Terminierungsgebühren nicht auf Null gesetzt würden, wenn deren Höhe unerheblich sei, wurde erläutert, dass dann Orange bzw. Sunrise nicht mehr überlebensfähig wären.

302. Da die im Gutachten erläuterte Neutralität nicht beobachtet und von SCM nicht belegt werden kann sowie die wissenschaftliche Literatur den Ansichten des Gutachtens widerspricht, kann SCM ihre hohe Terminierungsgebühr nicht damit rechtfertigen, dass deren Höhe gar keine Rolle spiele.

303. Im Gutachten wird weiter erläutert, dass Orange und Sunrise gar nicht klein seien, sondern ebenfalls weltweit Umsätze in Milliardenhöhe generieren würden (S. 14).

304. Dies ist zwar richtig, ändert jedoch nichts an der schwachen Position von Orange und Sunrise in der Schweiz. Selbst wenn ein kleiner MFA in der Schweiz Teil eines der grössten MFA der Welt wäre, so müsste sich das Geschäft in der Schweiz trotzdem rechnen. Wenn dies nicht der Fall ist und das Geschäft in der Schweiz keine Gewinne abwirft, ziehen sich internationale Konzerne aus dem schweizerischen Markt zurück. Daher ist nicht die Grösse der Mutterkonzerne, sondern die Marktsituation von Orange und Sunrise in der Schweiz ausschlaggebend. Dafür sind insbesondere die Beurteilungskriterien, welche die Schweiz betreffen, wie z.B. die Marktanteile in der Schweiz, beizuziehen. Auch dieses Argument vermag keine Rechtfertigung für die hohen Terminierungsgebühren von SCM zu liefern.

305. Im Gutachten wird schliesslich erläutert, dass der Wettbewerb unter den MFA dazu führe, dass die Endkundenpreise umso niedriger, je höher die Terminierungsgebühren der MFA seien, denn mit steigendem Unterschied zwischen beiden Terminierungsgebühren (Mobilfunk - Festnetz) steige die Subventionierung des Mobilfunks durch das Festnetz (S. 25 ff.).

¹⁶⁴ Fernmeldestatistik 1999, S. 22, www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00744/00746.

¹⁶⁵ J.J. LAFFONT, J. TIROLE, Competition in Telecommunications, MIT Press Cambridge, 2000, S. 190.

¹⁶⁶ M. ARMSTRONG, Network Interconnection in Telecommunications, Economic Journal 108, 1998, S. 545-564; M. ARMSTRONG, The Theory of Access Pricing and Interconnection in: M. Cave, S. Majumdar, I. Vogelsang (Hrsg.), Handbook of Telecommunications Economics, North-Holland, Amsterdam 2002, S. 295-384; J.J. LAFFONT, P. REY, J. TIROLE, Network Competition I: Overview and Nondiscriminatory Pricing, RAND Journal of Economics 29, 1998, S. 1-37; I. VOGELSSANG, Price Regulation of Access to Telecommunications Networks, Journal of Economic Literature XLI, 2003, S. 830-862; M. PEITZ, T.M.VALLETTI, J. WRIGHT, Competition in Telecommunications: An Introduction, Information Economics and Policy 16, 2004, S. 315-321. Lesenswert ist ebenfalls CHRISTIAN KOENIG, INGO VOGELSSANG, KAY WINKLER, Marktregulierung im Bereich der Mobilfunkterminierung, in: K&R Beilage 6/2005, S. 1-31, S. 9, Kapitel 3.

306. Diese Aussage steht im Widerspruch zum hohen Gewinn von SCM. Würde SCM die hohen Einnahmen aus dem Terminierungsgeschäft tatsächlich ihren Endkunden weitergeben, so könnten nicht derart hohe Gewinne bei SCM ausgewiesen werden. Ferner müssten auch die Endkundenpreise entsprechend tiefer sein, als diejenigen von Orange und Sunrise. Das Gegenteil ist jedoch der Fall: Während Sunrise im Bereich Prepaid Minutentariife von 69 Rappen pro Minute in alle schweizerischen Netze hatte (seit Oktober 2000 bis Mai 2005), verlangte SCM (seit November 1999 bis Mai 2005) 99 Rappen pro Minute (off-net sogar 129 Rappen pro Minute im Normaltarif). Auch im Bereich der Abonnemente waren bis zum 31. Mai 2005 die Preise von SCM stets die höchsten im Markt. Die Handysubventionen waren demgegenüber bei allen drei MFA in vergleichbarer Höhe. Es lässt sich daher nicht sagen, dass die hohen Terminierungseinnahmen den Endkunden in irgendeiner Form weitergegeben wurden.

B.4.2.3 Stellungnahme vom SCM vom 15. Dezember 2006

307. Dieses Kapitel setzt sich insbesondere mit den Argumenten aus der Stellungnahme von SCM vom 15. Dezember 2006 auseinander.

308. SCM weist in Rz. 24 der Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 auf einen Widerspruch hin, wonach behauptet würde, der "[...]" sei nicht eingereicht worden. Tatsächlich enthält Akte Nr. 291 eine A4-Seite mit drei Grafiken und der Überschrift "6.2 Payroll" aus dem "[...]". Rz. 23 oben hält demzufolge korrekt fest, dass SCM die fehlenden Unterlagen "weit gehend" (aber nicht vollständig) nachreichte. Indem SCM die einverlangten Unterlagen nur unvollständig einreichte, ist SCM ihren Mitwirkungspflichten im Verfahren nicht nachgekommen.

309. Mit Rz. 28 der Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 macht SCM geltend, dass deren Akteneinsichtsrecht erheblich erschwert wurde, indem gewisse Aktenstücke erst fünf Monate nach dem ersten Gesuch zur Verfügung gestellt worden seien. Hierzu ist Folgendes festzuhalten: Die Akten wurden später zugestellt, da vorab Fragen betreffend allfälliger Amts- und Geschäftsgeheimnisse zu klären waren. Die Klärung dieser Fragen erforderte auch eine Kontaktaufnahme mit dem betroffenen Unternehmen. Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör liegt jedoch nicht vor, da SCM im Zeitpunkt der Zustellung des überarbeiteten Antrags vom 11. Oktober 2006 im Besitz aller einverlangten Akten war. Damit war SCM in der Lage, ihre Rechte im Verfahren wahrzunehmen.

310. SCM führt in Rz. 29 und Rz. 98 der Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 an, dass der Sachverhalt vor und nach dem 31. Mai 2005 nicht getrennt werden könne, sondern gesamthaft untersucht werden müsse. Die Ereignisse nach dem 1. Juni 2005 seien ebenfalls rechtserheblich. Im Übrigen sei die Beurteilung der Marktstellung von Orange und Sunrise im IC-Gutachten der Weko vom 20. November 2006¹⁶⁷ anders beurteilt worden. Die Marktstellung aller MFA

vor und nach dem 1. Juni 2005 sei dieselbe gewesen, weshalb ein "unlösbarer Widerspruch" bestehe.

311. Die zeitliche Konsistenz der vorliegenden Verfügung mit erwähntem IC-Gutachten hängt mit der Frage des Erlasses einer Teilverfügung zusammen, welche in Kapitel B.1.1 behandelt wird. Dabei ist wesentlich, dass die vorliegende Verfügung in zeitlicher Hinsicht getrennt wird. Das bedeutet, dass Sachverhalte nach dem Stichtatum 31. Mai 2005 nicht mehr zu berücksichtigen sind. Für die Beurteilung der Marktstellung und des Verhaltens, wie es bis 31. Mai 2005 vorliegt, werden dabei alle Informationen, welche diesen Zeitraum betreffen, mitberücksichtigt. Es werden dabei Informationen verwendet, welche zwar evtl. erst später verfügbar waren, sich jedoch auf den fraglichen Zeitraum beziehen, soweit diese entscheidungsrelevant sind. Das IC-Gutachten der Weko vom 20. November 2006 i.S. Interkonkurrenzverfahren Mobilfunkterminierung stützt sich auf Informationen, welche vom Bakom erhoben und der Weko zur Verfügung gestellt wurden. Diese Informationen beziehen sich gemäss dem Gutachtensauftrag des Bakom jedoch insbesondere auch auf die Zeit nach dem 31. Mai 2005. Da in der vorliegenden Verfügung und im IC-Gutachten verschiedene Zeiträume betrachtet werden, ist ein unterschiedliches Ergebnis einer Beurteilung einer Marktstellung nicht erstaunlich. Dies insbesondere, weil Orange und Sunrise relativ junge und stark wachsende Unternehmen sind, und weil im Bereich Telekommunikation generell Entwicklungen aufgrund des technologischen Wandels schnell vor sich gehen. Es ist daher kein Widerspruch, wenn die Weko in Bezug auf die Marktstellung von Orange und Sunrise im IC-Gutachten zu einem anderen Schluss kommt, als in der vorliegenden Verfügung.

312. SCM führt in Rz. 31 der Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 an, dass sich die Weko im Gutachten vom 20. November 2006 i.S. Interkonkurrenzverfahren Mobilfunkterminierung zur Frage der Marktdefinition, der Marktbeherrschung und den Terminierungskosten festgelegt habe, was eine Verletzung des rechtlichen Gehörs darstelle. Das Gutachten vom 20. November 2006 wurde von der Weko in Erfüllung ihres gesetzlichen Auftrages nach Art. 11 Abs. 3 Fernmeldegesetz (FMG) erstellt. Die Weko hat in solchen Gutachten die Frage der Marktbeherrschung zu beurteilen. Sie hat gemäss Art. 56 der Verordnung vom 31. Oktober 2001 über Fernmeldedienste (FDV) ihre Stellungnahme innert vier Wochen abzugeben. Hervorzuheben ist, dass das Gutachten in zeitlicher Hinsicht eine zukunftsgerichtete Betrachtungsweise wahrnimmt. Die Zeit vor dem 1. Juni 2005 wird im Gutachten nicht beurteilt¹⁶⁸.

313. Ebenfalls zu beachten ist, dass SCM ihren Anspruch auf rechtliches Gehör zum Gutachten der Weko vom 20. November 2006 im Rahmen des beim

¹⁶⁷ Gutachten vom 20. November 2006 i.S. Interkonkurrenzverfahren Mobilfunkterminierung, RPW 2006/4, S. 739, Rz. 13.

¹⁶⁸ Gutachten vom 20. November 2006 i.S. Interkonkurrenzverfahren Mobilfunkterminierung, RPW 2006/4, S. 739, Rz. 13.

Bakom hängigen Interkonktionsverfahrens ausüben kann. Weiter zu berücksichtigen gilt es, dass die ComCom als Entscheidbehörde in Interkonktionsverfahren zwar nicht ohne Not vom Gutachten der Weko abweichen kann, jedoch nicht zwingend an die Schlussfolgerungen des Gutachtens zur Frage der Marktbeherrschung gebunden ist¹⁶⁹. Das Gutachten der Weko vom 20. November 2006 ist nicht Teil des vorliegenden Untersuchungsverfahrens. Das Gutachten wurde im Übrigen einzig basierend auf den der Weko vom Bakom zur Verfügung gestellten Unterlagen sowie öffentlich zugänglichen Informationen erstellt¹⁷⁰. Damit sind sowohl der Gegenstand als auch der zeitliche Sachverhalt des fernmelderechtlichen Gutachtens und der vorliegenden kartellrechtlichen Teilverfügung unterschiedlich¹⁷¹. Das rechtliche Gehör wurde daher nicht verletzt.

314. SCM beanstandet in Rz. 32 der Stellungnahme vom 15. Dezember 2006, dass die gesamte Weko als befangen und ausstandspflichtig anzusehen sei. SCM bezieht sich dabei u.a. auf das Gutachten der Weko vom 20. November 2006 sowie die entsprechende Medienmitteilung der Weko vom 28. November 2006¹⁷². Zusätzlich zu den Ausführungen in Rz. 312 der vorliegenden Verfügung ist vorweg darauf hinzuweisen, dass für Gutachten in Interkonktionsverfahren gemäss Art. 11 Abs. 3 FMG explizit die Möglichkeit besteht, dass die Weko solche Gutachten veröffentlichen kann. Art. 49 KG sieht zudem vor, dass das Sekretariat und die Wettbewerbskommission die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit orientieren. In Zusammenhang mit diesen erwähnten Bestimmungen ist auch die Aussage in der Medienmitteilung vom 28. November 2006 zu sehen, wonach die Terminierungsgebühren in der Schweiz im Vergleich mit dem Preisniveau in Europa immer noch hoch seien. Diese Aussage stützt sich auf öffentlich zugängliche Vergleiche und Informationen, wobei bezüglich der Mobilfunkterminierung regelmässig auch Tageszeitungen punktuelle Vergleiche anstellen. Diese Aussage in der Medienmitteilung stellt weder eine Qualifikation dar, ob es sich um eine Erzwingung unangemessener Preise im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG handelt, noch ob ein Missbrauch nach Art. 7 Abs. 1 KG vorliegt.

315. Dem Wortlaut von Art. 10 Abs. 1 VwVG entsprechend könnte ein Ausstandsbegehren im Übrigen nicht gegen eine Behörde als solche, sondern nur gegen die natürlichen Personen gerichtet sein, welche Mitglied dieser Behörde sind¹⁷³. In Verfahren vor Kommissionen wie der Eidgenössischen Bankenkommision oder der ComCom wurden bei institutionell ähnlicher Behördenausgestaltung bereits Ausstandsbegehren gestellt, wobei das Vorliegen von Ausstandsgründen regelmässig verneint wurde¹⁷⁴. SCM hat zwar Ausstandsgründe geltend macht, aber kein formelles Ausstandsbegehren gestellt. Ähnlich wie an der Anhörung vom 29. Mai 2006 verzichtete SCM darauf, gegen einzelne oder alle Kommissionsmitglieder entsprechende Verfahrensanträge zu stellen. Ausstandsgründe sind ebenfalls nicht ersichtlich.

316. Mit Rz. 33 der Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 macht SCM geltend, dass der Verweis auf die

Rechtsprechung des EuG und des EuGH nicht sachdienlich sei. Die EMRK finde keine Anwendung auf die Verfahren vor der Europäischen Kommission, da die EU der EMRK nicht beigetreten sei. Zutreffend ist, dass die EU als supranationale Organisation aus institutionellen Gründen die EMRK nicht ratifiziert hat. Hingegen haben die jeweiligen Mitgliedstaaten der EU die EMRK ratifiziert. Obwohl formell nicht Mitglied der EMRK, sind die Konvention und die entsprechende Praxis für die Rechtsprechungsorgane der EU eine wichtige Erkenntnisquelle, an der sich die Rechtsprechungsorgane der EU orientieren. Im Ergebnis spielt es damit keine Rolle, ob der EuGH (oder das Gericht erster Instanz) die EMRK direkt anwendet oder nicht. Die Rechtsprechung des EuGH und des EGMR stimmen bezüglich Unabhängigkeit und Unbefangenheit des Gerichts grundsätzlich überein¹⁷⁵. In Verfahren betreffend Wettbewerbsverletzungen in der EU sind die Grundrechte allgemein - worunter auch die EMRK zu verstehen ist - zu wahren und ist insbesondere den Prinzipien, die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankert sind, Rechnung zu tragen¹⁷⁶. Ein Vergleich mit der Rechtslage in der EU ist deshalb auch bezüglich konventionsrechtlicher Fragestellungen angezeigt.

317. Bezüglich der von Swisscom in Rz. 32 ff. der Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 aufgeworfenen Frage der Unabhängigkeit des Gerichts im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK - welche von der Frage der Vorbeziehung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 VwVG abzugrenzen ist - gilt es Folgendes zu beachten: Die Weko ist insgesamt nicht als Teil der ordentlichen Rechtsprechungsorgane und damit nicht als Gericht im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK anzusehen, sondern als der dezentralen Bundesverwaltung zugehörig zu qualifizieren (vgl. vorne Rz. 40).

318. Aus der zitierten Lehre schliesst Swisscom in Rz. 40 ihrer Stellungnahme vom 15. Dezember 2006, dass die Möglichkeit der Heilung einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör bzw. auf ein faires Verfahren von der herrschenden Lehre einhellig abgelehnt würde. Es ist jedoch gemäss der von SCM zitierten Literatur und den dortigen Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung vielmehr vom

¹⁶⁹ Zum Ganzen: STEFAN RENFER, Vom Zusammenspiel des Fernmelde-rechts mit dem revidierten Kartellrecht, in: Jusletter 17. Oktober 2005, Rz. 23.

¹⁷⁰ Gutachten vom 20. November 2006 i.S. Interkonktionsverfahren Mobilfunkterminierung, Rz. 14.

¹⁷¹ Urteil 2A.276/2006 vom 12. Juli 2006.

¹⁷² www.weko.admin.ch/publikationen/pressemitteilungen/00264.

¹⁷³ BGE 97 I 860, E. 4.

¹⁷⁴ Urteil 2A.349/2001 vom 20. Dezember 2001; Urteil 2A.315/2006 vom 26. Oktober 2006, VPB 67 (2003) N. 90.

¹⁷⁵ Z.B. WOUTER P J WILS, Principles of European Antitrust Enforcement, Oxford und Portland 2005, S. 159.

¹⁷⁶ Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in Art. 81 f. des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABI. L 1 vom 4. Januar 2003, S. 1 ff., Präambel 37.

Gegenteil auszugehen: Gemäss der bundesgerichtlichen Praxis kann eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geheilt werden, wenn die Betroffene die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann, was vorliegend der Fall ist¹⁷⁷. Damit ist die konventionsrechtliche Anforderung an die Unabhängigkeit und Unbefangenheit des Gerichts nach Art. 6 Abs. 1 EMRK mindestens einmal im Verfahren gewährleistet (vgl. vorne Rz. 41). Entgegen den Ausführungen von SCM verfügte die REKO/WEF, bzw. heute das Bundesverwaltungsgericht, nicht nur formell über volle Kognition, sondern überprüfte Entscheide der Weko ebenfalls in materieller Hinsicht eingehend und verfügte in einigen Fällen auch selbst materiell¹⁷⁸.

319. Mit Rz. 42 f. der Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 macht SCM geltend, dass die Beweise, auf die sich die Sanktionsverfügung stütze, unter Hinweis auf die Mitwirkungspflichten von Art. 40 KG erhoben worden und deshalb nicht verwertbar seien. Die Pflicht zur Mitwirkung, welche den Beteiligten im Wettbewerbsverfahren obliegt, verstösst grundsätzlich nicht gegen die Unschuldsvermutung im Sinne von Art. 6 Abs. 2 EMRK¹⁷⁹. Wenn ein Unternehmen freiwillig auf ein einfaches Auskunftsverlangen antwortet, kann dadurch das Aussageverweigerungsrecht nicht verletzt werden. Erst mit einer Auskunftsverfügung verbunden mit einer Androhung von Sanktionen könnte allenfalls unerlaubter Zwang ausgeübt werden¹⁸⁰. Sollte das Verbot des Selbstbelastungszwangs vorliegend zur Anwendung kommen, ist im Übrigen nicht ersichtlich und wird von SCM auch nicht substantiiert, inwiefern Fragen gestellt worden wären, welche zu Eingeständnissen wettbewerbswidrigen Verhaltens führen könnten. Die einverlangten Informationen, wobei es sich weitgehend um Zahlenmaterial handelt, beziehen sich einzig auf tatsächliche Begebenheiten.

320. SCM führt in Rz. 49 der Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 an, dass die Marktabgrenzung zu eng sei. Auf die einzelnen diesbezüglichen Vorbringen wurde bereits im Kapitel B.4.1.1 "Der relevante Markt" eingegangen.

321. SCM führt in Rz. 50 der Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 an, dass sich die Weko nur einseitig an der Rechtsprechung der EU orientiere: Bei der Marktabgrenzung folge die Weko der EU, bei der Marktstellung weiche sie davon ab. Ferner weist SCM auf Unterschiede des regulatorischen Systems zwischen der Schweiz und der EU hin.

322. Die Weko orientiert sich, soweit dies möglich und sinnvoll ist, an der Rechtsprechung der EU¹⁸¹. In den Ländern der EU erfolgt die Beurteilung der Marktstellung ebenfalls auf Basis einer Einzelbeurteilung des zu prüfenden Unternehmens im relevanten Markt. Diesbezüglich ist insbesondere hervorzuheben, dass auch in der EU aus einer Monopolstellung auf einem Terminierungsmarkt nicht zwangsläufig auf eine Marktbeherrschung gefolgert wird: Ob in solchen Fällen alle MFA über eine marktbeherrschende Stellung verfügen, richtet sich u.a. nach dem Ein-

fluss der Marktgegenseite, welche anhaltende Preiserhöhungen unwirtschaftlich machen könnte¹⁸². Aus dem *Ergebnis* der Beurteilung der Marktstellung eines einzelnen Unternehmens kann nicht geschlossen werden, dass die *Methode* nicht gleichen Prinzipien folgt. Auf die Besonderheiten des schweizerischen regulatorischen Umfeldes wird ebenfalls an verschiedenen Stellen eingegangen¹⁸³.

323. SCM führt in Rz. 63 der Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 an, dass die Terminierung keine eigene Nachfrage habe. Die Minuten, welche in der Wholesale-Ebene beobachtet würden, werden in der Retail-Ebene gleichzeitig ausgelöst, wenn der Endkunde telefoniere. Daher sei eine Unterscheidung zwischen Retail- und Wholesale-Ebene "nicht plausibel".

324. Die Analyse der Beziehung zwischen Retail- und Wholesale-Ebene, welche SCM anführt, ist jedoch unvollständig. Insbesondere fehlt die Beobachtung von zwei verschiedenen Preisen (Endkundenpreise und Terminierungsgebühren), welche auf der Retail- und der Wholesale-Ebene zwischen verschiedenen Parteien ausgehandelt werden. Die Endkundenpreise werden in der Regel von den FDA festgesetzt und von den Endkunden bei der Benutzung des Netzes bezahlt. Im Gegensatz dazu wird die Terminierungsgebühr zwischen SCM und dem entsprechenden FDA ausgehandelt und bezahlt. Auch deshalb ist eine Unterscheidung von Retail- und Wholesale-Ebene sinnvoll und notwendig (vgl. auch Kapitel B.4.1.1.2 auf S. 33). Im Übrigen ist es gerade typisch, dass die Nachfrage in einer vertikalen Beziehung auf der Wholesale-Ebene durch die Retail-Ebene determiniert wird. So steigt die Nachfrage nach Leder (Wholesale) ebenfalls, wenn die Nachfrage nach Schuhen (Retail) steigt.

325. SCM führt in Rz. 64 ff. der Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 an, dass die Terminierungsgebühr keinen Einfluss auf die Retail-Tarife und -Nachfrage habe, weil es sich um ein Nullsummenspiel handle. SCM verweist dabei auf die Analysen von Datenreihen, welche bei Rz. 121 oben beginnen. Diese Aussagen stünden im Widerspruch mit der Aussage in Kapitel B.4.2.4 unten, dass eine Senkung der Terminierungsgebühren zu tieferen Endkundenpreisen und

¹⁷⁷ Z.B. BGE 116 V 182 E. 1.b.

¹⁷⁸ "Swisscom ADSL", RPW 2005/3, S. 505; "Ticketcorner", RPW 2005/4, S. 672; "Swissgrid", RPW 2006/2, S. 310; "20 Minuten", RPW 2006/2, S. 347.

¹⁷⁹ ASTRID WASER, Grundrechte der Beteiligten im europäischen und schweizerischen Wettbewerbsverfahren, Diss. Zürich 2002, S. 157.

¹⁸⁰ PATRICK KRAUSKOPF/OLIVIER SCHALLER/SIMON BANGERTER, "Verhandlungs- und Verfahrensführung vor den Wettbewerbsbehörden", in: Th. Geiser et al. (Hrsg.), Schweizerisches und europäisches Kartellrecht, Basel 2005, S. 471 ff., S. 481.

¹⁸¹ Rz. 73 und Rz. 363.

¹⁸² Begründung der Empfehlung der Kommission vom 11. Februar 2003 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, die aufgrund der Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste für eine Vorabregulierung in Betracht kommen, S. 32 f.

¹⁸³ Rz. 59, Rz. 190, Rz. 218.

damit auch zu mehr Sprachverkehr führen würden im Bereich M2M.

326. Es ist jedoch zu unterscheiden, ob Preissenkungen auf der Wholesale-Ebene an Endkunden weitergegeben werden (was in Kapitel B.4.2.4 unten gezeigt wird), oder ob Endkunden auf Veränderungen von Terminierungsgebühren auf der Wholesale-Ebene reagieren (was in Rz. 121 ff. erläutert wird).

327. Dass Kostensenkungen auch im Bereich Mobilfunk in der Regel an die Endkunden weitergegeben werden, beweist SCM mit ihrer Preispolitik selber. So verlangt SCM im Bereich der off-net-Anrufe, wo die Terminierungsgebühren der anderen FDA bezahlt werden müssen, keinen Preis, der tiefer wäre als die jeweilige Terminierungsgebühr. Die Terminierungsgebühr ist folglich ein Bestandteil des Endkundenpreises. On-net-Tarife, wo keine Terminierungsgebühren bezahlt werden müssen, sind hingegen in der Regel deutlich günstiger und liegen z.T. deutlich unter der von SCM verlangten Terminierungsgebühr¹⁸⁴. Ferner sind die Preise im Bereich Mobilfunk sowohl auf Retail- wie auch auf Wholesale-Ebene kontinuierlich gesunken¹⁸⁵. Daher haben die Terminierungsgebühren und die Endkundenpreise auch im Bereich M2M einen deutlichen Zusammenhang (vgl. auch Rz. 189 oben).

328. Im Gegensatz dazu wird in Rz. 121 ff. erläutert, dass die Endkunden nicht auf Änderungen von Terminierungsgebühren einzelner MFA dadurch reagieren, dass sie mehr oder weniger telefonieren. Das wird mit Hilfe von Daten gezeigt, welche sich auf die Jahre 2000 bis 2003 beziehen, da bei den Terminierungsgebühren nur dort Änderungen beobachtet werden konnten. Endkunden reagieren nur auf die Preise, die sie selbst bezahlen müssen und folglich nicht auf die Terminierungsgebühren, da diese nicht von ihnen persönlich, sondern von den FDA bezahlt werden. Wenn jedoch Kostensenkungen (wie bspw. die Senkung von Terminierungsgebühren) an Endkunden in Form von Preissenkungen weitergegeben werden, so ist zu erwarten, dass die Endkunden auch mehr telefonieren, da sich ihre Preise ebenfalls gesenkt haben. Dies wurde jedoch in Rz. 121 ff. nicht untersucht.

329. Es handelt sich daher bei Rz. 121 oben und im Kapitel B.4.2.4 unten nicht um einen Widerspruch, sondern um zwei Sachverhalte aus verschiedenen Zusammenhängen, welche voneinander zu unterscheiden sind.

330. SCM führt in Rz. 74 der Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 an, dass die Weko nicht ausreichend bewiesen habe, dass SCM im relevanten Markt über eine marktbeherrschende Stellung verfüge. Es seien sämtliche Einflüsse aus den nachgelagerten Märkten zu berücksichtigen, nicht nur einige ausgewählt.

331. Die Weko hat in den Kapiteln "aktueller" und "potenzieller Wettbewerb"¹⁸⁶ festgestellt, dass es keine disziplinierende Wirkung gibt, welche das Verhalten der MFA disziplinieren könnte. Im Kapitel "Einfluss des nachgelagerten Marktes"¹⁸⁷ hat die We-

ko im Endkundenmarkt und bei der Marktgegenseite nach disziplinierenden Einflüssen gesucht. Dabei hat sie festgestellt, dass alle Indikatoren auf eine sehr starke Position von SCM hinweisen. Auf die Vorbringen von SCM im Einzelnen wurde am Ende des Kapitels¹⁸⁸ Stellung bezogen.

332. SCM führt in Rz. 74 der Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 an, dass die Weko die Gerätesubventionen nicht berücksichtigt habe und damit ihrer Untersuchungspflicht nicht nachgekommen sei.

333. Die Gerätesubventionen wurden bei allen MFA erhoben und untersucht¹⁸⁹. Dabei wurde darauf verzichtet, diese in die Berechnung eines Durchschnittsendkundenpreises mit einzubeziehen, da dies aufgrund der grossen Heterogenität der Gerätesubventionen mathematisch nicht sinnvoll ist. Dies ist zu Gunsten von SCM, weil eine Berücksichtigung in jedem Fall zu einer Senkung der Endkundenpreise relativ zur Terminierungsgebühr von SCM führen würde. Es ist festzustellen, dass SCM die bewusste und begründete Nichtberücksichtigung, welche zu ihren Gunsten vorgenommen wurde, geltend macht.

334. SCM führt in Rz. 88 der Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 an, dass die Berücksichtigung des regulatorischen Rahmens anders auf SCM ausgelegt wurde als auf Orange und Sunrise.

335. Die fernmelderechtlichen regulatorischen Rahmenbedingungen sind in der Schweiz für alle Anbieter von Fernmeldediensten die gleichen. Abhängig von der Marktstellung im weiteren Sinn können sich die Rahmenbedingungen unter Umständen unterschiedlich auswirken. So werden marktbeherrschenden Anbietern wie auch im Kartellgesetz besondere Pflichten auferlegt. Im Antrag findet sich keinerlei ungleiche Auslegung zu Gunsten oder Ungunsten irgendeines MFA. Die Lektüre der von SCM erwähnten Stellen deckt dies unmittelbar auf: Während in Rz. 165 oben auf die Interkonnektionsverpflichtung und deren Einfluss auf eine marktbeherrschende Stellung von SCM eingegangen wird, geht es in den Rz. 190, Rz. 218 ff. und Rz. 376 unten um das im Markt etablierte Delta von 10% und damit um das Verhalten in preislicher Hinsicht von Orange und Sunrise. Eine ungleiche Auslegung des Fernmelderechts zu Ungunsten von SCM findet sich an den zitierten Stellen nicht.

336. SCM führt bezugnehmend auf Rz. 169 oben in Rz. 92 ihrer Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 an, es sei unerheblich, wie viele Minuten auf einem Netz terminiert würden. Ausschlaggebend sei nur, dass die terminierten Minuten im bilateralen Verhältnis mit den anderen MFA ausgeglichen seien.

¹⁸⁴ Vgl. Tabelle B-4 und Tabelle B-5.

¹⁸⁵ Wholesale-Ebene: vgl. Abbildung A-2 und Rz. 11; Retail-Ebene: vgl. z.B. "Kosten der Mobilfunkdienste: Vergleich und Entwicklung", www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00910.

¹⁸⁶ Kapitel B.4.1.2.1 und Kapitel B.4.1.2.2.

¹⁸⁷ Kapitel B.4.1.2.3.

¹⁸⁸ Vgl. Rz. 165 ff.

¹⁸⁹ Vgl. Rz. 155 ff.

337. Für die Analyse der Zahlungsströme unter den verschiedenen MFA mag von Bedeutung sein, welcher MFA welchem anderen MFA wie viele Minuten verkauft. Für die Beurteilung der Marktstellung eines MFA, insbesondere im Vergleich mit seinen Wettbewerbern, ist jedoch insbesondere auch wichtig, wie viele Minuten als Ganzes auf dessen Netz terminiert werden. Aus ungefähr ausgeglichenem bilateralen Verkehr unter den MFA kann nicht auf eine Symmetrie unter den MFA geschlossen werden. Insbesondere kann die starke Marktposition von SCM damit nicht widerlegt werden. In Rz. 169 oben, aber auch in der Auseinandersetzung mit dem Gutachten von Prof. C.C. von Weizsäcker in Rz. 288 ff., werden diese Zusammenhänge insbesondere im Hinblick auf die von SCM geltend gemachte "Symmetriebeziehung" und das "Nullsummenspiel" erläutert.

338. SCM führt in Rz. 93 f. der Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 an, dass die Weko den M2M-Verkehr mit dem F2M-Verkehr mische.

339. Eine Trennung von M2M- und F2M-Verkehr würde auf eine noch engere Marktabgrenzung hinauslaufen, welche von SCM explizit abgelehnt wird¹⁹⁰. Es wäre daher widersprüchlich, eine weitere Aufteilung des Marktes für die Terminierung von Anrufen in das MF-Netz von SCM vorzunehmen. Wie bereits aus den Erläuterungen aus Kapitel A.1.2 oben hervorgeht, ist die Terminierung von Anrufen eine Dienstleistung, welche keine Unterscheidung nach Herkunft kennt. Sobald der Anruf einmal das MF-Netz eines MFA erreicht hat, sind die technischen Vorgänge unabhängig von der Herkunft des Anrufes identisch. Häufig ist es für einen MFA gar nicht möglich, die Herkunft eines einzelnen Anrufes genau zu bestimmen¹⁹¹. Ferner galt bis zum 31. Mai 2005 für alle Nachfrager von Terminierungsleistungen auf das MF-Netz von SCM derselbe Preis von 33.5 Rappen pro Minute. Eine Aufteilung der terminierten Minuten auf dem Netz von SCM nach deren Herkunft ist daher nicht angezeigt.

340. SCM führt in Rz. 100 der Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 an, dass der Sachverhalt nicht vollständig erstellt wurde, da Orange und Sunrise gegenüber anderen FDA ihre Terminierungsgebühren differenziert senken könnte.

341. Die Weko äussert sich zu dieser Möglichkeit in Kapitel "Keine Diskriminierung durch Orange und Sunrise" (B.4.3.2 unten), zu welchem SCM ebenfalls Stellung nehmen konnte.

342. SCM führt in Rz. 116 der Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 an, dass die Sachverhaltsdarstellung in Tabelle B-4 "offensichtlich widersprüchlich und falsch" sei, da der tiefste Preis 25 Rappen und nicht wie in Tabelle B-7 zehn Rappen pro Minute betrage.

343. Der tiefste Preis in Tabelle B-4 ist 20 (und nicht 25) Rappen pro Minute. Ab der 300. Minute zahlt ein Businesskunde von SCM sogar nur noch 15 Rappen pro Minute. Sämtliche Angaben in Tabelle B-4 beruhen im Übrigen auf Angaben von SCM¹⁹². In Kapitel "Vergleich mit Retail-Preisen in der Schweiz"

(B.4.2.1.1.1 oben) findet sich die Begründung, warum in Tabelle B-7 ein Vergleichswert von zehn Rappen verwendet wurde.

344. SCM führt in Rz. 125 der Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 an, dass die Weko neue Vorwürfe gegen SCM erhoben hätte. Neu würden nicht mehr nur die FDA ausgebeutet, sondern ebenfalls die Endkunden der FDA. Dabei hätte die Weko jedoch die Endkundenpreise gar nicht untersucht und diese seien im Übrigen im europäischen Durchschnitt. Um dies zu belegen, legt SCM kaufkraftbereinigte OECD-Statistiken mit Endkundenpreisen verschiedener MF-Benutzerprofile vor.

345. Es wird von der Weko kein neuer Vorwurf erhoben und eine weitergehende Analyse der Endkundenpreise ist nicht notwendig, wie nachfolgend gezeigt wird. Bereits in Rz. 5 oben, welche unverändert aus dem ersten Antrag des Sekretariats vom 22. April 2005¹⁹³ übernommen wurde, stellte die Weko fest, dass die originierende FDA die Kosten für die Terminierung (und den Transit) in der Regel auf den Endkunden überwälzt. Da die FDA die Terminierungsgebühren an ihre Endkunden weitergeben, bezahlen letzten Endes die Endkunden innerhalb des ihnen in Rechnung gestellten Retail-Preises überhöhte Terminierungsgebühren. Die FDA könnten, wenn die Terminierungsgebühren tiefer wären, ebenfalls tiefere Endkundenpreise anbieten. Wenn ein Missbrauch auf der Wholesale-Ebene gemäss Art. 7 KG stattfindet, wirkt sich dies letztlich immer auf die Endkunden aus, weil die der SCM gegenüberstehenden FDA die überhöhten Terminierungspreise auf die Endkunden überwälzen, von denen letztlich die Nachfrage nach Verbindungen in das MF-Netz von SCM ausgeht. Auch andere Missbräuche wirken sich letztlich auf die Endkunden aus¹⁹⁴.

346. Ein Verweis von SCM auf kaufkraftbereinigte OECD-Statistiken mit Endkundenpreisen verschiedener MF-Benutzerprofile¹⁹⁵ ist aus demselben Grund unbehelflich, wenn auf der Wholesale-Ebene bereits ein Missbrauch nachgewiesen werden konnte. Abbildung A-2 zeigt auf, dass die Terminierungsgebühr von SCM in Europa die Höchste war. Wenn die Wholesale-Preise (hier die Terminierungsgebühr von SCM) nicht missbräuchlich hoch und folglich wesentlich tiefer gelegen wären, so ist zu erwarten, dass die Endkundenpreise aus der OECD-Statistik ebenfalls um denselben Betrag tiefer gelegen hätten, da die FDA die Terminierungsgebühren auf ihre Endkunden überwälzen. In den von SCM vorgebrachten OECD-Statistiken sind im Übrigen auch die z.T. deutlich günstigeren Tarife von Orange und Sunrise enthalten.

¹⁹⁰ Vgl. Rz. 320.

¹⁹¹ Vgl. Rz. 128.

¹⁹² Antworten der Fragen, welche das Sekretariat in elektronischer Form erhielt.

¹⁹³ Ebenfalls Rz. 5.

¹⁹⁴ RPW 2006/1, S. 83, Rz. 140 ff.; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, S. 40, Rz. 95 mit Hinweis auf Rz. 85 f.

¹⁹⁵ Grafiken auf den S. 54 f. der Stellungnahme vom 15. Dezember 2006.

Ferner wurden die Werte kaufkraftbereinigt, wodurch Länder mit einem durchschnittlich höheren Preisniveau bewusst tiefere Preise erhalten¹⁹⁶. Der "Um die Schweiz erweiterter Auszug aus dem 10. Implementierungsbericht der Europäischen Union" zeigt einen Vergleich sämtlicher europäischer Länder, welche anhand von Preiskörben die Endkundenpreise im Bereich Mobilfunk grafisch darstellen¹⁹⁷. Dabei sind die SCM-Preise im Jahr 2004 bei den Preiskörben "medium usage mobile basket" und "high usage mobile basket" jeweils europaweit die höchsten. Dies ist konsistent mit der Analyse der Wholesale-Preise und zeigt, dass sich die hohen Terminierungsgebühren auch unmittelbar auf die Endkundenpreise im Bereich Mobilfunk (insbesondere M2M und auch M2F) auswirken.

347. Die Weko hat daher keine neuen Vorwürfe gegen SCM erhoben. Der Vorwurf war immer derselbe, nämlich, dass SCM auf der Wholesale-Ebene im Bereich der Terminierung überhöhte Preise von ihren Abnehmern, d.h. den die Terminierung nachfragenden FDA, verlangte. Die Weko hat in der vorliegenden Verfügung im Vergleich zum Antrag des Sekretariats vom 22. April 2005 lediglich präzisiert, wie sich dieser Missbrauch konkret auswirkt (nämlich hauptsächlich auf die Endkunden).

348. SCM führt in Rz. 133 der Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 an, dass es sich um einen Zirkelschluss handeln würde, wenn bei einem Vergleich der Terminierungsgebühr von SCM mit anderen Ländern gewisse Länder "aus diffusen Gründen" ausgeschlossen würden. Vielmehr müsse ein Durchschnitt verwendet werden, ansonsten sei "die Vergleichsmarktmethode unsinnig".

349. Länder wie Österreich, Norwegen und Schweden sind vergleichbar, weil sie über ähnliche geografische, finanzielle, politische und soziokulturelle Grundvoraussetzungen wie die Schweiz und über dieselben MF-Standards verfügen. Andere Länder, welche von der Grösse (z.B. Deutschland), von den finanziellen und politischen Grundvoraussetzungen (Ungarn, Estland, Rumänien) oder von den geografischen Gegebenheiten (Niederlande) her weniger gut vergleichbar sind, wurden daher nicht berücksichtigt. Ferner eignen sich Länder, welche im Bereich Mobilfunk ebenfalls über ein Wettbewerbsproblem verfügen, auch nicht als Vergleichsland. Für Länder, in welchen die Terminierungsmärkte reguliert wurden (wie in Österreich, Norwegen und Schweden), kann ausgeschlossen werden, dass ein Wettbewerbsproblem vorliegt. Wenn in diesen Ländern zusätzlich trotz Regulierung und damit erheblich niedrigeren Terminierungsgebühren die MFA mit den höchsten Marktanteilen z.T. hochprofitabel sind¹⁹⁸, so können daraus durchaus Vergleiche mit der Schweiz und damit SCM gezogen werden. Im Übrigen macht SCM geltend, dass die USA und Kanada nicht mit der Schweiz vergleichbar seien¹⁹⁹. SCM ist folglich ebenfalls der Ansicht, dass eine gewisse Auswahl von Ländern erfolgen muss.

350. Es ist hingegen unproblematisch, wenn (wie von SCM geltend gemacht wird) der Durchschnitt dieser

von der Weko ausgewählten Länder Österreich, Norwegen und Schweden berechnet wird. Wie sich aus Tabelle B-7 ausrechnen lässt, beträgt die durchschnittliche Terminierungsgebühr der grössten MFA dieser drei Länder 13.47 Rappen pro Minute, relativ zu 33.5 Rappen von SCM.

351. In Rz. 163 bis Rz. 178 der Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 wiederholt SCM im Wesentlichen die Argumente des Gutachtens und des Kommentars von Prof. C.C. von Weizsäcker, auf die in Rz. 355 unten und den dort zitierten Stellen eingegangen wird.

352. SCM führt in Rz. 179 ff. der Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 an, dass keine Gewinnberechnung erfolgen könne ohne eine Missbrauchs- bzw. Angemessenheitsgrenze anzugeben. Ferner stehe jeder eingehenden Minute statistisch gesehen eine ausgehende Minute gegenüber, welche ebenfalls Kosten verursache, die bei der Gewinnberechnung der Weko jedoch unberücksichtigt blieben.

353. Gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG ist ein beobachteter Preis auf seine Missbräuchlichkeit hin zu überprüfen. Die Erfüllung dieses Tatbestandes setzt nicht voraus, dass die Höhe eines Preises berechnet oder festgesetzt wird, sondern nur die Beantwortung der Frage, ob ein Preis unangemessen ist. Es ist im Übrigen grundsätzlich nicht die Aufgabe der Wettbewerbsbehörde, die Kosten einzelner Dienstleistungen festzusetzen²⁰⁰. Das KG sieht nicht vor, dass eine Angemessenheitsgrenze zu bestimmen ist. Bei der Bestimmung des durch den Missbrauch erwirtschafteten Gewinns ging die Weko davon aus, dass SCM mit einem Preis von 20 Rappen pro Minute über den Kosten liegt, welche eine terminierte Minute auf dem Netz von SCM verursacht. Dabei stützte sich die Weko u.a. auch auf ausländische Kostenschätzungen, welche die Gesamtkosten einer terminierten Minute auf unter zehn Rappen schätzen. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass der effektive Gewinn noch wesentlich über dem von der Weko veranschlagten Wert liegt.

354. Ausgehende Minuten sind Teil eines anderen Marktes und sind daher bei der Kostenberechnung von eingehenden Minuten nicht zu berücksichtigen. Im Übrigen basieren Kostenschätzungen gemäss LRIC auf Basis der Gesamtkosten, wobei die Fixkosten auf alle Minuten verteilt werden. Ferner werden ausgehende Minuten direkt vom Endkunden bezahlt und sind unabhängig von den Kosten der Terminierung. Eine Berücksichtigung von Kosten, welche durch ausgehende Minuten verursacht werden, ist daher nicht vorzunehmen.

¹⁹⁶ Vgl. Rz. 226 ff. und Rz. 233 ff. zur Verwendung von Kaufkraft.

¹⁹⁷ "Der Schweizer Fernmeldemarkt im internationalen Vergleich", um die Schweiz erweiterter Auszug aus dem 10. Implementierungsbericht der Europäischen Union, Stand 2004, Figure 55 bis 57, S. 74 bis 76, www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00887.

¹⁹⁸ Letzteres geht aus der von SCM eingereichten MERRILL LYNCH-Studie "European Wireless" vom 14. April 2005 hervor, S. 15, S. 39, und S. 48.

¹⁹⁹ Vgl. Rz. 240.

²⁰⁰ RPW 2005/1, S. 90; Feststellung der Marktbeherrschung aufgehoben durch REKO/WEF (RPW 2006/4, S. 698 ff.).

355. SCM führt in Rz. 84 der Stellungnahme vom 15. Dezember 2006 an, dass sich die Weko nur teilweise und bisweilen nicht korrekt mit dem Gutachten von Prof. C.C. von Weizsäcker auseinandergesetzt habe und reichte einen Kommentar von Prof. C.C. von Weizsäcker zu den Stellungnahmen der Weko zu dessen Gutachten ein. Nachfolgend wird auf einzelne Argumente des Kommentars eingegangen, sofern diese rechtserheblich sind und dies nicht bereits im Rahmen der Besprechung des Gutachtens in Rz. 288 ff. geschehen ist.

356. Prof. C.C. von Weizsäcker macht in seinem Kommentar geltend, dass die Weko elementare Fehler in der Kostenrechnung gemacht habe (S. 1). Er schreibt von einem "völlig unzureichenden betriebswirtschaftlichen Kostenverständnis" der Weko und ist erstaunt "über welche simple Aufgabe der Kostenrechnung die Weko hier gestolpert" sei (S. 2 des Kommentars). Er nimmt dabei Bezug auf Tabelle B-3 "Preisbeispiel, welches die finanzielle Wirkung einer on-net/off-net-Preisdifferenzierung von SCM aufzeigt". Diese Berechnungen seien falsch, da die Kunden auch angerufen würden, wodurch Orange und Sunrise hohe Terminierungseinnahmen generieren würden.

357. Prof. C.C. von Weizsäcker vermischt dabei die Kosten, welche dem Endkunden am Ende des Monats von seinem MFA in Rechnung gestellt werden (Tabelle B-3) mit den Kosten und Einnahmen, welche einem MFA entstehen (S. 3 des Kommentars von Prof. C.C. von Weizsäcker). Es handelt sich nicht um eine Kostenrechnung, sondern lediglich um die Beträge der Rechnungen, welche dem Endkunden am Monatsende von seinem MFA zugestellt werden. Im Preisbeispiel aus Tabelle B-3 wird nur die Entscheidung des Endkunden beleuchtet, welcher sich aufgrund der beobachteten Endkundenpreise für einen MFA entscheidet. Für diese Endkundenentscheidung sind die Kosten oder Erträge, welche bei den MFA entstehen, irrelevant. Der Konsument wird sich bei seiner Entscheidung für oder gegen einen MFA nur nach seinen eigenen Kosten (d.h. nach dem im Markt günstigsten Angebot) richten und nicht nach den Kosten, welche dem MFA allenfalls entstehen.

358. Das Preisbeispiel in Tabelle B-3 macht deutlich, dass generell ein MFA mit einem grossen Marktanteil einen entscheidenden Vorteil gegenüber einem kleinen MFA hat, der auf dessen Grösse basiert. Dies ist zurückzuführen auf die Preisgestaltung von SCM, indem SCM für off-net-Anrufe wesentlich höhere Endkundenpreise verlangt als für on-net-Anrufe. Dadurch entsteht ein so genannter preisinduzierter Netzwerkeffekt, wie er in Rz. 186 oben und auch auf S. 1 des Kommentars von Prof. C.C. von Weizsäcker erläutert wird.

359. Prof. C.C. von Weizsäcker macht in seinem Kommentar weiter geltend, dass es im Bereich Mobilfunk einen Wasserbetteffekt gäbe, der dazu führe, dass eine Senkung der Terminierungsgebühren eine Erhöhung der Endkundenpreise zur Folge hätte und daher wirkungslos und nicht sinnvoll sei (S. 9 des Kommentars). Ein solcher²⁰¹ Effekt kann im Bereich Mobilfunk nicht beobachtet werden, da sowohl die Endkunden-

wie auch die Wholesale-Preise seit 1998 kontinuierlich sinken. Zu berücksichtigen sind in diesem Zusammenhang auch die hohen Gewinne von SCM. So kündigte Swisscom in ihrer Pressemitteilung vom 3. Mai 2005 an²⁰², neben ihrer Terminierungsgebühr auch die Endkundenpreise zu senken. Ferner schreibt SCM von einem negativen Effekt auf Umsatz und EBITDA in Höhe von CHF 165 Mio. für die zweite Hälfte des Jahres 2005. Daraus geht hervor, dass hier kein Wasserbetteffekt vorhanden ist, welcher die Wirkung einer Senkung von Terminierungsgebühren in Frage stellen könnte.

360. Prof. C.C. von Weizsäcker macht in seinem Kommentar weiter geltend, dass sich die Weko betreffend "unabhängiges Verhalten" irre (S. 10 im Kommentar). Es dürfe nicht nur untersucht werden, ob ein MFA seine Terminierungsgebühr unabhängig von seinen Konkurrenten oder Verbrauchern senken kann. Dies ginge völlig an der Frage der Marktbeherrschung vorbei. Vielmehr müsse geprüft werden, ob der MFA mit einer Preiserhöhung mehr Geld verdiene.

361. Die Frage der Marktbeherrschung kann nicht allein anhand dieses Argumentes bewiesen oder widerlegt werden. Sie wird ausführlich im Kapitel B.4.1.2 oben analysiert. Die Effekte einer Änderung der Höhe der Terminierungsgebühr von SCM auf den Umsatz bzw. EBITDA bestätigen jedoch die Analyse der Marktbeherrschung von SCM aus Kapitel B.4.1.2 oben zusätzlich: In der Pressemitteilung vom 3. Mai 2005²⁰³ erläutert Swisscom den negativen Effekt auf Umsatz und EBITDA in Höhe von CHF 165 Mio. für die zweite Hälfte des Jahres 2005, welcher von der Preissenkung der Terminierungsgebühr von 33.5 auf 20 Rappen herrührt. Bestätigt wird dieser negative Effekt noch einmal im Jahresüberblick 2005²⁰⁴. Daraus kann geschlossen werden, dass das vorher höhere Preisniveau aus Sicht von SCM sich finanziell gelohnt haben muss. Dies bestätigt die Analyse der Weko in Bezug auf die marktbeherrschende Stellung von SCM zusätzlich.

362. Prof. C.C. von Weizsäcker kritisiert in seinem Kommentar allgemein die Vorgehensweise der Weko in Bezug auf die Abgrenzung des relevanten Marktes (S. 17 im Kommentar). Er schreibt von einer "Brüchigkeit dieser Krücke 'relevanter Markt'", und dass es sich dabei um "kartellrechtliche Rituale ohne weiteren rationalen Erkenntniswert" handle. Dies zeige

²⁰¹ Vgl. ebenfalls die Ausführungen in Rz. 327.

²⁰² www.swisscom.com/GHQ/content/Media/Medienmitteilungen/2005/20050503_01_Preisoffensive.htm.

²⁰³ www.swisscom.com/GHQ/content/Media/Medienmitteilungen/2005/20050503_01_Preisoffensive.htm.

²⁰⁴ www.swisscom.com/GHQGB05/content/Ueberblick/Jahresueckblick.

²⁰⁵ Gutachten vom 20. November 2006 i.S. Interkonkurrenzverfahren Mobilfunkterminierung, RPW 2006/4, S. 739, Rz. 50, sowie Leitlinien der Kommission zur Marktanalyse und Ermittlung beträchtlicher Marktmacht nach dem gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (2002/C 165/03), S. 16, Rz. 78.

sich bereits daran, dass bezugnehmend auf Orange und Sunrise in zwei Dritteln der Fälle trotz eines Marktanteils von 100% die MFA nicht marktbeherrschend seien. Ferner sei die Weko nicht auf seine "Beziehung der Reziprozität" eingegangen.

363. Auf die These der symmetrischen Reziprozitätsbeziehung unter den FDA wurde in Rz. 288 ff. eingegangen.

364. Eine marktbeherrschende Stellung kann nicht allein anhand der Marktanteile bzw. des Fehlens von Wettbewerbern im relevanten Markt ermittelt werden. Ein hoher Marktanteil (vorliegend 100%) bedeutet lediglich, dass der in Frage stehende MFA eine marktbeherrschende Stellung einnehmen könnte. Jedoch sind die wirtschaftlichen Merkmale des betreffenden Marktes in jedem Einzelfall eingehend zu prüfen.²⁰⁵ Vorliegend ergaben sich keine Anhaltspunkte für eine marktbeherrschende Stellung von Orange und Sunrise, trotz ihres jeweiligen Marktanteiles von 100%.

365. Bezugnehmend auf Rz. 170 oben bestreitet Prof. C.C. von Weizsäcker in seinem Kommentar, dass SCM insgesamt wesentlich mehr von überhöhten Terminierungsgebühren profitiert als Orange und Sunrise (S. 21 im Kommentar). Er verweist in diesem Zusammenhang auf das M2M-Geschäft und macht geltend, dass proportional gesehen Orange und Sunrise mehr von überhöhten Terminierungsgebühren profitieren würden als SCM.

366. Das M2M-Geschäft kann jedoch nicht getrennt betrachtet werden, es bildet nur einen kleinen Teilaspekt des Terminierungsmarktes. Bei ca. dreimal höherer Anzahl Minuten, welche SCM vom Festnetz her terminiert (vgl. Tabelle B-2, S. Seite 268), wird ein Sinken aller Terminierungsgebühren um den gleichen Betrag bei SCM zu dreimal mehr Umsatzeinbussen führen als bei Orange und Sunrise. Daher profitiert SCM mit Abstand am meisten von hohen Terminierungsgebühren. Proportional ändert sich jedoch nichts, da die Terminierungsgebühr pro Minute verrechnet wird. Eine Vervielfachung der Erträge aus der Terminierung führt daher aus mathematischen Gründen nicht zu einer Veränderung der Proportionen. Die Analyse der F2M-Zahlungen belegen die um ein Vielfaches höheren Umsatzeinbussen von SCM im Vergleich mit Orange und Sunrise im Falle einer Preissenkung.

B.4.2.4 Keine Behinderung von Orange und Sunrise

367. Zu prüfen ist weiter, ob sich die Ausbeutung der Endkunden der FDA, welche die Terminierung bei SCM nachfragten, durch SCM allenfalls behindernd auf ihre Wettbewerber Orange und Sunrise ausgewirkt hat. Es ist durchaus möglich, dass gewisse Praktiken behindernd und ausbeutend zugleich sein können²⁰⁶.

368. Die MFA Orange und Sunrise haben das hohe Preisniveau von SCM in Bezug auf ihre eigene Terminierungsgebühr übernommen und von ihrer Marktgegenseite folglich ebenfalls hohe Terminierungsge-

bühren verlangt, wie in Rz. 173 ff. gezeigt wurde. Dieses Verhalten brachte den kleinen MFA zwar Einnahmen aus dem Festnetz (also im Wesentlichen von Swisscom Fixnet), aber sie hatten de facto nicht die Möglichkeit, ihre Gebühren zu senken, ohne sich selbst zu schädigen. Ausserdem wurde wahrscheinlich durch das hohe Preisniveau sowohl im Bereich F2M wie auch M2M weniger Sprachverkehr generiert, da die Terminierungsgebühren den Endkunden weiterverrechnet wurden. Anlässlich der Anhörung vom 29. Mai 2006 wie auch in ihrer Pressemitteilung vom 13. Mai 2005²⁰⁷ wies Swisscom darauf hin, dass die Festnetzanbieter die hohen Terminierungsgebühren inkl. einer zusätzlichen Marge auf die Endkunden abwälzten. Tiefere Terminierungsgebühren hätten also wahrscheinlich zu mehr Sprachverkehr im Bereich M2M und F2M und damit möglicherweise zum Ausbau von Marktanteilen von Orange und Sunrise führen können.

369. Gleichzeitig verlangte Swisscom hohe on-net/off-net-Preisunterschiede von ihren Endkunden und profitierte damit von einem preisinduzierten Netzwerkeffekt²⁰⁸. Hohe off-net-Preise für Endkunden sind die logische Folge hoher Terminierungsgebühren. Wären die Terminierungsgebühren gleich hoch, wie die tatsächlichen Kosten der Terminierung, gäbe es keinen Grund für Anrufe auf fremde MF-Netze (off-net-Anrufe), höhere Preise von den Endkunden zu verlangen als für on-net-Anrufe. Damit liegt tendenziell eine Benachteiligung der kleineren MFA vor.

370. Da Orange und Sunrise jedoch trotz dieser Nachteile aus den F2M-Anrufen hohe Einnahmen generierten, welche ihnen ermöglichten, ab dem Jahr 2004 ebenfalls Gewinne zu schreiben, kann nicht als erwiesen betrachtet werden, dass Orange und Sunrise im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG behindert wurden.

B.4.2.5 Ergebnis hinsichtlich der Verhaltensweise von SCM

371. Aus diesen Gründen kommt die Weko insgesamt zum Schluss, dass sich die hohen Terminierungsgebühren von SCM durch keine sachlichen Gründe rechtfertigen lassen. SCM hat mit den überhöhten Terminierungsgebühren die Endkunden der FDA, die eine Terminierung in das MF-Netz von SCM nachfragten, ausgebeutet und sich im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG unzulässig verhalten.

B.4.3 Keine unzulässigen Verhaltensweisen von Orange und Sunrise

372. Vorliegend wurden keine genügenden Anhaltspunkte gefunden, welche für den Zeitraum bis zum 31. Mai 2005 auf eine marktbeherrschende Stellung

²⁰⁶ ROGER ZACH, in: von Büren/David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/2, Kartellrecht, Basel/Genf/München 2000, S. 198.

²⁰⁷ www.swisscom.com/GHQ/content/Media/Medienmitteilungen/2005/200500513_01_Preissenkung_FX.htm

²⁰⁸ Diese Zusammenhänge wurden in Rz. 180 ff. ausführlich erläutert.

von Orange und Sunrise schliessen lassen²⁰⁹. Selbst wenn Anhaltspunkte einer marktbeherrschenden Stellung von Orange und Sunrise hätten erhärtet werden können, kann ein Missbrauch bis am 31. Mai 2005 nicht nachgewiesen werden, wie nachfolgend gezeigt wird.

B.4.3.1 Keine unangemessen hohen Terminierungsgebühren von Orange und Sunrise

373. Die Marktanalyse von Orange und Sunrise im Kapitel B.4.1.2.4 oben hat aufgezeigt, dass diese gezwungen waren, ihre jeweiligen Terminierungsgebühren an das Preisniveau von SCM anzupassen. Wenn sie ihre Terminierungsgebühren gesenkt hätten, hätte dies einerseits gravierende Auswirkungen auf ihre finanzielle Situation gehabt, andererseits hätten sie damit die Kosten von ihrem stärksten Wettbewerber SCM gesenkt, sodass dieser seine Endkundenpreise hätte senken und damit seine Stellung im Endkundenmarkt weiter hätte ausbauen können.

374. Es ist zu bemerken, dass SCM seit 1978 im MF-Markt war und hohe Gewinne erwirtschaftete, während Orange und Sunrise erst über 20 Jahre später begannen, MF-Dienstleistungen in der Schweiz anzubieten²¹⁰. Orange und Sunrise hatten zwischen 2001 bis 2005 im Vergleich zu SCM nur einen Drittel der Anzahl Kunden (vgl. Abbildung B-4, Seite 263). Tabelle B-10 zeigt die EBITDA-Zahlen der drei MFA im Vergleich. Bei den Zahlen von Sunrise ist zu berücksichtigen, dass die Werte auch andere Geschäftsfelder, namentlich Festnetztelefonie und Internet, enthalten. Die finanzielle Position von SCM ist aufgrund der EBITDA-Zahlen als wesentlich stärker einzustufen als diejenige von Orange und Sunrise.

Tabelle B-10: EBITDA-Vergleich von Orange, Sunrise und SCM von 2001 bis 2005

	2000	2001	2002	2003	2004	2005
Orange ²¹¹	-524	11	81	296	395	n.a.
Sunrise ²¹²		-15	251	451	509	537
SCM		1'876	1'974	1'984	1'976	1'850

375. Ausserdem kann grundsätzlich ein Verhalten, welches sich an behördlichen Vorgaben orientiert, von der Weko nicht als rechtswidrig betrachtet werden. Mit Bezug auf Art. 7 KG wird von der Literatur erwähnt, dass die Einhaltung bestimmter Normen (z.B. ISO-Normen) im Ergebnis nicht als missbräuchliches Verhalten im Sinne von Art. 7 KG angesehen werden könne²¹³.

376. Ausschlaggebend ist in diesem Zusammenhang, dass Orange und Sunrise ihre Terminierungsgebühren nicht höher als 10% über den Preis von SCM festsetzten. Diese 10%-Grenze wurde von der ComCom in ihrer Verfügung vom 3. April 2001 betreffend Interkonnektion [...] vorsorgliche Massnahmen festgelegt

und Orange und Sunrise haben sich in der Folge bis 31. Mai 2005 an diese Vorgabe gehalten. In derselben Verfügung wurde in E. 2.2.4 darauf hingewiesen, dass im Durchschnitt (im europäischen Ausland) Marktneulinge von einer Unterscheidung (der Terminierungsgebühren) zu ihren Gunsten von weniger als 10% profitieren können. Ebenfalls bekräftigte die ComCom ihre Ansicht, wonach sie die um 10% höheren Terminierungsgebühren der kleinen MFA gegenüber dem historischen Anbieter als gerechtfertigt erachtet. Auch von SCM wird die Orange und Sunrise zugestandene Differenz im Ergebnis anerkannt. Im Rahmen der Anhörung wurde die Differenz von 10% mehrfach thematisiert, wobei SCM dazu ausführte, dass die ComCom 2001 eingegriffen und die 10%ige Gebührendifferenz festgelegt habe. An diese behördliche Rahmenvorgabe hielten sich Orange und Sunrise bis zum 31. Mai 2005 (vgl. auch Rz. 170 und Rz. 190 oben).

B.4.3.2 Keine Diskriminierung durch Orange und Sunrise

377. Die Analyse der Preise von Orange und Sunrise im Bereich der Terminierung hat ergeben, dass beide MFA mit ausländischen FDA z.T. tiefere Terminierungsgebühren aushandelten, als mit Swisscom in der Schweiz²¹⁴. Dies könnte als Diskriminierung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG ausgelegt werden. Da Orange und Sunrise jedoch gezwungen waren, das Preisniveau von SCM in der Schweiz zu übernehmen und sich auch gutgläubig an die Vorgaben der ComCom hielten²¹⁵, kann ihnen nicht vorgehalten werden, dass sie sich mit einzelnen ausländischen Gesellschaften auf ein tieferes Preisniveau einigten. Im Gegenteil: Weil sich Orange und Sunrise mit einzelnen ausländischen Gesellschaften auf ein tieferes Preisniveau einigen konnten, ist davon auszugehen, dass die Initiative für das hohe Preisniveau in der Schweiz nicht von Orange oder Sunrise ausging. Es zeigt, dass Orange und Sunrise auch bereit gewesen wären, sich auf ein tieferes Preisniveau zu einigen. Dafür spricht auch die Tatsache, dass SCM von allen ausländischen Gesellschaften die gleiche Terminierungsgebühr von 33.5 Rappen pro Minute verlangte. Es liegen daher keine genügenden Anhaltspunkte vor, dass Orange und Sunrise eine Diskriminierung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG praktiziert haben.

²⁰⁹ Kapitel B.4.1.2.4.

²¹⁰ Rz. 163.

²¹¹ www.orange.ch/aboutus/corporateaffairs/keyFigures.

²¹² www.sunrise.ch/uebersunrise/unternehmensportraet/inkuerze/geschaeftergebnisse.htm.

²¹³ BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducry (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Zürich 1997, Rz. 43 zu Art. 7.

²¹⁴ Antworten der Fragen, welche das Sekretariat in elektronischer Form erhielt.

²¹⁵ Rz. 376.

B.4.3.3 Ergebnis hinsichtlich der Verhaltensweise von Orange und Sunrise

378. Es ergeben sich somit keine Anhaltspunkte, dass sich Orange und Sunrise bis zum 31. Mai 2005 missbräuchlich im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b oder Bst. c KG verhielten. Orange und Sunrise konnten bis zum 31. Mai 2005 davon ausgehen, dass sie sich innerhalb der behördlichen Vorgaben bewegten.

B.4.4 Gesamtergebnis

379. Die Analyse hat gezeigt, dass SCM sich als marktbeherrschendes Unternehmen bis zum 31. Mai 2005 unzulässig verhielt, indem sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Wholesale-Markt für in ein MF-Netz eingehende Fernmeldedienste im Bereich der Sprachtelefonie gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG unangemessene Preise für die Terminierung in ihr MF-Netz verlangte und damit die Endkunden der Marktgegenseite im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG ausbeutete.

380. Für Orange und Sunrise konnten bis zum 31. Mai 2005 keine genügenden Anhaltspunkte für unzulässige Verhaltensweisen festgestellt werden.

B.5 Sanktionierung

B.5.1 Einleitung zur Sanktionierung

381. Die vorliegende Untersuchung führte zum Ergebnis, dass SCM ihre marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 7 KG bis zum 31. Mai 2005 missbrauchte, indem sie nach Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG unangemessene Terminierungsgebühren von anderen FDA verlangte und damit deren Endkunden ausbeutete. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG ist ein Unternehmen, das sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag bis zu zehn Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes zu belasten.

382. In ihrer Stellungnahme vom 22. Mai 2006 berief sich SCM mit Hinweis auf Art. 5 Abs. 1 BV und Art. 7 Abs. 1 EMRK auf das Bestimmtheitsgebot, wonach eine Strafe ohne hinreichend bestimmtes Gesetz nicht möglich sei. Insbesondere definiere das Kartellgesetz nicht näher, was bezüglich Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG unter "Erzwingung" bzw. unter "unangemessenen" Preisen zu verstehen sei. Ob und in welchem Umfang direkt aus der EMRK fließende Garantien zur Anwendung gelangen, kann wie vorstehend unter Rz. 36 ausgeführt, offenbleiben.

383. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der Strassburger Organe zum Bestimmtheitsgebot muss das Gesetz so präzise formuliert sein, dass der Bürger sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann²¹⁶.

384. Die Formulierung von Art. 7 KG genügt diesen Anforderungen. Art. 7 KG richtet sich einzig an marktbeherrschende Unternehmen, welche Wettbewerber behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen resp. ausbeuten. Konkretisiert werden diese beiden Missbrauchstatbestände in einem in Art. 7

Abs. 2 KG enthaltenen Beispielskatalog. Seit Inkrafttreten des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 hat sich eine beträchtliche wettbewerbsrechtliche Praxis, insbesondere der Wettbewerbsbehörde und deren Rechtsmittelinstanzen, entwickelt, welche in der mittlerweile umfangreichen Literatur²¹⁷ zum Kartellrecht Einzug gefunden hat.

385. Es ist im Übrigen nicht einsichtig, inwiefern einer wie in einer Vielzahl anderer Länder dem europäischen Wettbewerbsrecht (Art. 82 EGV) nachempfundenen Bestimmtheit bezüglich des Bestimmtheitsgebotes in der Rechtsanwendung Probleme bereiten sollte. Anhand der bestehenden in- und ausländischen Erfahrungen ist es SCM möglich gewesen, die kartellrechtliche Tragweite ihres Handelns abzuschätzen. Es ist einer Gesetzesbestimmung inhärent, dass sie einen gewissen Abstraktionsgrad aufweist. Erst im Rahmen der Gesetzesanwendung wird für einen bestimmten Sachverhalt geprüft, was als missbräuchliches Verhalten im Einzelfall anzusehen ist. Im Übrigen würde die Auffassung von SCM im Ergebnis darauf hinauslaufen, dass die Weko eine Gesetzesbestimmung nicht anwenden dürfte, wozu sie aber verpflichtet ist²¹⁸.

386. Bezüglich der in der Stellungnahme vom 22. Mai 2006 vorgebrachten Rüge hinsichtlich der Frage der Angemessenheit der Preise im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG ist Folgendes festzuhalten: Ein Missbrauch im Sinne von Art. 7 KG liegt nicht bereits vor, wenn ein Tatbestandselement aus dem Beispielskatalog in Art. 7 Abs. 2 KG erfüllt ist. Es ist in jedem Fall auch zu prüfen, ob die Tatbestandselemente des Missbrauchs oder der Benachteiligung nach Art. 7 Abs. 1 KG erfüllt sind. Zur Bestimmung der Angemessenheit ist auf die Kostenmethode oder auf Vergleichsmarktkonzepte, wie bspw. im PüG, abzustellen²¹⁹. Im Rahmen von regelmässig erfolgenden betriebswirtschaftlichen Kostenanalysen müssen SCM ihre eigenen Kosten der Terminierung zumindest der Grössenordnung nach bekannt sein. SCM macht geltend, die Kosten ihrer Terminierung nicht zu kennen. Als Trägerin aller Kostenelemente der Terminierung hätte sie diese Kosten aber kennen können, womit sich SCM auch nicht auf die geltend gemachte Offenheit des Begriffs der Angemessenheit berufen kann. Unter Berücksichtigung

²¹⁶ BGE 117 IV 242, E. 1.c, mit weiteren Hinweisen.

²¹⁷ Vgl. statt vieler Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997; VON BÜREN/DAVID (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band V/2, Kartellrecht, Basel/Genf/München 2000; TERCIER/BOVET (Hrsg.), Droit de la concurrence, Commentaire romand, Basel 2002; JÜRGEN BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2005; PHILIPP ZURKINDEN, HANS RUDOLF TRÜEB, Das neue Kartellgesetz. Handkommentar, Zürich 2004; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. Bern 2005; ROLAND VON BÜREN/EUGEN MARBACH, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. Bern 2002.

²¹⁸ MARK E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, Zürich 1999, S. 57.

²¹⁹ ROBERTO DALLAFIORI, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Rz. 113 zu Art. 7 KG.

einer Gewinnmarge wäre nach der Kostenbestimmung auch die Bestimmung eines kartellrechtlich zulässigen Kostenniveaus möglich. Zum gleichen Ziel würde das Abstellen auf Vergleichsmarktkonzepte führen, indem SCM bspw. die Terminierungspreise aus anderen Vergleichsländern hätte berücksichtigen können, insbesondere aus denjenigen Vergleichsländern, in denen eine kostenorientierte Regulierung erfolgte. Zudem hätten analog auch Kriterien nach Art. 13 PüG beigezogen werden können.

B.5.2 Übergangsrechtliche Fragen

387. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG ist ein Unternehmen, das sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag bis zu zehn Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes zu belasten. Gemäss Schlussbestimmung KG zur Änderung vom 20. Juni 2003 (Übergangsbestimmung) entfällt eine Belastung nach Art. 49a Abs. 1 KG, wenn am 1. April 2004 eine bestehende Wettbewerbsbeschränkung innert eines Jahres nach Inkrafttreten von Art. 49a KG gemeldet oder aufgelöst wird.

388. Mit Schreiben vom 1. April 2004 reichte SCM für den der Untersuchung zugrunde liegenden Sachverhalt eine Rechtsschrift ein, welche als Meldung gemäss Übergangsbestimmung bezeichnet wurde. Das Bundesgericht entschied indes in BGE 2A.289/2005²²⁰ für vorliegende Untersuchung, dass ein Sachverhalt, welcher im Zeitpunkt der Meldung bereits Gegenstand einer Vorabklärung oder einer Untersuchung ist, nicht meldefähig sei. Da das Instrument der Meldung bezwecke, dem Risiko direkter Sanktionen, das für die Unternehmen mit dem Inkrafttreten des revidierten Rechts neu entsteht, Rechnung zu tragen, sei entscheidend, ob für die Wirtschaftssubjekte mit dem Inkrafttreten der Gesetzesrevision tatsächlich eine Unsicherheit eintrete, welche ein Korrektiv in Form der Meldemöglichkeit erfordere. Der Gegenstand der Meldung gemäss Schlussbestimmung sei deshalb auf Fälle zu beschränken, bei denen das Inkrafttreten des neuen Rechts für die Wirtschaftssubjekte zu einer Ungewissheit über das Risiko direkter Sanktionen führe. Eine solche bestehe nicht bei Verhaltensweisen, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Revision bereits Gegenstand einer Vorabklärung oder einer Untersuchung bildeten²²¹.

389. SCM legte mit Eingabe vom 22. Mai 2006 dar, dass mit Bezug auf die den Betrag von 20 Rappen pro Minute übersteigende Preishöhe gar keine Sanktion ausgefällt werden dürfe, da gemäss Entscheid der REKO/WEF vom 18. März 2005 die von der Weko verursachte Rechtsverzögerung und Rechtsverweigerung nicht zulasten von SCM berücksichtigt werden dürfe. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass sich SCM auf einen Entscheid der REKO/WEF stützt, welcher durch das Bundesgericht aufgehoben wurde²²². Die entsprechenden Ausführungen der REKO/WEF erfolgten jedoch in der Logik des der REKO/WEF zugrunde liegenden Verständnisses, wonach auch für laufende Verfahren eine Meldung im Sinne der Übergangsbestimmung hätte möglich sein sollen. Indem das Bundesgericht demgegenüber festhielt, dass es sich in solchen Fällen um nicht meldefähige Sachverhalte

handle, ist der diesbezügliche Einwand von SCM nicht zu hören. Bereits mit Schreiben vom 5. April 2004 machte das Sekretariat im Übrigen SCM in der vorliegenden Untersuchung darauf aufmerksam, dass eine Meldung im Sinne der Übergangsbestimmung nicht mehr möglich sei, wenn die Behörde bereits Kenntnis vom gemeldeten Sachverhalt habe. Indem SCM bezüglich der Frage der Meldung nach Übergangsfrist auf einen beim Bundesgericht rechtshängigen Entscheid der REKO/WEF vom 18. März 2005 abstellte, nahm SCM das Risiko eines anderslautenden Entscheides des Bundesgerichts in Kauf und kann daraus später nicht ableiten, sich in gutem Glauben befunden zu haben. Das Bundesgericht hat zu dieser Frage im Übrigen klar festgehalten, dass Unternehmen, über deren wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen bereits eine Untersuchung eingeleitet wurde, sich in einer anderen Situation befänden als jene, bei denen keine solchen Massnahmen ergriffen worden seien, da sie die kritische kartellrechtliche Zulässigkeit ihres Tuns kennen würden und sich daher des Risikos direkter Sanktionen bei dessen Weiterführung nach Ablauf der einjährigen Übergangsfrist bewusst sein müssten²²³.

390. Im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wäre im vorliegenden Fall somit einzig der zweiten Tatbestandsvariante der Schlussbestimmung zur Änderung vom 20. Juni 2003, der Auflösung der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung, sanktionsbefreiende Wirkung zugekommen. Obschon SCM umfassend über den Gegenstand der Untersuchung informiert war, hat sie darauf verzichtet, die missbräuchliche Verhaltensweise im relevanten Zeitraum der vorliegenden Teilverfügung (bis zum 31.5.2005) einzustellen. Der hier untersuchte Sachverhalt und die darin festgestellte unzulässige Verhaltensweise von SCM nach Art. 7 KG bleibt somit der Sanktionierbarkeit nach Art. 49a Abs. 1 KG seit dessen Inkrafttreten am 1. April 2004 unterstellt.

B.5.3 Vorwerfbarkeit

391. Mit Stellungnahme vom 22. Mai 2006 machte SCM geltend, dass das Verschuldensprinzip nach Art. 6 Abs. 2 EMRK auch für juristische Personen anwendbar sei und Verwaltungssanktionen gegen juristische Personen deshalb ein Verschulden voraussetzen würden. SMC habe aufgrund verschiedener Anhaltspunkte - auf welche nachfolgend zurückzukommen ist - davon ausgehen dürfen und müssen, dass deren Terminierungsgebühren jederzeit rechtens gewesen seien, weshalb eine Ausfällung einer Sanktion nicht möglich sei.

²²⁰ Analog zum früheren Urteil 2A.287/2005 vom 19. August 2005 publiziert in RPW 2005/4, S. 708.

²²¹ Urteil 2A.289/2005 vom 8. Juni 2006, E. 4.3.

²²² Vgl. Urteil 2A.287/2005 vom 19. August 2005; Urteil 2A.289/2005 vom 8. Juni 2006.

²²³ Urteil 2A.287/2005 vom 19. August 2005, E. 3.4.

392. Zur Frage des Verschuldens hält die Botschaft zum teilrevidierten Kartellgesetz klar fest, dass für eine Verwaltungssanktion nach Art. 49a KG kein Verschulden vorliegen muss. Die Verwaltungssanktion setzt - im Gegensatz zu einer Strafsanktion - kein Verschulden voraus, d.h. sie kann ohne den Nachweis eines strafrechtlich vorwerfbaren Verhaltens einer natürlichen Person verhängt werden²²⁴. In der Literatur wurde die vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehene Auffassung der Verschuldensunabhängigkeit u.a. vor dem Hintergrund der zwischenzeitlichen Einführung von Art. 100^{quater} des Strafgesetzbuches zur Verantwortlichkeit des Unternehmens kritisiert²²⁵. Im Ergebnis wird von der Literatur im Wesentlichen erwähnt, dass für die Verhängung einer Verwaltungssanktion erforderlich sei, dass gegenüber der juristischen Person oder ihrer Organe das zur Sanktion führende Verhalten vorwerfbar sein müsse²²⁶. Dabei dürfte allerdings in vielen Fällen von einer Organisationsfahrlässigkeit auf Stufe der höchsten Managementebene, d.h. bei Organpersonen des Unternehmens auszugehen sein, wenn es zu Kartellrechtsverstößen kommen sollte, sodass Probleme in der Praxis kaum relevant werden dürften²²⁷.

393. Aus der Rechtsprechung ist insbesondere der Entscheid der REKO/WEF i.S. "Rhône-Poulenc/Merck"²²⁸ zu erwähnen, wobei der Entscheid einen Verstoss im Zusammenhang mit der Verletzung einer Meldepflicht bei einem Unternehmenszusammenschluss betrifft (Art. 51 KG). Zur Frage des Verschuldens hielt die REKO/WEF Folgendes fest: "Il ne va pas de soi qu'il en aille autrement en droit suisse et que l'infliction d'une sanction administrative pouvant s'élever à CHF 1 mio. puisse se fonder exclusivement sur des éléments objectifs. [...] La Commission de céans a cependant laissé ouverte la question de savoir si une mesure de ce genre pouvait être prise en l'absence de toute faute"²²⁹. Im Ergebnis heisst dies, dass nicht ausschliesslich auf objektive Kriterien gestützt werden kann, sondern dass auch subjektive Elemente zu berücksichtigen sind. Jedoch wurde die Frage der Notwendigkeit eines Verschuldens explizit offen gelassen. Die Weko behandelte i.S. Sanktionsverfahren Unique-Valet Parking, in welchem es um einen Verstoss gegen eine behördliche Anordnung ging (Art. 50 KG), die Thematik des Verschuldens im Rahmen eines Kapitels zur Vorwerfbarkeit²³⁰. Im Entscheid der Weko vom 18. September 2006 in Sachen Unique, in welcher die Weko eine sich auf Art. 49a Abs. 1 KG stützende Sanktion ausfällte, wurde ebenfalls eine Vorwerfbarkeit des Verhaltens geprüft²³¹.

394. Da vorliegend zumindest eine Sorgfaltspflichtverletzung im Sinne eines Organisationsverschuldens vorliegt, kann für diese Untersuchung die Frage letztlich offenbleiben, ob zusätzlich Vorwerfbarkeit vorauszusetzen ist, weil - wie nachfolgend aufzuzeigen ist - die Vorwerfbarkeit der in Frage stehenden unzulässigen Verhaltensweise gegeben ist.

395. Mit Stellungnahme vom 22. Mai 2006 machte SCM geltend, dass sich die Terminierungsgebühr immer im Rahmen der (in der Schweiz und in der EU) marktüblichen Preise und Margen bewegt habe. Tat-

sache ist demgegenüber, dass SCM seit mehreren Jahren Kenntnis der überhöhten Terminierungsgebühren hatte oder mindestens haben musste. Von Seiten der Wettbewerbsbehörde wurde SCM bereits im Rahmen der ersten Untersuchung im Mobilfunkmarkt mitgeteilt, dass sich die Anhaltspunkte bestätigten, wonach SCM im Wholesale-Markt für in das Mobilfunknetz eingehende Fernmeldedienste über eine marktbeherrschende Stellung verfügt²³². Bezüglich allenfalls unzulässiger Verhaltensweisen auf diesem Markt wurde auf eine abschliessende Beurteilung verzichtet, jedoch behielt sich die Weko vor, allenfalls ein neues Verfahren zu eröffnen²³³. Am 15. Oktober 2002 wurde SCM die Eröffnung einer Untersuchung der Terminierungsgebühren mitgeteilt, wobei u.a. darauf hingewiesen wurde, dass die Terminierung im Mobilfunknetz deutlich teurer sei als im Festnetz. Von Seiten der sektorspezifischen Regulierungsbehörden Bakom resp. ComCom wurde in verschiedener Hinsicht immer wieder auf die problematische Höhe der Mobilfunkterminierungsgebühren hingewiesen²³⁴. Zudem ging aus regelmässig erneuerten internationalen Statistiken, deren Inhalt auch den schweizerischen MFA bekannt ist, verschiedentlich hervor, dass die Schweiz bei Ländervergleichen hohe Terminierungsgebühren aufweist²³⁵. Im Weiteren führten in den letzten Jahren verschiedene europäische Wettbewerbs- und sektorspezifische Regulierungsbehörden Verfahren bezüglich der Höhe der Terminierungsgebühren. Diese Aktivitäten ausländischer Behörden fanden auch in der Tagespresse Erwähnung und waren SCM als Branchenteilnehmerin auch im Rahmen ihrer internationalen Verflechtung mit Vodafone bekannt.

²²⁴ Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2002, BBl 2002 2022, S. 2034.

²²⁵ Auswahl der zur mehrheitlich aus Anwaltskreisen stammenden Kritik: JÜRIG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2005, Rz. 1 ff. zu Art. 49a; FRANZ HOFFET/KLAUS NEFF, Ausgewählte Fragen zum revidierten Kartellgesetz und zur KG-Sanktionsverordnung, Anwaltspraxis 2004/4, S. 129; CHRISTOPH LANG, Untersuchungsmaßnahmen der Wettbewerbskommission im Spannungsverhältnis zwischen Wahrheitsfindung und Verteidigungsrechten eines Angeschuldigten, Jusletter, 27. September 2004; PHILIPPE SPITZ, Ausgewählte Problemstellungen im Verfahren und bei der praktischen Anwendung des revidierten Kartellgesetzes, sic! 2004, S. 553.

²²⁶ Z.B.: JÜRIG BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2005, Rz. 12 zu Art. 49a.

²²⁷ PHILIPPE SPITZ, Ausgewählte Problemstellungen im Verfahren und bei der praktischen Anwendung des revidierten Kartellgesetzes, sic! 2004, S. 565.

²²⁸ RPW 2002/2, S. 386 ff.

²²⁹ RPW 2002/2, S. 395.

²³⁰ RPW 2006/1., S. 141, S. 169 f., nicht rechtskräftig.

²³¹ Verfügung vom 18. September 2006 i.S. Unique, RPW 2006/4, S. 625.

²³² RPW 2002/1, S. 127, Rz. 130.

²³³ RPW 2002/1, S. 129, Rz. 142.

²³⁴ "Stand des Schweizer Telekommunikationsmarktes im internationalen Vergleich" des Wissenschaftlichen Instituts für Kommunikationsdienste (WIK) vom Mai 2002, www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00892; Jahresbericht der ComCom, Ausgabe 2003 auf www.comcom.admin.ch/org/00452/00562.

²³⁵ The Independent Regulators Group - IRG, <http://irgis.anacom.pt/admin/attachs/390.pdf>; OECD Communications Outlook 2005, S. 38, <http://213.253.134.43/oecd/pdfs/browseit/9305011E.PDF>.

396. Einerseits hatte Swisscom damit die Möglichkeit, ihre Terminierungsgebühren in Relation zu setzen mit Vergleichsmärkten im Ausland, insbesondere mit denjenigen, in welchen Regulierungen aufgrund von Kostenschätzungen erfolgten (sog. Vergleichsmarktmethode). Andererseits wäre es SCM als Trägerin aller Kosten, welche bei der Terminierung anfallen, möglich gewesen, die Terminierungskosten zu bestimmen (sog. Kostenmethode). Diesbezüglich ist zu beachten, dass SCM als Tochtergesellschaft eines börsenkotierten Konzerns den aktien- und börsenrechtlichen Rechnungslegungspflichten (auch bezüglich Amortisationen) nachzukommen hat. Es ist zudem in betriebswirtschaftlicher Hinsicht üblich, dass solche Kosten ermittelt werden. SCM kannte die Kosten der eigenen Terminierung oder hätte diese zumindest kennen können.

397. Mit Stellungnahme vom 22. Mai 2006 machte SCM mit Hinweis auf die Interkonnektionsbestimmungen in Art. 11 FMG geltend, SCM habe schliessen dürfen, dass selbst solche Terminierungsgebühren zulässig seien, welche über den markt- und branchenüblichen Ansätzen lägen. SCM geht also hier selber davon aus, dass sie wusste, dass ihre Preise nicht markt- und branchenüblich waren. Aus der Konzeption der Interkonnektionsbestimmungen nach Art. 11 FMG kann dies jedoch nicht hergeleitet werden. Art. 11 FMG geht vom Grundsatz des Verhandlungsprimats aus, wonach die FDA ihre Interkonnektionsgebühren untereinander aushandeln. Erst im Falle einer Nichteinigung hat die ComCom die Möglichkeit, auf Gesuch hin Bedingungen nach markt- und branchenüblichen Grundsätzen festzulegen, was bisher bezüglich der nationalen Terminierungsgebühren nicht erfolgt ist. Dass bisher die ComCom in diesem Bereich noch keine Verfügung getroffen hat, hängt vielmehr und grösstenteils mit der Langwierigkeit sowie den Kosten eines Interkonnektionsverfahrens zusammen. Jedenfalls kann aus Art. 11 FMG - faktisch ergibt sich für die Terminierung hauptsächlich ein Kontrahierungszwang - nicht abgeleitet werden, dass die untersuchten Terminierungsgebühren markt- und branchenüblichen Grundsätzen entsprechen. Zudem ist an dieser Stelle daran zu erinnern, dass das sektorspezifische Interkonnektions- und das allgemeine Kartellrecht parallel zur Anwendung kommen (vgl. Rz. 62).

398. Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass SCM ihre Kosten der Terminierung und deren Unangemessenheit kannte oder hätte erkennen können und damit eine zumindest fahrlässige Sorgfaltspflichtverletzung bzw. ein Organisationsverschulden von SCM vorliegt, welches die Vorwerfbarkeit begründet.

B.5.4 Sanktionsbemessung für SCM

399. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das sich nach Art. 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag bis zehn Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Dieser Betrag stellt als Maximalsanktion die Obergrenze des Bussenrahmens dar. Innerhalb des Bussenrahmens werden die Schwere und die Dauer des Verstosses als Bemessungsgrundlage herangezogen.

Zu berücksichtigen ist zudem der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen durch das unzulässige Verhalten erzielt hat.

400. Die Festsetzung des Sanktionsbetrages steht im pflichtgemässen Ermessen der Weko, wobei die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Gleichbehandlung zu beachten sind. Die Wirksamkeit der Sanktion hängt entscheidend von deren Präventivwirkung ab. Im Sinne der General- und Spezialprävention sollte die Höhe der Sanktion für gleiche oder ähnlich Fälle abschreckenden Charakter haben. Um eine abschreckende Wirkung entfalten zu können, müssen Sanktionen für ein Unternehmen spürbar sein²³⁶.

401. Die Einzelheiten der Sanktionsbemessung werden in der Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen vom 12. März 2004 (SVKG, SR 251.5) konkretisiert. Trotz der gesetzlich vorgeschriebenen Kriterien handelt es sich bei der Sanktionsbemessung indes nicht um einen reinen Rechenvorgang, sondern um eine rechtliche und wirtschaftliche Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände.

B.5.5 Maximalsanktion

402. Die Obergrenze des Bussenrahmens liegt gemäss Art. 49a Abs. 1 KG bei 10% des vom Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes. Der Unternehmensumsatz berechnet sich dabei sinngemäss nach den Kriterien der Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen²³⁷. Art. 4 f. der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) finden analoge Anwendung.

403. Gemäss Art. 5 Abs. 1 Bst. b und c VKU ist der Umsatz des Mutterunternehmens von SCM und der Schwesterunternehmen von SCM in die Berechnung des relevanten Umsatzes mit einzubeziehen. Der Unternehmensumsatz nach Art. 49a Abs. 1 KG bestimmt sich mithin auf Konzernebene, wobei gemäss Art. 5 Abs. 2 VKU konzerninterne Umsätze bei der Berechnung des Gesamtumsatzes nicht zu berücksichtigen sind. Gemäss Geschäftsbericht der Swisscom AG, der Muttergesellschaft von SCM, betrug der konsolidierte Nettoumsatz im Jahr 2002 CHF 14'526 Mio., im Jahr 2003 CHF 10'026 Mio. und im Jahr 2004 CHF 10'057 Mio. Dieser Nettoumsatz fiel mehrheitlich in der Schweiz an, sind doch die meisten der Konzerngesellschaften fast ausschliesslich in ihrem Heimmarkt Schweiz tätig. Eine Ausnahme bildet die deutsche Debitel AG, welche im Jahre 2002 einen Umsatz von CHF 4'111 Mio. generierte, deren Anteile die Swisscom AG allerdings im Juli 2004 verkaufte. Abzüglich des Umsatzes der deutschen Debitel AG erwirtschaftete die Swisscom AG in den letzten drei Geschäftsjahren somit einen Gesamtumsatz von rund

²³⁶ Botschaft zu einem Kartellgesetz, BBl 1995 468 ff., S. 620; vgl. auch RPW 2002/2, S. 402.

²³⁷ Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, S. 2037.

CHF 30'000 Mio. Die Maximalsanktion im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG beläuft sich im vorliegenden Verfahren folglich auf ca. CHF 3'000 Mio.

B.5.6 Konkrete Sanktionsbemessung

404. Nach Art. 49a Abs. 1 KG hat sich der konkrete Betrag der Sanktion nach Dauer und Schwere des unzulässigen Verhaltens zu richten. Zusätzlich ist der mutmassliche Gewinn angemessen zu berücksichtigen. Gemäss SVKG gliedert sich die konkrete Sanktionsbemessung in drei Schritte: Auszugehen ist von einem Basisbetrag, der in einem zweiten Schritt an die Dauer des Verstosses anzupassen ist, bevor in einem letzten Schritt erschwerenden oder mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann. Dabei ist gemäss Art. 2 Abs. 2 SVKG stets auch das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten.

B.5.6.1 Basisbetrag

405. Der Basisbetrag beträgt gemäss Art. 3 SVKG je nach Schwere und Art des Verstosses bis zu zehn Prozent des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat.

B.5.6.1.1 Obergrenze des Basisbetrages gestützt auf den Umsatz

406. Als relevanter Markt wurde vorliegend der Wholesale-Markt für die in das MF-Netz von SCM eingehenden Fernmeldedienste definiert. Die Umsätze auf diesem Markt der letzten drei Geschäftsjahre berechnen sich durch eine Multiplikation der terminierten Minuten mit dem Minutenpreis. Letzterer betrug in den Jahren 2003 und 2004 für sämtliche die Terminierung nachfragende FDA einheitlich 33.5 Rappen, im Jahr 2002 wurden hingegen z.T. unterschiedliche Gebühren verlangt.

407. Für die letzten drei Geschäftsjahre errechnen sich im Einzelnen folgende Jahresumsätze:

- Im Jahr 2002 wurden insgesamt [1.5 Mia.-3 Mia.] Gesprächsminuten ins MF-Netz von SCM terminiert. Somit errechnet sich ein Umsatz von CHF [400 Mio.-900 Mio.].
- Im Jahr 2003 wurden insgesamt [1.5 Mia.-3 Mia.] Gesprächsminuten ins MF-Netz von SCM terminiert. Somit errechnet sich ein Umsatz von CHF [400 Mio.-900 Mio.].
- Im Jahr 2004 wurden insgesamt [1.5 Mia.-3 Mia.] Gesprächsminuten ins MF-Netz von SCM terminiert. Somit errechnet sich ein Umsatz von CHF [400 Mio.-900 Mio.].

408. Insgesamt errechnet sich ein Umsatz von CHF [1.2-2.7 Mia.], den SCM in den letzten drei Jahren auf dem relevanten Markt in der Schweiz erzielt hat. Die Obergrenze des Basisbetrages beträgt 10% dieses Umsatzes, ausmachend CHF [120 Mio.-270 Mio.].

409. Mit Stellungnahme vom 22. Mai 2006 machte SCM geltend, der Basisbetrag der Sanktion sei falsch berechnet worden. Es habe auch die konzerninternen, buchhalterisch zu konsolidierenden Umsätze aus

dem Terminierungsverkehr mit Swisscom Fixnet mit einbezogen.

410. Der Umsatz berechnet sich aus der Anzahl Minuten, welche im relevanten Markt terminiert wurden, multipliziert mit dem Preis, welcher für diese Minuten verrechnet wurde. Daher sind zunächst die Anzahl Minuten zu bestimmen. Relevante Minuten sind all jene Minuten, die entstehen, wenn ein Anrufer von einem Netz, welches nicht das Netz von SCM ist, auf das Netz von SCM anruft und folglich auf dem Netz von SCM terminiert werden. Dies sind auch diejenigen Minuten, bei welcher die fragliche Terminierungsgebühr zur Anwendung gelangt. Die Minuten, welche von Swisscom Fixnet herkommen, gehören in diese Kategorie: Das Festnetz von Swisscom Fixnet muss mit dem Netz von SCM verbunden werden und jeder Anruf von Swisscom Fixnet auf das Netz von SCM muss auf dem Netz von SCM terminiert werden. Dafür verlangte SCM von Swisscom Fixnet bis zum 31. Mai 2005 die gleiche Terminierungsgebühr wie von allen anderen FDA, nämlich 33.5 Rappen. Swisscom Fixnet wälzte diese Kosten der Terminierung auf ihre Endkunden ab, welche deshalb hohe F2M-Preise bezahlen mussten. Daher wurden auch die Endkunden von Swisscom Fixnet durch die überhöhten Preise ausgebeutet²³⁸. Diese Minuten sind daher miteinzubeziehen.

411. Nicht zu verwechseln sind die Minuten, welche von Swisscom Fixnet herkommen, mit denjenigen, die von SCM selber stammen. Die Minuten, welche entstehen, wenn zwei SCM-Endkunden miteinander telefonieren, sind die so genannten on-net-Minuten auf dem Netz von SCM. Auch diese Minuten müssen auf dem Netz von SCM terminiert werden, es findet jedoch keine Interkonnektion mit einem anderen Netzwerk statt und folglich wird auch keine Terminierungsgebühr verrechnet. Diese terminierten Minuten machen gemäss Angaben von SCM den grössten Block aus: Während von Swisscom Fixnet her zwischen dem 1. April 2004 bis zum 31. Mai 2005 insgesamt [500 Mio.-1'200 Mio.] Minuten terminiert wurden, gab es aus dem on-net-Geschäft von SCM [1 Mia.-2 Mia.] Minuten. Diese ca. [1 Mia.-2 Mia.] on-net-Minuten werden jedoch weder bei der Berechnung des Basisbetrages, noch bei der Berechnung des mutmasslichen Gewinnes miteinbezogen.

412. Im Weiteren macht SCM mit Stellungnahmen vom 22. Mai 2006 und vom 15. Dezember 2006 sinngemäss geltend, dass gemäss Art. 3 SVKG für die Berechnung des Basisbetrages die drei dem Verfügungszeitpunkt vorangehenden Geschäftsjahre zu berücksichtigen seien. Falls die Verfügung im Jahr 2007 erlassen werde, seien dies die Geschäftsjahre 2004 bis 2006. Vorliegend sind jedoch für die Berechnung des Basisbetrages im Sinne von Art. 3 SVKG diejenigen Geschäftsjahre zu berücksichtigen, welche dem beurteilten Zeitraum zugrunde liegen. In diesem Fall endet der in zeitlicher Hinsicht beurteilte Sachverhalt

²³⁸ Diese Zusammenhänge wurden im Kapitel B.4 Unzulässige Verhaltensweisen erläutert.

am 31. Mai 2005. Das Abstellen auf den Umsatz während der Zuwiderhandlung stellt sicher, dass der konkrete Sanktionsbetrag nicht nach einer - bspw. im Falle von Rechtsmittelverfahren - möglicherweise eher zufälligen Umsatzziffer berechnet wird, sondern sich effektiv auf die Grösse und Wirtschaftskraft des fehlbaren Unternehmens *während* der Zuwiderhandlung bezieht. Diese Vorgehensweise entspricht im Übrigen auch der Praxis in der EU, wonach im Regelfall der Umsatz im letzten vollständigen Geschäftsjahr zugrunde zu legen ist, in dem das Unternehmen an der Zuwiderhandlung beteiligt war²³⁹. Dementsprechend sind in diesem Fall die Geschäftsjahre 2002, 2003 und 2004 für die Berechnung des Basisbetrages zu berücksichtigen.

B.5.6.1.2 Berücksichtigung von Art und Schwere des Verstosses

413. Gemäss Art. 3 SVKG ist der Basisbetrag je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen.

414. Wie dargelegt wurde, handelt es sich beim Verstoss von SCM um die Erzwingung von unangemessenen Preisen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG im Wholesale-Markt für die in das MF-Netz von SCM eingehenden Fernmeldedienste gegenüber den die Terminierung nachfragenden FDA und eine Ausbeutung der Kunden derselben. Bezüglich der Art stellt die Erzwingung unangemessener Preise gegenüber sämtlichen Nachfragern grundsätzlich einen schweren Verstoss dar.

415. Bezüglich der Schwere des Verstosses stellt sich die Frage des Ausmasses der Unangemessenheit der erzwungenen Terminierungsgebühren. Die Terminierungsgebühren lagen um ein Mehrfaches über den ausländischen Vergleichspreisen und den effektiven Kosten. Die Setzung solch missbräuchlicher Preise war einzig dank der speziellen Marktconstellation möglich, wonach die Nachfrage der Endkunden nicht von den eigenen Terminierungsgebühren abhängig ist (vgl. Rz. 120 ff.). Dank ihrer marktbeherrschenden Stellung nützte SCM diese spezielle Marktstruktur mit überhöhten Gebühren aus, ohne dass sich die Marktgegenseite (d.h. die FDA und insbesondere auch deren Endkunden) hätte zur Wehr setzen können.

416. Die Schwere des Verstosses spiegelt sich auch auf dem Retail-Markt wieder. Die von der Stiftung TeliGen und der OECD erstellten Preiskörbe im Mobilfunkbereich machen deutlich, dass ein Schweizer Mobilfunkkonsument wesentlich mehr bezahlt als der europäische Durchschnittskonsument²⁴⁰. Ebenso lagen die Gebühren, welche bei einem Anruf von einem Festnetz- auf einen Mobilfunkanschluss zu bezahlen waren, in der Schweiz wesentlich höher als im Ausland. Die hohe Terminierungsgebühr im Wholesale-Markt wirkte sich somit unmittelbar auch auf die Endkonsumenten aus.

B.5.6.1.3 Fazit

417. Unter Würdigung der Art und der Schwere des Verstosses rechtfertigt es sich, den Basisbetrag auf das Maximum von 10% des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten drei Jahren Ge-

schäftsjahren auf dem relevanten Markt erzielt hat, festzusetzen. Der Basisbetrag im Sinne von Art. 3 SVKG beträgt somit CHF [120 Mio.-270 Mio.].

B.5.6.2 Dauer des Verstosses

418. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrages um bis zu 50%, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat, für jedes weitere Jahr ist ein Zuschlag von bis zu 10% möglich. SCM verlangte für die Terminierung in ihr MF-Netz während mehrerer Jahren unangemessen hohe Gebühren. Allerdings ist vorliegend zu beachten, dass die Möglichkeit direkter Sanktionen erst mit der per 1. April 2004 in Kraft getretenen Kartellrechtsrevision eingeführt wurde. Aufgrund des Verbots der Rückwirkung wird für Wettbewerbsbeschränkungen, die bereits vor Inkrafttreten von Art. 49a Abs. 1 KG Wirkung entfalteten, für die Bemessung der Dauer nur der Zeitraum nach Inkrafttreten der Gesetzesänderung berücksichtigt²⁴¹. Die vorliegende Untersuchung betrifft das missbräuchliche Verhalten von SCM für den Zeitraum bis 31. Mai 2005. Die Dauer des vorliegend zu sanktionierenden Wettbewerbsverstosses bemisst sich somit seit Inkrafttreten der Gesetzesrevision per 1. April 2004 bis zum 31. Mai 2005.

419. Art. 4 SVKG räumt der Weko für eine Verstossdauer von einem bis zu fünf Jahren einen grossen Ermessensspielraum von 0%-50% Sanktionszuschlag ein. Aus dem letzten Satzteil der Norm sowie aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip ergeben sich, dass auch im Bereich unter fünf Jahren eine stufenweise Erhöhung der Sanktion um jeweils 10% pro Jahr angemessen ist. Vor diesem Hintergrund rechtfertigt es sich, den Basisbetrag der Sanktion für die 14-monatige Dauer des Verstosses vom 1. April 2004 bis 31. Mai 2005 um 10% anzuheben. Dieser erhöht sich somit auf CHF [120 Mio.-270 Mio.].

B.5.6.3 Erschwerende und mildernde Umstände

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

B.5.6.3.1 Mutmasslicher Gewinn

421. Als erschwerender Umstand kommt vorliegend insbesondere der hohe Gewinn, den SCM mit dem Verstoss erzielen konnte, in Betracht. Dabei ist zu berücksichtigen, dass ein Gewinnelement bereits im Basisbetrag der Sanktion nach SVKG 3 und 4 enthalten ist. Liegt indes der unrechtmässige Gewinn klar

²³⁹ Leitlinien für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbussen gemäss Art. 23 Abs. 2 Bst. a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, ABl. C 210 vom 1. September 2006, S. 2 ff., Rz. 13.

²⁴⁰ "Um die Schweiz erweiterter Auszug aus dem 11. Implementierungsbericht der Europäischen Union (Stand 2005)", S. 60 ff., www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00545/00722/00887.

²⁴¹ Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, S. 2048.

über dem Basisbetrag, so ist diesem Umstand nach Massgabe von Art. 2 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG Rechnung zu tragen. In Fällen, in denen der Wettbewerbsbehörde eine Gewinnberechnung oder -schätzung möglich ist, muss ein besonders hoher Gewinn des Unternehmens bei der Festlegung der Sanktion als erschwerender Umstand berücksichtigt werden. Der Sanktionsbetrag soll grundsätzlich so weit erhöht werden, dass er den Betrag des aufgrund des Verstosses unrechtmässig erzielten Gewinns übertrifft²⁴².

422. Im vorliegenden Fall lässt sich der durch das missbräuchliche Verhalten erzielte Gewinn annäherungsweise aus der Differenz zwischen der effektiv verlangten und der kartellrechtlich zulässigen "angemessenen" Terminierungsgebühr, multipliziert mit der Anzahl terminierten Minuten im relevanten Zeitraum, ermitteln²⁴³. In dem für die Sanktionierung relevanten Zeitraum vom Inkrafttreten der KG-Revision bis zur Senkung der Terminierungsgebühren terminierte SCM insgesamt [1 Mia.-4 Mia.] Gesprächsminuten in ihr MF-Netz. Dabei verlangte sie eine einheitliche Terminierungsgebühr von 33.5 Rappen pro Minute. Fraglich ist, bis zu welchem Betrag die von SCM verlangte Terminierungsgebühr als angemessen zu qualifizieren ist. SCM verweigerte jegliche Angaben über ihre Kosten, weshalb auf Vergleichsmärkte abzustellen ist. Gemäss den obigen Erwägungen (Rz. 254 ff.) dürfte die Höhe der effektiv angemessenen und kartellrechtlich zulässigen Terminierungsgebühr wesentlich tiefer, nämlich bei rund zehn Rappen liegen. Per 1. Juni 2005 senkte SCM ihre Gebühren auf 20 Rappen pro Minute. Wie die Kostenanalyse in Kapitel B.4.2.1.3 oben ergibt, ist davon auszugehen, dass die tatsächlichen Kosten wesentlich tiefer anzusiedeln sind. Angesichts der Auskunftsverweigerung von SCM zu diesem Punkt darf davon ausgegangen werden, dass SCM die Terminierungsgebühr nicht unter ihren Kosten plus einschlägigem Gewinn festlegte. Es rechtfertigt sich daher, die Differenz zwischen 33.5 und 20 Rappen als Grundlage für den ungerechtfertigten Gewinn heranzuziehen. Bei insgesamt [1 Mia.-4 Mia.] aus anderen Netzen terminierten Gesprächsminuten (vgl. Rz. 410 oben) errechnet sich somit ein Betrag von CHF [100 Mio.-300 Mio.].

423. Damit sich das widerrechtliche Verhalten für das fehlbare Unternehmen nicht lohnt, ist der Sanktionsbetrag soweit zu erhöhen, dass er den aufgrund des Verstosses unrechtmässig erzielten Gewinn abzuschöpfen vermag²⁴⁴. Neben der Gewinnabschöpfung hat der Sanktionsbetrag auch einen präventiven Charakter, um zu verhindern, dass sich Wettbewerbsbeschränkungen für die beteiligten Unternehmen im Durchschnitt auszahlen. Die Sanktion dient insoweit der General- und Spezialprävention.

424. Bezüglich des präventiven Charakters kann ebenfalls auf die von der Rechtsprechung der REKO/WEF im Zusammenhang mit einer Verletzung der Meldepflicht bei einem Unternehmenszusammenschluss entwickelten Kriterien in Sachen "Rhône-Poulenc/Merck" abgestellt werden²⁴⁵. Die REKO/WEF führte dabei aus, dass es der Weko frei stehe, das

Niveau einer Sanktion anzuheben, um den vom Gesetzgeber beabsichtigten abschreckenden Charakter der Sanktion zu erreichen²⁴⁶.

425. Von ähnlichen Kriterien lässt sich die Praxis europäischen Wettbewerbsrechts leiten, an dessen Konzeption sich auch die sich auf Art. 49a Abs. 1 KG stützende Sanktionierung orientiert. Das europäische Gericht erster Instanz hielt fest, dass die Abschreckungswirkung der Geldbussen verringert würde, wenn Unternehmen, die eine Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht begangen haben, damit rechnen könnten, dass ihr Verhalten mit einer Geldbusse belegt würde, die unter dem aufgrund dieses Verhaltens zu erwartenden Gewinn läge. Soweit die (EU-)Kommission in der Lage sei, die Höhe dieses rechtswidrigen Gewinns zu schätzen, hätte sie daher die Möglichkeit, die Geldbussen so hoch anzusetzen, dass sie einen solchen Gewinn überstiegen²⁴⁷.

426. In Anbetracht aller Umstände, insbesondere des unrechtmässig erzielten Gewinns, der Art, Schwere und Dauer des Verstosses sowie des Umstandes, dass das KG direkte Sanktionen erst seit dem 1. April 2004 vorsieht, rechtfertigt sich vorliegend, den nach Art. 3 und 4 SVKG berechneten Betrag gestützt Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG um 50% zu erhöhen. Daraus ermittelt sich eine Sanktion in Höhe von CHF 333'365'685.-.

B.5.6.3.2 Sonstige erschwerende Umstände

427. Nach Art. 5 Abs. 1 Bst. c SVKG erhöht sich der Betrag nach Art. 3 und 4 SVKG überdies, wenn das Unternehmen die Zusammenarbeit mit den Behörden verweigert oder versucht hat, die Untersuchung auf andere Weise zu behindern. SCM zeigte sich während der Sachverhaltsermittlung unkooperativ und beantwortete mehrere der ihr gestellten Fragen nicht, fehlerhaft oder unpräzise, was zu nicht unerheblichen Verfahrensverzögerungen führte. Das diesbezügliche Verhalten, welches als Verfahrensbehinderung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. c SVKG zu qualifizieren ist, erfolgte indes vor Inkrafttreten der Kartellgesetzrevision per 1. April 2004. Aufgrund des allgemein geltenden Verbotes der Rückwirkung sind Umstände, welche sich vor Inkrafttreten des Gesetzes auswirkten, nicht erschwerend zu berücksichtigen.

428. Sonstige erschwerende Umstände im Sinne von Art. 5 SVKG sind keine ersichtlich.

²⁴² Vgl. Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung, Erläuterung zu Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG, publiziert auf der Webpage der Weko, www.weko.admin.ch/publikationen/00213.

²⁴³ (effektiv von SCM verlangte Terminierungsgebühr - angemessene Terminierungsgebühr) x (Anzahl terminierte Minuten) = unrechtmässig erzielter Gewinn.

²⁴⁴ Die Botschaft zu einem Kartellgesetz, BBl 1995 468 ff., S. 621, hielt fest, dass eine Belastung in der Höhe des unrechtmässig erzielten Gewinns "regelmässig die untere Grenze der Sanktion" bilden soll.

²⁴⁵ RPW 2002/2, S. 386 ff.

²⁴⁶ RPW 2002/2, S. 402.

²⁴⁷ EuG T-9/99, Rn. 456, *HFB Holding u.a.*

B.5.6.3.3 Mildernde Umstände

429. In einem letzten Schritt sind schliesslich die mildernden Umstände nach Art. 6 SVKG zu berücksichtigen. Solche mildernde Umstände liegen keine vor.

B.5.6.4 Zusammenfassung

430. Zusammenfassend errechnet sich in Anwendung von Art. 49a Abs. 1 KG und Art. 2 ff. SVKG folgende Sanktion (Beträge in CHF):

Tabelle B-11: Zusammenfassung der Sanktionsberechnung in CHF

Maximalhöhe der Sanktion		ca. 3'000'000'000
Obergrenze des Basisbetrages	100%	[120 Mio.-270 Mio.]
Berücksichtigung von Art und Schwere	0%	[120 Mio.-270 Mio.]
Basisbetrag nach Art. 3 SVKG		
Dauer (Art. 4 SVKG)	+ 10%	+ [12 Mio.-27 Mio.]
Sanktionsbetrag nach Art. 3 und 4 SVKG		[120 Mio.-270 Mio.]
Erhöhung aufgrund übermässig hohen Gewinnes (Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG)	+ 50%	+ [60 Mio.-140 Mio.]
Senkung aufgrund mildernder Umstände (Art. 6 SVKG)	0%	
Total:		333'365'685.-

431. Die Weko erachtet in Würdigung aller rechtserheblichen Umstände, insbesondere der Dauer, der Schwere und des mutmasslichen Gewinns, eine Sanktion im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG in der Höhe von CHF 333'365'685.- als angemessen.

C KOSTEN

432. Gemäss Art. 2 Abs. 1 der Verordnung über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2) ist u.a. gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn den Verfügungsadressaten eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung nachgewiesen wird. Keine Gebührenpflicht 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). Vorliegend ist daher einzig eine Gebührenpflicht von SCM zu bejahen, während Orange und Sunrise, denen gegenüber die Einstellung des Verfahrens für Sachverhalte vor dem 31. Mai 2005 verfügt wird, nicht gebührenpflichtig sind.

433. Gemäss Schlussbestimmung zur Änderung der KG-Gebührenverordnung vom 12. März 2004, in Kraft seit 1. April 2004, gilt bei Verwaltungsverfahren, die beim Inkrafttreten dieser Änderung noch nicht abgeschlossen sind, für die Bemessung der Gebühren und Auslagen für denjenigen Teil der Aufwendungen, der vor dem Inkrafttreten der Änderung erfolgt ist, das bisherige Recht.

434. Für die Verfahrensdauer bis zum 31. März 2004 gilt somit für die Bemessung der Gebühr Art. 4 Abs. 1 und 2 alte KG-Gebührenverordnung, wonach sich die Gebühr nach dem Zeitaufwand und zu einem Stundenansatz von CHF 130.- bemisst. Je nach wirtschaftlicher Bedeutung des Gegenstandes kann diese Gebühr um höchstens die Hälfte erhöht oder vermindert werden (Art. 4 Abs. 3 alte KG-Gebührenverordnung). Die aufgewendete Zeit bis zum 31. März 2004 beträgt insgesamt 290 Stunden, die Gebühr beläuft sich demnach auf CHF 37'700.-. Gründe für eine Erhöhung oder Verminderung der Gebühr sind im vorliegenden Fall keine vorhanden. Neben dem Aufwand haben die Gebührenpflichtigen die Auslagen der Weko zu erstatten (Art. 5 Abs. 1 alte KG-Gebührenverordnung). Diese werden, wenn keine besonderen Auslagen entstanden sind, pauschal mit 1,5% der Gebühr veranschlagt. Vorliegend betragen sie somit CHF 566.-.

435. Für die Zeit nach Inkrafttreten der neuen KG-Gebührenverordnung gilt nach Art. 4 Abs. 2 KG-Gebührenverordnung ein Stundenansatz von CHF 100.- bis CHF 400.-, der sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals bestimmt. Für die insgesamt aufgewendete Zeit von 2'872.4 Stunden gilt ein Ansatz von CHF 250.- (Direktion), CHF 200.- (wissenschaftliche Mitarbeiter) bzw. CHF 120.- (Praktikanten). Die Gebühr beläuft sich demnach auf CHF 559'787.-. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 KG-Gebührenverordnung).

436. Wie in Rz. 432 bereits dargelegt, ist vorliegend einzig SCM gebührenpflichtig. Es gilt aber zu berücksichtigen, dass dem Pflichtigen nur jene Gebühren aufzuerlegen sind, die er verursacht hat. Gegenstand dieses Verfahrens bildet die Abklärung der Marktherrschaft sowie deren allfälliger Missbrauch seitens Orange, Sunrise und SCM. Die Beurteilung der Situation von SCM erwies sich als zeitaufwändiger als diejenige von Orange und Sunrise. Insbesondere schlug die Weko in ihrem Nichteintretensentscheid vom 8. November 2004 betreffend das Gesuch um Erlass einer Feststellungsverfügung sowie des nachfolgenden Rechtsmittelverfahrens die Verfahrenskosten zur Hauptsache. Der Grossteil des Zeitaufwands hat mithin SCM verursacht. Aus diesen Gründen rechtfertigt es sich, den Anteil von SCM an den Verfahrenskosten von insgesamt CHF 598'053.- auf zwei Drittel, ausmachend CHF 398'702.- festzusetzen. Der restliche Zeitaufwand wurde zu je einem Sechstel von den beiden MFA Orange und Sunrise verursacht. Da für Sachverhalte vor dem 31. Mai 2005 die Untersuchung betreffend Orange und Sunrise eingestellt wird, ist ein Drit-

tel der Verfahrenskosten, ausmachend CHF 199'351.-, der Staatskasse aufzuerlegen.

437. Die Gebühr für die vorliegende Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend Terminierung Mobilfunk wegen allenfalls unzulässigen Verhaltensweisen gemäss Art. 7 KG beläuft sich somit auf insgesamt CHF 598'053.- Gebührenpflichtige Verfügungsadressatin ist vorliegend SCM. Zwei Drittel der Verfahrenskosten, ausmachend CHF 398'702.- sind SCM aufzuerlegen.

D DISPOSITIV

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Es wird festgestellt, dass Swisscom Mobile AG im Wholesale-Markt für die in ihr MF-Netz eingehenden Fernmeldedienste im Bereich der Sprachtelefonie bis am 31. Mai 2005 über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügte.

2. Es wird festgestellt, dass Swisscom Mobile AG ihre marktbeherrschende Stellung gemäss Ziff. 1 dieses

Dispositivs bis am 31. Mai 2005 im Sinne von Art. 7 KG missbrauchte, indem sie nach Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG unangemessene Terminierungsgebühren von anderen FDA erzwang.

3. Swisscom Mobile AG wird für das unter Ziff. 2 dieses Dispositivs genannte Verhalten für den Zeitraum vom 1. April 2004 bis 31. Mai 2005 gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG mit einem Betrag von CHF 333'365'685.- belastet.

4. Für Sachverhalte bis zum 31. Mai 2005 wird betreffend Orange Communications AG und TDC Switzerland AG die Untersuchung eingestellt.

5. Für Sachverhalte nach dem 31. Mai 2005 wird die Untersuchung fortgeführt.

6. [Verfahrenskosten]

7. [Eröffnung]

8. [Rechtsmittelbelehrung]

B 2	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	1. Spontis SA

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 Art. 16 Abs. 1 VKU vom 6. März 2007

Stellungnahme vom 5. März 2007

A Sachverhalt

1. Am 15. Februar 2007 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigen die Groupe E SA (nachfolgend Groupe E), BKW FMB Energie AG (nachfolgend BKW), Romande Energie SA (nachfolgend RE) und die Services Industriels de Lausanne (nachfolgend SIL) resp. die Municipalité de Lausanne, die Spontis SA (nachfolgend Spontis) zu gründen, in welche sie ihre Beschaffungsaktivitäten auslagern.

A.1 Beteiligte Unternehmen

2. Groupe E mit Sitz in Fribourg ist ein vertikal integriertes Energieunternehmen (Produktion, Übertragung, Handel/Verkauf, Verteilung), dessen Aktienkapital vom Kanton Fribourg (78,5%), der öffentlichen Hand des Kantons Neuchâtel (Kanton, Stadt, Gemeinde, Kantonalbank) (5,7%), der BKW (9,3%) und der Groupe E selbst (6,5%) gehalten wird.

3. BKW mit Sitz in Bern ist ein an der Börse kotiertes, international tätiges und vertikal integriertes Energieunternehmen (Produktion, Handel, Übertragung, Verteilung, Versorgung), dessen Aktienkapital vom Kanton Bern (52,91%), von E.ON Energie AG (20%), von der Groupe E (4,99%), vom Kanton Jura, von der Berner Kantonalbank, von Gemeinden und Privaten gehalten wird.

4. RE mit Sitz in Montreux ist ein vorwiegend im Kanton Waadt tätiges Energieunternehmen (Produktion, Versorgung), dessen Aktienkapital vom Kanton Waadt (38%), den waadtländer Gemeinden (ca. 21%), Atel (ca. 10%), Groupe E (5%) sowie Anderen (ca. 26%) gehalten wird.

5. Die SIL sind eine Abteilung der Municipalité de Lausanne und sind über die Service de l'électricité (SEL) für die Elektrizitätsversorgung der Stadt Lausanne und umliegender Gemeinden zuständig. Sie beziehen die dafür nötige Energie mehrheitlich von der EOS Holding.

A.2 Aufgaben und Ziele von Spontis

6. Die Zusammenschlussparteien haben am 9. Februar 2007 einen Partnerschaftsvertrag bezüglich der Gründung der Aktiengesellschaft Spontis (nachfolgend Gründungsvertrag) unterzeichnet, in welchem die Aufgaben der Spontis präzisiert sind (Gründungsvertrag, Art. 20). Der Zweck der Spontis ist ebenfalls im Statutenentwurf festgehalten, wonach die zu gründende Gesellschaft die Erbringung von Dienstleistungen im Logistikbereich, im Anschaffungsbereich für Baumaterial und im Bereich des Netzunterhalts (Elektrizität, Wasser, Gas, Heizung, Multimedia etc.) sowie die Erbringung verwandter Dienstleistungen bezweckt (Statutenentwurf, Art. 3).

7. In einer Anfangsphase wird Spontis Dienstleistungen für den gebündelten Einkauf von Material für Nieder- und Mittelspannungsnetze (Transformatoren, Kabel und Freileitungen, Schaltanlagen, Holzstangen, sonstiges Baumaterial) erbringen. Es ist beabsichtigt, die Aktivitäten in einer späteren Phase auf die Bereiche Gas- und Wasserinfrastruktur sowie Multimedia zu erweitern. Unter gebündeltem Einkauf wird in einer ersten Phase (bis [...]) der Abschluss von Rahmenverträgen mit den Lieferanten verstanden, welche jedoch zusätzlich mit den einzelnen Aktionären separate Verträge abschliessen. In einer zweiten Phase (ab [...]) wird Spontis in eigenem Namen als Nachfragerin für die aufgeführten Produkte auftreten, und die Lieferanten werden keine Verträge mit den einzelnen Aktionären mehr abschliessen.

8. Ziel des Zusammenschlussvorhabens ist die Nutzung von Grössenvorteilen im Bereich der Materialbeschaffung und die Verbesserung der Verhandlungsmacht gegenüber den international tätigen Anbietern (ABB, Siemens, Areva Groupe, Schneider Groupe etc.). Die Zusammenschlussparteien rechnen durch das Einsetzen von Spontis als Einkaufsvermittlerin, bzw. Einkäuferin, mit Kosteneinsparungen von rund [...] %.

9. Nach einer Aufbauphase ist vorgesehen, dass Spontis ihre Dienstleistungen nicht nur ihren Aktionären, sondern auch Dritten anbieten kann (Gründungsvertrag, Art. 20, Ziff. 4).

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

10. 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

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

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

12. Gründen zwei oder mehrere Unternehmen ein Unternehmen, das sie gemeinsam kontrollieren wollen, so liegt ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG vor, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt und Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen einfließen (Art. 2 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU, SR 251.4; RPW 2005/2, S. 347, Rz. 15).

13. Die Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens stellt somit einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne des Kartellgesetzes dar, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind (RPW 2005/2, S. 347, Rz. 16):

- Das Gemeinschaftsunternehmen wird von den Gründerunternehmen kontrolliert (*infra a*);
- Das Gemeinschaftsunternehmen ist ein Vollfunktionsunternehmen (*infra b*);
- Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen fließen in das Gemeinschaftsunternehmen ein (*infra c*).

a) Gemeinsame Kontrolle

14. Ein Unternehmen erlangt im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen, wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmten Einfluss auf die Tätigkeit des andern Unternehmens auszuüben (Art. 1 Abs. 1 VKU).

15. Gemeinsame Kontrolle liegt in der Regel vor, wenn die kontrollierenden Unternehmen bei allen wichtigen Entscheidungen betreffend das kontrollierte Unternehmen Übereinstimmung erzielen müssen (DUCREY, in Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. V/2, von Büren/ David (Hrsg.), Basel 2000, S. 239). Gemeinsame Kontrolle liegt somit vor, wenn die kontrollierenden Unternehmen strategische geschäftspolitische Entscheidungen, d.h. Entscheidungen über Budget, Geschäftsplan, grössere Investitionen und die Besetzung der Unternehmensleitung gemeinsam treffen, wobei nicht unbedingt eine einstimmige Beschlussfassung für alle diese Rechte gleichzeitig bestehen muss (RPW 2005/2, S. 347, Rz. 23).

16. Die Beteiligungen der Zusammenschlussparteien am Aktienkapital von Spontis betragen je [...] % für Group E, BKW und RE sowie [...] % für SIL.

17. Der Verwaltungsrat von Spontis setzt sich aus mindestens vier Mitgliedern zusammen. Jedes Gründungsmitglied hat Anrecht auf einen Verwaltungsratssitz, solange sein Aktienkapitalsanteil mindestens [...] % beträgt (Gründungsvertrag, Art. 16, Ziff. 1 und 2). Der Gründungsvertrag hält fest, dass wichtige strategische Entscheidungen von den Gründungsmitgliedern einstimmig gefällt werden müssen. Zusätzlich wird präzisiert, dass namentlich für Investitionen von mehr als CHF [...] Mio. sowie für die Wahl des Verwaltungsratspräsidenten und des Geschäftsführers Einstimmigkeit der Gründeraktionäre erforderlich ist (Gründungsvertrag, Art. 16, Ziff. 8).

18. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Zusammenschlussparteien strategische geschäftspolitische Entscheidungen gemeinsam treffen und folglich Spontis gemeinsam kontrollieren.

b) Vollfunktionsunternehmen

19. Ein Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU liegt unter folgenden Voraussetzungen vor (DUCREY, a.a.O., S. 242; RPW 2005/2, S. 347, Rz. 26):

- Das Gemeinschaftsunternehmen muss als Nachfrager oder Anbieter am Markt auftreten.
- Das Gemeinschaftsunternehmen tritt als selbstständige wirtschaftliche Einheit auf. Es muss somit in der Lage sein, eine eigenständige Geschäftspolitik verfolgen zu können.
- Das Gemeinschaftsunternehmen ist auf Dauer angelegt, d.h. es ist dazu bestimmt und in der Lage, seine Tätigkeiten zeitlich unbegrenzt, zumindest aber langfristig auszuüben.
- Das Gemeinschaftsunternehmen muss über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management und ausreichende Ressourcen wie finanzielle Mittel, Personal, materielle und immaterielle Vermögenswerte verfügen.

20. Spontis tritt im Markt als Nachfragerin von Baumaterial für Elektrizitätsnetze auf, wobei sie in einer ersten Phase als Einkaufsvermittlerin und ab [...] als selbstständige Einkäuferin tätig ist. Sie verfolgt jedoch auch in der Anfangsphase eine eigenständige Geschäftspolitik, da durch die von ihr abgeschlossenen Rahmenverträge bestimmt wird, wie hoch das gesamte Beschaffungsvolumen pro Produkt und Jahr ist und welcher Aktionär wie viel davon bezieht. Die kontrollierenden Unternehmen sind verpflichtet, ihre gesamten Beschaffungen über Spontis abzuwickeln (Gründungsvertrag, Art. 22 Ziff. 1). Schliesslich wird Spontis nach einer Anlaufphase ganz unabhängig von den kontrollierenden Unternehmen als selbstständiges Beschaffungsunternehmen auftreten und ihre Dienstleistungen auch Dritten anbieten (Gründungsvertrag, Art. 20, Ziff. 4, Art. 21). Dies unterscheidet Spontis von einer hypothetischen Einkaufsgemeinschaft zwischen den Gründungsmitgliedern.

21. Ein Gemeinschaftsunternehmen muss zudem auf Dauer angelegt sein. Die Tatsache, dass die kontrollierenden Gesellschaften dem Gemeinschaftsunternehmen Ressourcen übertragen, kann in der Regel als Nachweis dafür gelten (RPW 2005/2, S. 347, Rz. 28). Vorliegend übertragen die Gründungsmitglieder Spontis die in ihrem Miteigentum stehende Informatikplattform (Gründungsvertrag, Art. 6, Ziff. 1). Diese dient namentlich der Standardisierung der Logistik, der Materialbeschaffung und des Netzunterhalts, welche den Gesellschaftszweck darstellen (Gründungsvertrag, Art. 20, Ziff. 1). Aus der Integration dieser Informatikplattform in Spontis sowie aus dem Bestreben, standardisierte Dienstleistungen anzubieten, kann geschlossen werden, dass Spontis auf Dauer angelegt ist.

22. Spontis wird zudem mit eigenem Personal von vorerst neun Mitarbeitenden ausgestattet werden (Gründungsvertrag, Art. 25, Ziff. 1).

23. Zusammenfassend ist deshalb festzuhalten, dass Spontis die Kriterien für ein Vollfunktionsunternehmen erfüllt.

c) Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen

24. Alle am Zusammenschluss beteiligten Parteien üben heute Logistik-, Materialbeschaffungs- und Netzunterhaltsaktivitäten aus, welche sie nach dem Zusammenschluss in Spontis auslagern. In Spontis fließen demnach Geschäftstätigkeiten aller kontrollierenden Unternehmen ein.

d) Ergebnis

25. Die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens Spontis stellt einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG dar.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

B.3 Meldepflicht

27. 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).

28. Die schweiz- und weltweiten Umsätze der Zusammenschlussparteien im Jahr 2005¹ sind in folgender Tabelle aufgeführt:

	<i>Umsatz weltweit (in Mio. CHF)</i>	<i>Umsatz Schweiz (in Mio. CHF)</i>
<i>Groupe E</i>	575	575
<i>BKW</i>	1'979	1'558
<i>RE</i>	482,1	482,1
<i>SIL</i>	[...]	[...]
<i>Kumuliert</i>	3'440,2	3'019,2

29. Wie daraus ersichtlich ist, haben die Zusammenschlussparteien im Jahr 2005 einen kumulierten weltweiten Umsatz von über CHF 2 Mia. und einen kumulierten Umsatz in der Schweiz von über CHF 500 Mio. Zudem erzielten alle Unternehmen einen Umsatz von über CHF 100 Mio. in der Schweiz. Die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG sind damit überschritten. Das Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

B.5 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens nach erfolgter 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. 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 Relevante Märkte

B.5.1.a Sachlich relevante Märkte

32. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

33. Beim sachlich relevanten Markt gilt es zu unterscheiden zwischen den Absatzmärkten (*infra I*), auf denen Spontis ihren Aktionären und anderen Kunden als Anbieterin gegenübersteht und den Beschaffungsmärkten (*infra II*), auf denen Spontis den Produzenten oder Lieferanten als Abnehmerin gegenübersteht (RPW 2006/1, S. 131, Rz. 13).

¹ Die Umsatzzahlen des Geschäftsjahrs 2006 lagen zum Zeitpunkt der Meldung des Zusammenschlussvorhabens noch nicht vor. Die Umsatzzahlen 2006 dürften jedoch an der kartellrechtlichen Beurteilung der Meldepflicht nichts ändern.

I. Absatzmärkte

34. Gemäss Gesellschaftszweck wird Spontis Dienstleistungen im Logistikbereich, im Anschaffungsbe- reich für Baumaterial und im Bereich des Netzunter- halts sowie verwandte Dienstleistungen anbieten (Statutenentwurf, Art. 3, Gründungsvertrag, Art. 20, Ziff. 1).

35. Die Zusammenschlussparteien zitieren die vorläu- fige Prüfung i.S. Accenture AG/Systor AG (RPW 2003/2, S. 297, Rz. 21 f.) und grenzen absatzseitig einen sachlich relevanten Markt für Business Man- agement Services und einen Markt für IT Management Services ab. Gemäss der genannten Stellungnahme ist unter Business Management Services das Outsourcing von Geschäftsprozessen wie Logistik, Beschaffung, Personal, Buchhaltung oder Customer Relationship Management an Dritte zu verstehen. IT Management Services umfasst den Betrieb von IT-Anlagen und -Prozessen. Beim genannten Zusammenschlussvorha- ben handelte es sich jedoch um Unternehmen, die alle im IT-Bereich tätig waren (IT-Dienstleistungs- unternehmen). Bei den dort abgegrenzten sachlichen Märkten handelte es sich um Teilmärkte von IT- Dienstleistungen. Diese IT-Dienstleistungen wurden Unternehmen der unterschiedlichsten Branchen an- geboten (v.a. Finanzsektor, aber auch Kommunikati- on, Post, öffentliche Dienste etc.). Spontis bietet hin- gegen keine unabhängigen IT-Dienstleistungen an, sondern benützt die von den Gründeraktionären übernommene IT-Plattform einzig zur Standardi- sierung der Beschaffungsprozesse und zur Vereinfachung der Materialbestellung, -verwaltung und -lieferung. Dies ist schon daraus ersichtlich, dass die Parteien nicht nur IT-Dienstleistungen im Zusammen- hang mit der von Spontis betriebenen IP-Plattform in Anspruch nehmen können, sondern verpflichtet sind, ihre gesamten Beschaffungen über Spontis abzuwickeln (Gründungsvertrag, Art. 22, Ziff. 1). Die von den Zusammenschlussparteien vorgeschlagene sachliche Markt- abgrenzung entspricht somit nicht dem tatsächlichen Tätigkeitsbereich von Spontis.

36. Um den Absatzmarkt zu bestimmen, ist von der Marktgegenseite auszugehen. Marktgegenseite sind in einer ersten Phase die Aktionäre von Spontis und in einer späteren Phase Dritte, welche die genannten Dienstleistungen ebenfalls in Anspruch nehmen kön- nen (Gründungsvertrag, Art. 20, Ziff. 4). Da Spontis beabsichtigt, ihre anfänglichen Dienstleistungen von Materialbeschaffungen für Elektrizitätsnetze auf Be- schaffungen in den Bereichen Gas- und Wasserinfra- struktur, Multimedia sowie verwandte Dienstleistun- gen auszuweiten, können nicht nur andere Unter- nehmen der Elektrizitätsbranche Marktgegenseite auf dem Absatzmarkt sein, sondern auch Unterneh- men der Gas- und Wasserbranche, Telekommunikati- ons- und Medienunternehmen.

37. Spontis bietet der genannten Marktgegenseite Produkte an, welche diese für den Bau ihrer jeweili- gen Infrastrukturen benötigen. Sie führt somit den ganzen Beschaffungsprozess (Verhandlung, Logistik etc.) anstelle der Endabnehmer aus und kann die Produkte aufgrund von Grössenvorteilen und grösse-

rer Verhandlungsmacht den Abnehmern kostengüns- tiger anbieten, als wenn diese den Beschaffungspro- zess alleine durchgeführt hätten.

38. Der grösste Teil der Marktgegenseite lagert Be- schaffungsprozesse jedoch nicht aus, sondern ver- handelt eigenständig mit den Herstellern bzw. Liefe- ranten der zu beschaffenden Produkte. Folglich ist kein eigener Markt für eine Auslagerung von Be- schaffungsdienstleistungen (inkl. Logistik etc.) abzu- grenzen. Spontis steht somit betreffend den Verkauf der beschafften Güter nicht nur im Wettbewerb mit anderen Unternehmen, welche Beschaffungsdienst- leistungen anbieten (z.B. Sabag AG, HG Commerciale, Schweizerische Elektro-Einkaufsvereinigung [EEV]), sondern auch mit den Herstellern bzw. Lieferanten dieser Produkte selbst. Die Absatzmärkte decken sich diesbezüglich mit den Beschaffungsmärkten der ein- zelnen Produkte (cf. *infra* Rz. 40 ff.).

39. Zusätzlich bietet Spontis gemäss Gesellschafts- zweck auch Dienstleistungen im Bereich des Netzun- terhalts an. Netzunterhaltungsdienstleistungen stellen einen eignen - unabhängig von der Veräusserung der zu beschaffenden Produkte - Markt dar. Ob einzelne Dienstleistungen im Bereich des Netzunterhalts in eigene Märkte zu unterteilen sind, kann vorliegend offen gelassen werden, da eine feinere Unterteilung - wie nachfolgend aufgezeigt wird (cf. Rz.57) - an der kartellrechtlichen Beurteilung nichts ändern würde.

II. Beschaffungsmärkte

40. Auf der Beschaffungsseite bilden die Hersteller der von Spontis zu beschaffenden Güter die Markt- gegenseite. Nachfolgend werden die zu beschaffen- den Güter aufgelistet und deren Anbieter bzw. Her- steller einzeln bestimmt.

41. In einer ersten Phase wird Spontis nur Baumateri- al für Nieder- und Mittelspannungsnetze beschaffen, nämlich Transformatoren, Kabel und Freileitungen, Schaltanlagen und Holzstangen. In einer späteren Phase sollen Baumaterialien für Gas- und Wasserinfra- strukturen sowie für Infrastrukturen im Bereich Multimedia beschafft werden.

42. **Transformatoren** verbinden Stromnetze mit unterschiedlichen Spannungsebenen, indem sie elekt- rische Wechselspannung herauf- oder heruntertrans- formieren. Bei den von Spontis zu beschaffenden Transformatoren handelt es sich um europäische Standardprodukte. Marktgegenseite, resp. Anbieter von Transformatoren, sind im Elektrizitätsanlagenbau tätige Unternehmen. Die nachgefragten Transforma- toren werden hauptsächlich von ABB, Siemens und der Areva Groupe angeboten.

43. **Schaltanlagen** sind Anlagen zur Schaltung (Ein- schaltung, Unterbrechung), Sammlung, Übertragung und Verteilung elektrischer Energie, im weitesten Sinne aber auch Anlagen zur Messung, Überwachung, Einleitung und Auslösung solcher Vorgänge. Bei den von Spontis zu beschaffenden Schaltanlagen handelt es sich ebenfalls um europäische Standardprodukte. Die hauptsächlichlichen Anbieter von Schaltanlagen sind

wiederum ABB, Siemens, die Areva Groupe sowie die Schneider Electric (Groupe Schneider).

44. **Freileitungen** sind oberirdische Leitungen zur Energie- und Datenübermittlung, welche aus Gestänge und Leitern besteht. Die Leiter sind aus verseilten Drähten hergestellt und mit Isolatoren an Masten befestigt. Bei Freileitungsmasten wird zwischen verschiedenen Bauformen unterschieden, und die Leitungsart wird auch nach Art der verwendeten Tragwerke benannt. Bei den zu beschaffenden Freileitungen handelt es sich wieder um europäische Standardprodukte, wobei zu präzisieren ist, dass die für Niederspannungsleitungen verwendeten **Holzstangen** in der Schweiz eine spezielle Imprägnierung aufweisen. Jedoch kann heute jede grössere Schreinerei die allenfalls im Ausland beschafften Holzstangen nachträglich imprägnieren. Die Hauptanbieter von Freileitungen sind die Nexans AG, die Kabelwerke Brugg sowie Pirelli. Ein Produzent von imprägnierten Holzstangen ist bspw. die Steiner AG in Walkringen.

45. **Kabel** dienen ebenfalls der Durchleitung von elektrischen Strömen für die Energieversorgung oder Datenübermittlung und werden vorliegend - im Gegensatz zu Freileitungen - als unterirdisch verlegte, isolierte Leitungen definiert. Die von Spontis zu beschaffenden Kabel sind ebenfalls europäische Standardprodukte. Wie für Freileitungen sind die Hauptanbieter von Kabeln die Nexans AG, die Kabelwerke Brugg sowie Pirelli.

46. Unter **sonstigen Baumaterialien** werden vorliegend verschiedene andere Materialien verstanden, welche üblicherweise im Bauwesen verwendet werden, und von zahlreichen Baumaterialherstellern angeboten werden.

47. Unter **Baumaterialien für Gas- und Wasserinfrastruktur** fallen namentlich verschiedene Leitungen und dazugehörige Verbindungen. Anbieter solcher Infrastrukturanlagen und dafür benötigter Materialien sind namentlich Krupp Thyssen, Swisssmetall und VonRoll Infratec.

48. Als von Spontis zu beschaffende **Produkte im Multimediabereich** nennen die Zusammenschlussparteien namentlich Glasfaserkabel, Verteilanlagen und Multimedia-Equipment (Router, Modem), präzisieren jedoch, dass sich die Geschäftstätigkeiten in diesem Bereich noch in der Projektphase befinden. Es ist somit nicht auszuschliessen, dass die zu beschaffende Produktpalette noch ausgeweitet bzw. präzisiert wird. Als Anbieter in diesem weit gefassten Bereich werden von den Zusammenschlussparteien nur Nexans AG für Glasfaserkabel und Cablecom und Cisco für Verteilanlagen und Multimedia-Equipment genannt. Im Bereich für Telekommunikationsnetzausrüstung alleine gibt es jedoch schon eine Vielzahl von Anbietern, darunter Nokia Siemens Networks, Ericsson, Alcatel/Lucent, Motorola, Nortel, NEC, Huawei etc. (vgl. vorläufige Prüfung i.S. Zusammenschlussvorhaben Nokia Corporation - Siemens AG, zu publizieren in RPW 2007/1, Rz. 55, Rz. 58).

B.51.b Räumlich relevante Märkte

49. 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).

I. Absatzmärkte

50. Spontis bietet ihre Dienstleistungen in einer ersten Phase ihren Aktionären und in einer späteren Phase Dritten an. Theoretisch können diese Dienstleistungen europaweit nachgefragt werden, da es sich bei den meisten zu beschaffenden Materialien um europäische Standardprodukte handelt. Die räumliche Ausdehnung des Absatzmarkts der zu beschaffenden Produkte muss jedoch nicht abschliessend bestimmt werden, da auch bei einer engen Marktabgrenzung, die das Gebiet der Schweiz umfasst, keine marktbeherrschende Stellung durch das Zusammenschlussvorhaben begründet oder verstärkt wird.

51. Betreffend Netzunterhaltungsdienstleistungen kann aufgrund der Erfordernis der geografischen Nähe zwischen Dienstleistungserbringer und Netz von einem Markt ausgegangen werden, der das Gebiet der Schweiz umfasst.

II. Beschaffungsmärkte

52. Wie bereits ausgeführt, sind die zu beschaffenden Transformatoren, Schaltanlagen, Freileitungen² und Kabel europäische Standardprodukte. Die Anbieter dieser Produkte, namentlich ABB, Siemens, Areva Groupe, Schneider Electric, Pirelli S.p.A., Nexans AG und die Kabelwerke Brugg sind weltweit tätige Unternehmen und bieten die genannten europäischen Standardprodukte mindestens europaweit an. Es kann somit von einem europaweiten räumlich relevanten Markt ausgegangen werden.

53. Auch bei den restlichen für die Erstellung von Nieder- und Mittelspannungsnetzen benötigten Baumaterialien sowie den Materialien für Gas- und Wasserinfrastruktur kann aus analogen Gründen von europaweiten Märkten ausgegangen werden.

54. Betreffend die Herstellung von Telekommunikationsnetzausrüstung hielt die Wettbewerbskommission fest, dass starke Anhaltspunkte für eine weltweite räumliche Marktabgrenzung für Netzausrüstungen und deren Komponenten bestehen, da Netzausrüstung international standardisiert ist und Netzausrüster international tätig

² Die in der Schweiz für Freileitungen verwendeten Holzstangen unterscheiden sich zwar durch eine spezielle Imprägnierung von Holzstangen aus dem Ausland, können jedoch von jeder grösseren Schreinerei mittels eines eigenen Imprägnierbades selber imprägniert werden. Ob es sich auch bezüglich der Beschaffung von Holzstangen um einen europäischen oder schweizerischen Markt handelt, kann vorliegend offen gelassen werden, da wie nachfolgend aufgezeigt wird (cf. Fn. 3) auch bei einer engen Marktabgrenzung durch das Zusammenschlussvorhaben keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

sind. Sie liess jedoch die exakte geografische Markt-
abgrenzung offen, da auch bei einer engeren Markt-
abgrenzung keine kartellrechtlichen Bedenken be-
standen (vgl. vorläufige Prüfung i.S. Zusammen-
schlussvorhaben Nokia Corporation - Siemens AG, zu
publizieren in RPW 2007/1, Rz. 41 ff.). Eine weltweite
Marktabgrenzung könnte analog auch in Bezug auf
die restlichen Komponenten für Multimediainfra-
struktur angenommen werden. Die genaue Markt-
abgrenzung kann jedoch ebenfalls offen gelassen wer-
den, da durch das Zusammenschlussvorhaben auch
bei einer engeren, europaweiten Marktabgrenzung
keine marktbeherrschende Stellung begründet oder
verstärkt wird (cf. Rz.61).

B.5.2 Voraussichtliche Stellung in den betrof- fenen Märkten

55. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumli-
chen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen,
in welchen der gemeinsame Marktanteil in der
Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unter-
nehmen 20% oder mehr beträgt oder der Markt-
anteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unter-
nehmen 30% oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1
Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als "vom Zu-
sammenschluss betroffene Märkte" bezeichnet). Wo
diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der
Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegan-
gen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine
nähere Prüfung.

I. Absatzmärkte

56. Betreffend die Veräusserung von Transformato-
ren, Schaltanlagen, Freileitungen inkl. Holzstangen,
Kabeln, sonstigen Baumaterialien für Stromnetze,
Baumaterialien für Gas- und Wasserinfrastruktur so-
wie für Multimediainfrastruktur sind die Marktanteile
von Spontis marginal. Wie bereits ausgeführt, steht
Spontis nicht nur im Wettbewerb mit Einkaufsgesell-
schaften wie Sabag AG, HG Commerciale oder EEV,
sondern mit den Herstellern der zu beschaffenden
Produkte selbst. Wie nachfolgend anhand der Beur-
teilung der Beschaffungsmärkte aufgeführt wird (cf.
Rz. 59 f.), liegt das Beschaffungsvolumen von Spontis
und folglich auch das Absatzvolumen im ein- oder
tiefen zweistelligen Millionenbereich, während das
Absatzvolumen der Hersteller insgesamt im höheren
Milliardenbereich liegt. Die Marktanteile von Spontis
für die Veräusserung der genannten Produkte liegen
somit deutlich unter 20%.

57. Betreffend Netzmanagementleistungen ist
festzuhalten, dass es jedem Netzbetreiber frei steht,
den Unterhalt selbst zu besorgen oder diese Dienst-
leistung auszulagern, wobei sie in der Regel vom

Netzbetreiber selbst ausgeführt werden. Vergleicht
man die Anzahl der in der Schweiz bestehenden Net-
ze mit der Anzahl der Aktionäre und zukünftigen
Kunden von Spontis, ist auch beim Netzmanagement
von einem Marktanteil von Spontis von unter 20% auszu-
gehen.

58. Die Marktanteilsschwellen von Art. 11 Abs. 1 Bst.
d VKU sind somit nicht erreicht und es kann von der
Unbedenklichkeit des Zusammenschlussvorhabens
betreffend die Absatzmärkte ausgegangen werden.

II. Beschaffungsmärkte

59. Betreffend die Beschaffung von Transformatoren
erreichen die an Spontis beteiligten Parteien ein Be-
schaffungsvolumen von ca. CHF [...] Mio. pro Jahr. Das
Gesamtbeschaffungsvolumen von Transformatoren
auf dem europäischen Markt beträgt mehrere Milli-
arden Schweizer Franken pro Jahr. Der Marktanteil
von Spontis liegt somit unter 20%.

60. Das gemeinsame Beschaffungsvolumen der betei-
ligten Parteien von Schaltanlagen beträgt ca. CHF [...] Mio.,
dasjenige für Kabel und Freileitungen³ ca. [...] Mio.
und für das restliche Baumaterial ca. CHF [...] Mio.
Das Gesamtbeschaffungsvolumen dieser Materi-
alien auf dem europäischen Markt beträgt wiederum
mehrere Milliarden Schweizer Franken. Folglich liegt
auch diesbezüglich der Marktanteil von Spontis unter
20%.

61. Da die Zusammenschlussparteien weder eine Gas-
oder Wasserinfrastruktur, noch eine Infrastruktur im
Multimediabereich [...], haben sie diesbezüglich auch
keinen Beschaffungsbedarf. Der Vergleich des Be-
schaffungsbedarfs zukünftiger Kunden von Spontis
mit dem gesamten europäischen Beschaffungsbedarf
lässt einen Marktanteil von Spontis antizipieren, der
sich in der Grössenordnung der Beschaffung von
Elektrizitätsnetzkomponenten befindet und folglich
deutlich unter 20% liegt.

62. Die Marktanteilsschwellen von Art. 11 Abs. 1 Bst.
d VKU sind somit nicht erreicht und es kann ebenfalls
von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlussvor-
habens betreffend die Beschaffungsmärkte ausge-
gangen werden.

B.5.3 Ergebnis

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

³ Würden Holzstangen aufgrund der speziellen Imprägnierungser-
fordernis nur in der Schweiz beschafft, wäre der Marktanteil von
Spontis auf einem räumlich relevanten Markt, der nur die Schweiz
umfassen würde, mit einem Beschaffungsvolumen von CHF 1 Mio.
ebenfalls unter 20% des schweizerischen Beschaffungsvolumens
von CHF 6 Mio.

B 2.3

2. CRH Gruppe/Gétaz Romang

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 Art. 16 Abs. 1 VKU vom 16. April 2007

A Zusammenschlussvorhaben

1. Am 15. März 2007 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben ein. Demgemäss beabsichtigt die CRH Europe Holding BV (nachfolgend: CRH Europe), die Mehrheit der Anteile an Gétaz Romang Holding SA (nachfolgend: Gétaz Romang) durch ein öffentliches Übernahmeangebot zu erwerben.

2. CRH Europe ist eine indirekte, hundertprozentige Tochtergesellschaft der CRH Nederland BV, welche ihrerseits eine indirekte, hundertprozentige Tochtergesellschaft der CRH plc. (Cement Roadstone Holding, hiernach: CRH) mit Sitz in Dublin ist. Die CRH ist eine in den Bereichen Herstellung, Handel und Vertrieb von Produkten des Baubedarfs und Rohmaterial tätige internationale Unternehmensgruppe. CRH ist an

der Irish und der London Stock Exchange sowie an der New York Stock Exchange kotiert. CRH Europe kontrolliert (indirekt über die Jura Holding AG) die in Näfels domizilierte CRH Distribution Schweiz AG, welche mittels der nachfolgenden vier Tochtergesellschaften im Grosshandel mit Baubedarfs Gütern aktiv ist: BR Bauhandel AG, Barit Baubedarf AG, BMH Baumaterial Hägendorf AG, und Dennler AG.

3. Gétaz Romang ist die Muttergesellschaft der Gétaz Romang-Gruppe mit Sitz in Vevey. Die Gruppe ist im Grosshandel mit Gütern des Baubedarfs tätig und konzentriert ihre Aktivitäten insbesondere auf die Bereiche Baumaterial, Holz, Badezimmer, Baukeramik und Kücheneinrichtungen. Sie verfügt über mehrere Verkaufsstellen mit Schwerpunkt in der Romandie. Gétaz Romang ist an der SWX Swiss Exchange kotiert.

4. Die vorläufige Prüfung ergab, dass durch das Zusammenschlussvorhaben in der Schweiz namentlich in den Bereichen des Handels mit sichtbaren Sanitärprodukten, Baumaterial, Holz, Baukeramik, Armierungsstahl und Werkzeuge/Bekleidung/Kleinmaterial weder eine marktbeherrschende Stellung begründet noch verstärkt wird. Auf die Eröffnung einer Prüfung gemäss Art. 10 KG konnte demzufolge verzichtet werden.

³ DPC 1998/2, p. 284 ss.

B 2.3

3. Swisscom AG/Fastweb S.p.A.

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 vom 12. April 2007

A Zusammenschlussvorhaben

1. Am 12. März 2007 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens eingegangen. Die Swisscom AG (nachfolgend: Swisscom) soll im Zug eines Aktienkaufes die italienische Fastweb S.p.A. (nachfolgend: Fastweb) übernehmen.

2. Swisscom 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 Protokoll basierte Sprach- und Datenkommunikation an. Swisscom erwirtschaftet einen Jahresumsatz von rund CHF 9.6 Mia.

3. Zum Swisscom Konzern gehört insbesondere Swisscom Fixnet AG (Swisscom Fixnet), welche das nationale und internationale Geschäft der Festnetztelefonie, die Netzinfrastruktur sowie den Wiederverkauf (Wholesale) von Netzleistungen umfasst. Swisscom Fixnet bietet dabei Dienstleistungen und Produkte für Privat- und Geschäftskunden kleiner und mittlerer Unternehmen (KMU) an. Innerhalb von Swisscom Fixnet ist der weit gehend selbstständig agierende Geschäftsbereich Bluewin als Internet Service Provider (ISP) tätig. Bluewin verkauft hauptsächlich Internetdienste und -produkte. Innerhalb des Swisscom Konzerns bietet Swisscom Solutions AG (Swisscom Solutions) integrale Data-/Voice Lösungen aus einer Hand für mittlere und grosse Geschäftskunden an.

4. Fastweb ist eine an der italienischen Börse (Italian Stock Exchange MTAX) kotierte Gesellschaft mit Sitz in Mailand. Die Gesellschaft wurde 1999 gegründet und ist in Italien Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen. Die Geschäftstätigkeiten von Fastweb beschränken sich auf Italien.

5. Fastweb betreibt für ihre breitbandbasierten Telekommunikationsinfrastrukturen und Dienstleistungen ein auf Italien beschränktes Glasfasernetz. Um eigene Dienstleistungen mittels xDSL-Technologien anzubieten, verwendet Fastweb zusätzlich auch entbundelte Teilnehmeranschlüsse von Telecom Italia. Zu den Zielkunden von Fastweb gehören nicht nur private Haushalte, sondern auch Grosskunden wie Unternehmen oder öffentliche Einrichtungen.

6. Das Angebot von Fastweb ist auf so genannte Triple Play Services (Fastweb full) ausgerichtet, welche sich aus Festnetztelefonie, Breitband-Internetanschlüsse und Pay-TV zusammensetzen. Bei Fastweb light wird dem Endkunden ein Internetzugang ermöglicht, wobei aber der Kunde die Festnetztelefonie von Telecom Italia bezieht. Eine weitere Möglichkeit der Kunden besteht darin, den Internetzugang und die Festnetztelefonie bei Fastweb zu beziehen (Fastweb easy). Die Dienstleistungen werden von Fastweb ausschliesslich über den Internet-Breitbandanschluss angeboten. Es werden weder Schmalbanddienste noch "Pre-Selection Services" angeboten.

7. Fastweb bietet selber keine Mobilfunkdienstleistungen an. Sie bietet jedoch in Zusammenarbeit mit Vodafone die Möglichkeit, innerhalb bestimmter Produkte auch Mobilfunkdienstleistungen von Vodafone beziehen zu können. Diese Dienstleistungen werden jedoch alleine von Vodafone vertrieben.

B Erwägungen**B.1 Geltungsbereich**

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

B.1.1 Unternehmen

9. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Swisscom und Fastweb sind als Unternehmen in diesem Sinne zu qualifizieren.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

10. In den vorliegend zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, insbesondere grundsätzlich auch keine fernmelderechtlichen Vorschriften (RPW 2004/1, S. 204), die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien im Übrigen auch nicht geltend gemacht.

B.3 Unternehmenszusammenschluss

11. Nach Art. 4 Abs. 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.

12. Ein Unternehmen erlangt im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen, wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des anderen Unternehmens auszuüben. Mittel zur Kontrolle können insbesondere sein (vgl. Art. 1 Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [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.

13. Swisscom hat Fastweb ein öffentliches Übernahmeangebot unterbreitet. Die Wettbewerbskommission lehnt sich bezüglich der Meldepflicht an die Praxis der EU (Art. 4. Abs. 1 Verordnung Nr. 139/2004 des Rates vom 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Abl L133, 1 ff.), welche dies als Übernahmeabsicht erachtet. Ein Aktienkaufvertrag liegt zurzeit noch nicht vor. Swisscom beabsichtigt jedoch im Rahmen eines öffentlichen Übernahmeangebotes, eine Mehrheitsbeteiligung in der Höhe von mindestens 50% plus eine Aktie des Aktienkapitals zu erwerben, durch welche sie die Kontrolle über die Fastweb erlangt.

14. Das geplante Zusammenschlussvorhaben ist somit als Kontrollübernahme im Sinne von Art. 1 VKU und damit als Unternehmenszusammenschluss gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG zu qualifizieren.

B.4 Meldepflicht

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

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.

16. Gemäss Angaben von Swisscom erwirtschaftete Fastweb in der Schweiz im Jahre 2006 keinen Umsatz. Folglich sind die Umsatzschwellen von je mindestens CHF 100 Mio. nicht erreicht, womit keine Meldepflicht gemäss Art. 9 Abs. 1 KG besteht.

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

18. Swisscom macht in ihrer Meldung geltend, dass keine Meldepflicht gemäss Art 9 Abs. 1 KG vorliege, jedoch in Folge der bisherigen Praxis der Wettbewerbskommission eine Meldepflicht im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG nicht ausgeschlossen sei. Swisscom hält jedoch fest, dass das vorliegende Zusammenschlussvorhaben keine unmittelbaren Inlandwirkungen zur Folge habe, da Fastweb in der Schweiz keine Aktivitäten ausübe. Es ergäben sich auch keine vor- oder nachgelagerten oder benachbarte Märkte.

19. Die Wettbewerbskommission stellte rechtskräftig fest, dass die Telecom PTT (heute: Swisscom) auf dem schweizerischen Telefoniemarkt als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG gilt (RPW 1997/2, S. 174, Telecom PTT/Bluewin). Die marktbeherrschende Stellung bezieht sich dabei gemäss den entsprechenden Erwägungen auf das Netz und die Dienste. Gestützt auf Art. 9 Abs. 4 KG wurde in der Folge in verschiedenen Fällen das Bestehen einer Meldepflicht bejaht (u.a. RPW 1998/3, S. 412; RPW 2003/1, S. 204; RPW 2005/2, S. 363; RPW 2005/2, S. 406; RPW 2006/2, S. 292). Vorliegendes Zusammenschlussvorhaben betrifft u.a. (ähnlich wie der Fall Swisscom/UTA, RPW 1998/2, S. 412) über die Infrastruktur von Swisscom angebotene Telefonie- und Internetdienste, mithin um geografisch, wie auch sachlich benachbarte Märkte.

20. Es stellt sich damit die Frage, ob analog zu Art. 9 Abs. 1 KG das Auswirkungsprinzip gemäss Art. 2 Abs. 2 KG auch in Art. 9 Abs. 4 KG bereits konkretisiert wird. Falls die Umsatzschwellen nach Art. 9 Abs. 1 KG erreicht werden, geht die Rechtsprechung (BGE 127 III 219, i.S. Rhône-Poulenc SA und Merck & Co Inc., "Merrial", RPW 2001/2, S. 443) davon aus, dass die nach Art. 2 Abs. 2 KG erforderlichen Auswirkungen in der Schweiz gegeben sind und deshalb die Meldepflicht besteht. Damit wird das Auswirkungsprinzip in den Umsatzschwellenwerten in Art. 9 Abs. 1 KG konkretisiert. Gleiches gilt für Art. 9 Abs. 4 KG (RPW 2006/2, S. 293 ff.). Es muss folglich nicht noch zusätzlich geprüft werden, ob Auswirkungen in der Schweiz vorliegen.

21. Der Zusammenschluss ist deshalb gestützt auf Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig.

B.5 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

22. Gemäss Art. 10 Abs. 2 KG kann die Wettbewerbskommission den Zusammenschluss untersagen oder ihn mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss:

a. eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt; und

b. keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt.

23. Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gelten als marktbeherrschende Unternehmen einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Markt-

teilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

24. Zur Prüfung der Frage der Marktbeherrschung sind vorab die relevanten Märkte in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen. In einem weiteren Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss zu beurteilen sein.

B.5.1. Relevante Märkte

B.5.1.1 Sachlich relevante Märkte

25. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren und Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszweckes als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

26. Vorliegend wird, ohne definitive Marktabgrenzungen vorzunehmen weit gehend auf die bisherige Praxis abgestellt.

B.5.1.2. Retail-Schmalbanddienste

27. Ausgegangen werden kann von einem Retailmarkt für Schmalbanddienste, welche insbesondere Sprachtelefoniedienstleistungen im Festnetz erfasst (RPW 2006/2, S. 252).

B.5.1.3. Retail-Breitbanddienste

28. Der Markt für drahtgebundene Breitbanddienste wurde von der Wettbewerbskommission und deren Rechtsmittelinstanz bereits abgegrenzt (RPW 2004/2, S. 422 ff.; RPW 2005/3, S. 505 ff, S. 520; RPW 2006/2, S. 250 ff.). Breitbanddienste werden einerseits von Endkunden (Retail Markt) und andererseits von Fernmeldedienstleistern (FDA) (Wholesale Markt) nachgefragt. Marktgegenseite sind somit Endkunden und FDA. Endkunden benötigen Breitbanddienste insbesondere zur Ermöglichung eines schnellen Internet-Zuganges.

B.5.1.4. Markt für Internet-Zusatzdienste

29. Die Wettbewerbskommission hat einen Markt für Internet-Zusatzdienste im Fall Swisscom Fixnet AG/Cybernet Schweiz AG (RPW 2006/2, S. 253) abgegrenzt: Bei den Internet-Zusatzdiensten handelt es sich im Wesentlichen um Mail Hosting, Web Hosting (Unterbringung von Webseiten auf einem an das Internet angeschlossenen Server), Rent-a-Server, Server Homing, Co-Location, Application Management (Kombination aus Betreiberdienstleistungen für Applikationen und der operativen Betreuung von Anwendungssystemen), Videoconferencing, ASP (Application Service Provider)-Solutions, E-Security, VoIP-Solutions und Virtual Private Networks (VPN; Verbindung mehrerer Standorte), wobei sich gewisse dieser Dienstleistungen auch überschneiden können. Bezüglich der Internet-Zusatzdienste ist nicht auszuschliessen, dass es sich um jeweils separate sachlich relevante Märkte handelt. Wie im zitierten Fall kann auch bei diesem Unternehmenszusammenschluss auf eine weitergehende Marktabgrenzung verzichtet werden, da beim vorliegenden Zusammenschlussvorhaben

hinsichtlich der Internet-Zusatzdienste keine kartellrechtlichen Bedenken bestehen.

B.5.1.5. Wholesale-Markt für Terminierung von Anrufen in Mobilfunknetze

30. Die Wettbewerbskommission entschied im Gutachten i.S. Interkonkurrenzverfahren Mobilfunkterminierung vom 20. November 2006, dass die Terminierung von Anrufen in ein bestimmtes Mobilfunknetz als sachlich relevanter Markt anzusehen ist (RPW 2006/4, S. 740 ff.).

B.5.1.6. Märkte für internationale Wholesale Carrier-Dienste

31. Die Wettbewerbskommission unterteilt die internationalen Wholesale Carrier-Dienste in International Wholesale Voice Services, International Wholesale Transmission Capacity, International Wholesale Internet Connectivity, und International Wholesale Switched Data Communication Services (RPW 2005/2, S. 407).

B.5.1.7. Markt für Bezahlfernsehen

32. Der Markt für Bezahlfernsehen wurde von der Wettbewerbskommission in der Entscheidung Swisscom/Cinetrade (RPW 2005/2, S. 365 ff.) als eigenständig sachlich relevanter Markt definiert.

B.5.1.8. Markt für den Erwerb und die Vermarktung von Premium Content für das Bezahlfernsehen

33. Gemäss der Praxis der Wettbewerbskommission (RPW 2005/2, S. 368) ist der Markt für den Erwerb und die Vermarktung von Premium Content dem Markt für Bezahlfernsehen vorgelagert und beinhaltet u.a. Erstübertragungsrechte von Filmen und Spitzensportveranstaltungen.

B.5.1.9. Markt für die (leitungsgebundene) Übertragung von Fernsehsignalen zum Fernsehzuschauer

34. Die Wettbewerbskommission geht in ihrem Entscheid i.S. Teleclub AG (RPW 2006/1, S. 63) von einem sachlich relevanten Markt für die Übertragung von Fernsehsignalen über CATV-Netze (Cable TV) zum Fernsehzuschauer aus. Vorliegend kann - da in diesem Fall nicht von Bedeutung - offenbleiben, ob die Übertragung über ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line) ein Substitut darstellen könnte.

B.5.2. Räumlich relevante Märkte

35. Die aufgezählten Märkte wurden nach bisheriger Praxis der Wettbewerbskommission räumlich auf die Schweiz beschränkt (RPW 1997/2, S.166; RPW 2003/2, S. 440; RPW 2004/2, S. 439; RPW 2002/1, S. 122; RPW 2005/2, S. 407 f.; RPW 2005/2, S. 370 f.; RPW 2006/4, S. 740 ff.) Die Wettbewerbskommission geht einzig beim Markt der Internet-Zusatzdienste von einem internationalen Markt aus, wobei davon die VPN-Dienstleistungen ausgenommen sind (RPW 2006/2, S. 253).

B.5.3. Voraussichtliche Stellungnahme in den Märkten

36. 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). Diese Märkte werden auch als "vom Zusammenschluss betroffene Märkte" bezeichnet. Wo diese Schwellen

nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden.

37. Obwohl, wie nachstehend aufgeführt wird, die Marktanteile von Swisscom in einigen Märkten beträchtlich sind, erübrigt sich im vorliegenden Fall eine erweiterte Analyse, da das Zusammenschlussvorhaben national zu keinerlei Marktanteilsadditionen oder Auswirkungen führt.

38. Die Marktanteile der beschriebenen Märkte von den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen werden von Swisscom für das Jahr 2005 wie folgt angegeben resp. geschätzt.

Marktanteile in %		
	Swisscom	Fastweb
Markt für Retail-Schmalbanddienste	60,4 ¹	0
Markt für drahtgebundene Retail-Breitbanddienste	41 ²	0
Markt für Internet-Zusatzdienste	[0-10]	[0-10]
Wholesale-Markt für Terminierung von Anrufen in Mobilfunknetze	100	0
Märkte für internationale Wholesale Carrier-Dienste	[40-60] ³	0
Markt für Bezahlfernsehen	[20-40] ⁴	0
Markt für Beschaffung von Premium Content für das Bezahlfernsehen	* ⁵	0
Markt für die (leitungsgebundene) Übertragung von Fernsehsignalen zum Fernsehzuschauer	[0-10] ⁶	0

Quelle: Schätzungen von Swisscom. Weitere Quellenangaben vgl. Fussnoten

39. Wie aus der Tabelle ersichtlich wird, ist Fastweb in keinem Markt in der Schweiz tätig (Bei den Internet-Zusatzdiensten handelt es sich um einen internationalen Markt). Insbesondere ergeben sich in den nationalen Märkten keine Marktanteilsadditionen.

40. Es ist nicht davon auszugehen, dass das geplante Zusammenschlussvorhaben negative wettbewerbliche Auswirkungen in der Schweiz haben könnte. Auf weitergehende Marktanalysen kann deshalb verzichtet werden.

C Ergebnis

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

¹ Volumen der nationalen Verbindungen (inkl. Verbindungen in die Mobilfunknetze) per 31. Dezember 2005 (Quelle: Bakom, Amtliche Fernmeldestatistik 2005).

² Zahlenbasis per 31. Dezember 2005: Kunden Kabelinternet 600'000, ADSL-Kunden insgesamt 1'098'000, ADSL-Kunden Bluewin 708'000 (Quelle Swisscable, Geschäftsbericht Swisscom AG).

³ Quelle: www.telegeography.com sowie Schätzung Swisscom.

⁴ Die Zahl basiert auf einer Schätzung per Ende 2003, die im Rahmen der Meldung des Zusammenschlussvorhabens Swisscom/Cinetrade vom 25. Oktober 2004 abgegeben wurde. [...]

⁵ Eine vernünftige Schätzung ist nicht möglich. Die Grundlagen für eine Marktanteilsberechnung fehlen.

⁶ 2'873'313 Kabelnetzkunden per 31. Dezember 2005 (Quelle: Swisscable) gegenüber ca. 20'000 Bluewin TV-Kunden per 31. Dezember 2006.

B 2.3

4. Statoil/Norsk Hydro

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

1. Am 15. Mai 2007 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die gemeinsame Meldung von Statoil ASA und Norsk Hydro ASA ein, welche die Übernahme des Geschäftsbereichs Öl und Gas der Norsk Hydro ASA durch Statoil ASA zum Gegenstand hatte.

2. Die beiden Unternehmen sind in der Erforschung, Entwicklung, Produktion und im Verkauf von Öl und Gas tätig. Hauptteil der Öl- und Gasprodukte wird

innerhalb des EWR-Raumes an Grossverteiler, grosse Industriekunden und Elektrizitätswerke verkauft. Der Umsatz der beteiligten Unternehmen in der Schweiz wird fast ausschliesslich durch Handelsgeschäfte erzielt. Dabei handelt es sich grösstenteils um getätigte Verkäufe an internationale Rohstoffhändler und Handelshäuser mit Rechnungsadresse in der Schweiz. Die Produkte werden in der Regel gleich weiter an Endkunden verkauft, wodurch die Lieferungen direkt an die Abnehmer - hauptsächlich ausserhalb der Schweiz - erfolgen.

3. Die vorläufige Prüfung ergab, dass der Zusammenschluss keine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Demzufolge sind die Voraussetzungen für die Eröffnung einer Prüfung nach Art. 10 KG nicht gegeben.

B 2	7. <i>Stellungnahmen</i> Préavis Preavvisi
B 2.7	1. <i>Vernehmlassung zur Revision des Unfallversicherungsgesetzes</i>

Am 29. November 2006 eröffnete der Bundesrat die Vernehmlassung zur Revision des Unfallversicherungsgesetzes (UVG). Gestützt auf Art. 46 Abs. 2 KG nimmt die Wettbewerbskommission Stellung zur Vernehmlassungsvorlage.

I. *Vorbemerkung*

1. Die Wettbewerbskommission begrüsst die Revision des UVG und anerkennt die vertiefte Auseinandersetzung mit der Materie. An dieser Stelle dankt die Wettbewerbskommission insbesondere dafür, dass mehrere Änderungsvorschläge, welche die Wettbewerbskommission und dessen Sekretariat im Rahmen der Abschaffung von einheitlichen Nettoprämien in die Revisionsdiskussion einbrachten, Berücksichtigung fanden (Kündigungsmöglichkeit der Versicherung, Abschaffung der Anhörung nach Art. 60 UVG, gemeinsame Risikostatistik).

2. Bekanntermassen würden die Wettbewerbsbehörden einen grösseren Schritt in Richtung einer wettbewerblich organisierten Unfallversicherung bevorzugen, als er in der Vernehmlassungsvorlage vorgenommen wird: Die Systemvariante einer liberalisierten Unfallversicherung mit einer privatisierten SUVA weist nicht wegzudiskutierende Vorteile auf. Aufgrund der statischen Kosten-Nutzen-Analyse lässt sich zwar keine eindeutige Entscheidung für oder gegen die Liberalisierung der Unfallversicherung mit einer Privatisierung der SUVA begründen, denn das Resultat ist nicht eindeutig. Es wurde aber klar festgestellt, dass kein Marktversagen in Bezug auf die Versicherung von Unfallrisiken vorliegt, und somit aus volkswirtschaftlicher Sicht auch kein Grund besteht, um am Teilmonopol der SUVA festzuhalten.

3. Ein Systemwechsel wäre zwar mit hohen Übergangskosten verbunden. Diese stellen jedoch aus volkswirtschaftlicher Sicht lediglich Umverteilungen dar. Den grössten Teil dieser Umverteilungen bilden ausserdem die Teuerungszulagen auf die Grundrenten. Mit der in der Vernehmlassungsvariante vorgeschlagenen Neuregelung der Teuerungszulagen würden diese Übergangskosten weit gehend wegfallen bzw. entsprechend sinken.

4. Da der Bundesrat am 22. Dezember 2004 den Grundsatzentscheid getroffen hat, am geltenden System festzuhalten, will die Wettbewerbskommission nachfolgend die "Liberalisierungs-/Privatisierungsvariante" nicht neu diskutieren, sondern auf die Vernehmlassungsvorlage eingehen.

5. Die Wettbewerbskommission möchte an dieser Stelle bemerken, dass sie es bedauert, nicht ausdrück-

lich zur Vernehmlassung eingeladen worden zu sein. Die Wettbewerbskommission hat von Gesetzes wegen in Vernehmlassungsverfahren zu Entwürfen von rechtssetzenden Erlassen des Bundes, die den Wettbewerb beschränken oder auf andere Weise beeinflussen, Stellung zu nehmen bzw. sind ihr entsprechende Vorlagen zu unterbreiten (Art. 46 Abs. 2 KG; SR 251). Als unabhängige Behördenkommission mit Entscheidungsbefugnissen unterscheidet sich die Wettbewerbskommission von diversen eidgenössischen Verwaltungskommissionen, wie bspw. der Eidgenössischen Koordinationskommission für Arbeitssicherheit EKAS, die eine beratende und vorbereitende Funktion haben (Art. 5 Abs. 2 und 3 Kommissionsverordnung; SR 172.31).

II. *Bemerkungen zur Vernehmlassungsvorlage*

1. *Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz (Ziff. 1.2, 1.3.6 und 2.3.7)*

6. Am 19. Mai 1994 reichte die Kommission des Nationalrates für soziale Sicherheit und Gesundheit eine Motion ein, in welcher der Bundesrat aufgefordert wurde, die Bestimmungen über die Gesundheitsförderung, den Gesundheitsschutz und die Sicherheit am Arbeitsplatz zu koordinieren und zusammenzufassen sowie bestehende Lücken zu schliessen. Die Studienkommission "Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz" nahm sich der Problematik im Oktober 1996 an und publizierte Ende 1999 den Bericht "Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz: Gesetzgebung und Vollzug".¹ Sie gelangte gestützt auf ihre Studien zur Auffassung, dass das Problem von der Vollzugsseite her anzugehen sei. Sie hatte daher vor allem versucht, neue Vollzugsmodelle zu entwickeln. Es gelang der Arbeitsgruppe aufgrund der unterschiedlichen Interessen der Mitglieder nicht, sich auf ein bestimmtes Modell festzulegen. Jedoch legte sie ein wettbewerbspolitisch valables Modell "Pool" vor.

7. Das Modell "Pool" sieht eine Neuordnung der Vollzugsstrukturen vor. Anstelle der Vielzahl von Vollzugsorganen wird eine einzige, rechtlich verselbstständigte Vollzugsorganisation des öffentlichen Rechts unter einem Dach geschaffen, in der die hoheitlichen Aufgaben von Bund, Kantonen und SUVA vereinigt wären. Sie bestünde aus einer Zentrale mit einer Anzahl regionaler Vollzugseinheiten. Die Voll-

¹ Vgl. seco, Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz: Gesetzgebung und Vollzug, Bericht der Studienkommission "Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz" an das EVD, seco Publikation, 1, Bern 1999.

zugsorganisation stünde unter gemeinsamer Träger-schaft und Leitung von Bund, Kantonen, Versicherer und Sozialpartner, wobei das seco die Oberaufsicht hätte.

8. Auch im Bericht "Zukunft der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt (SUVA)" (nachfolgend: Bericht "Zukunft der SUVA") sowie der Kosten-Nutzen-Analyse über die Unfallversicherung wird auf Wettbewerbsverzerrungen hingewiesen, welche durch die verschiedenen Funktionen der SUVA entstehen, nämlich die hoheitliche Aufsichtsfunktion und die gleichzeitige Beratungstätigkeit im Bereich Arbeitssicherheit. Die Kumulation von Versicherung, Beratung von Privaten sowie anderen privatwirtschaftlichen (d.h. entgeltlichen) Leistungserbringungen einerseits, mit der Funktion der hoheitlichen Aufsicht über die Einhaltung der gesetzlichen Gesundheitsschutzvorschriften andererseits, führt zu Interessenkonflikten und ist deshalb rechtsstaatlich und wettbewerbspolitisch problematisch.

9. Anlässlich einer unveröffentlichten Marktbeobachtung aus dem Jahre 2002 wies auch das Sekretariat der Wettbewerbskommission das BAG (damals BSV) auf die Doppelrolle der Durchführungsorgane betreffend Kontrolle und Beratung und deren Problematik hin. Heikel ist insbesondere der Graubereich bzw. das

Spannungsfeld zwischen der Beratung, welche sich aus der Kontrolle der Durchführungsorgane ergibt und sinnvoll ist, und jener Beratung, welche über diese Kontrolle hinausgeht.²

10. Schliesslich sollte mit der Lösung der Problematik des Vollzugspluralismus in der Arbeitssicherheit ursprünglich zugewartet werden, bis über die prinzipielle Zukunft der SUVA entschieden ist. Diesen Entscheid über die Zukunft der SUVA fällte der Bundesrat am 22. Dezember 2004: Er entschied, am geltenden System festzuhalten, da es keine grossen Ineffizienzen aufweise und die Übergangskosten zu einer liberalisierten Unfallversicherung mit einer privatisierten SUVA hoch ausfallen würden.

11. Spätestens nach diesem Entscheid hätte die Problematik des Vollzugspluralismus angegangen werden müssen. In der Vernehmlassungsvorlage bleibt sie dagegen ungelöst, obwohl das Modell Pool unter Federführung des seco umgesetzt werden könnte. Es wird lediglich auf die Prüfung hinsichtlich der Zuständigkeit von einem anstelle von zwei Departementen verwiesen, die im Rahmen der Verwaltungsreform 2005-2007 erfolgen soll. Selbst wenn jedoch über diese Zuständigkeit entschieden würde, ist die Vollzugsproblematik weiterhin ungeklärt.

Antrag 1: Die Wettbewerbskommission beantragt, die seit langem tolerierte Vollzugsproblematik in Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz unmittelbar zu lösen. Das Problem des Vollzugspluralismus kann durch die Umsetzung des Modells "Pool" gelöst und entsprechend in der Botschaft behandelt werden.

2. Bericht zur Zukunft der SUVA (Ziff. 1.3.1)

12. Die Schlussfolgerungen des Berichtes "Zukunft der SUVA" werden in der Vernehmlassungsvorlage unvollständig wiedergegeben. In ihrer Schlussfolgerung befürwortete die Arbeitsgruppe zwar die Weiterverfolgung der Option mit den erweiterten Geschäftsfeldern für die SUVA. Sie hielt aber auch fest, dass bei jedem erweiterten Geschäftsfeld die Frage der Vereinbarkeit der privatwirtschaftlichen Tätigkeit mit den hoheitlichen Kontrollaufgaben im Bereich der Arbeitssicherheit und der Monopolstellung zu prüfen sei. Zudem erklärte die Arbeitsgruppe, dass sie

angesichts des Fehlens von klar ersichtlichen, gewichtigen Ineffizienzen des heutigen Systems in Kauf nähme, dass die Option mit erweiterten Geschäftsfeldern der SUVA den in der ökonomischen Lehre anerkannten Grundsätzen nicht entspräche (z.B. tendenzielle Zunahme der Wettbewerbsverzerrungen) und je nach neuem Geschäftsfeld die ordnungspolitische Akzeptanz abnehmen könnte. Diese Erwägungen müssen Eingang in die zu erstellende Botschaft finden.

Antrag 2: Die Wettbewerbskommission beantragt für die Botschaft eine Ergänzung der Ziff. 1.3.1 mit den vollständigen Schlussfolgerungen gemäss Bericht über die "Zukunft der SUVA".

3. Kosten-Nutzen-Analyse zur obligatorischen Unfallversicherung (Ziff. 1.3.2)

13. Die Kosten-Nutzen-Analyse zur obligatorischen Unfallversicherung wird unvollständig zusammengefasst. Die Autoren gelangen zu folgendem Ergebnis (vgl. Abschnitt 7.3 der Kosten-Nutzen-Analyse):

14. Der Status quo präsentiert sich ordnungspolitisch als heterogen, doch der Markt funktioniert. Grössere Ineffizienzen können nicht festgestellt werden. Die

SUVA schneidet im Vergleich zu den privaten Versicherern gut ab. Es existieren aber keine Skalenerträge, d.h. ein steigender Versichertenbestand senkt die Durchschnittskosten der Versicherer nicht. Mit anderen Worten ist in dieser Hinsicht kein Marktversagen im Versicherungsbereich gegeben bzw. rechtfertigt sich ein Teilmonopol aus ökonomischer Sicht nicht.

² Dazu, HANSJÖRG SEILER, Rechtsgutachten zur Verwendung des Prämienzuschlages in der Unfallversicherung, Luzern 2002.

Jedoch weist insbesondere die Arbeitssicherheit gewisse Eigenschaften eines öffentlichen Gutes auf.

15. Beim Vergleich zwischen dem Status quo und der Liberalisierungsvariante bewegen sich die quantifizierbaren Nutzen und Kosten in einem ähnlichen Verhältnis. Allerdings erwiesen sich diverse Kosten- und Nutzelemente aufgrund der Datenlage als nicht quantifizierbar, insbesondere die Verbundvorteile. Zudem sind die dynamischen Effekte nicht gemessen. Damit bleibt das Marktergebnis einer "Liberalisierung/Privatisierung" ungewiss.

16. Im Falle einer "Liberalisierung/Privatisierung" würden dem Staat und den Prämienzählenden eine Reihe von Kosten erwachsen, wie etwa die Zinsen für das Eigenkapital oder die Kosten für Rückstellungen von kurzfristigen Leistungen. Diese stellen aus volkswirtschaftlicher Sicht lediglich Umverteilungen dar, allerdings belaufen sich diese auf mehrere Milliarden Schweizer Franken, die im Falle einer "Liberalisierung/Privatisierung" aufzubringen wären.

17. Es sei auch auf das Fazit am Ende des Summary der Kosten-Nutzen-Analyse verwiesen: ***"Als Fazit lässt sich festhalten, dass sich aufgrund einer statischen Kosten-Nutzen-Analyse aus gesamtwirtschaftlicher Sicht keine eindeutige Entscheidung für oder gegen***

die Einführung der Systemvariante 'Liberalisierung/Privatisierung' begründen lässt. Unter Berücksichtigung der Transaktionskosten des Systemwechsels und bei statischer Betrachtung schneidet der Status quo zwar eher besser ab. Insbesondere die Verbundvorteile und die dynamische Effizienz konnten aber nicht gemessen werden, weshalb das Resultat nicht eindeutig ist. Weil kein Marktversagen vorliegt, kann die Systemvariante 'Liberalisierung/Privatisierung' aus ökonomischen Gründen nicht ausgeschlossen werden.

18. In diesem Sinne ist es auch nicht korrekt, in Ziff. 2.3.3 der Vorlage festzuhalten, dass ein wirksamer Wettbewerb in der Unfallversicherung nicht Effizienzgewinne generieren würde. Im Übrigen spricht es nicht gegen die Privatisierung der SUVA, dass dem Bund eine unmittelbare Auftragnehmerin entfielen, da solche Aufträge z.B. an private Unternehmen vergeben werden können.

19. Die erwähnten Passagen müssen in der Botschaft angepasst werden, damit sich das Parlament ein korrektes und vollständiges Bild über die Ergebnisse der Kosten-Nutzen-Analyse verschaffen kann.

Antrag 3: Die Wettbewerbskommission beantragt für die Botschaft eine Ergänzung der Textbausteine in den Abschnitten 1.3.2 sowie 2.3.3 der Vorlage im obgenannten Sinne.

4. Keine einheitlichen Tarifstrukturen (Art. 56 Abs. 2 - 4)

20. Gemäss langjähriger Erfahrung der Wettbewerbsbehörden im Bereich der Krankenpflegeversicherung wirken einheitliche Tarifverträge zwischen Leistungserbringern und Versicherern oft wie schädliche Wettbewerbsabreden zwischen Konkurrenten: Sie dienen nicht der Effizienzsteigerung, setzen nur geringe Anreize zu Kosteneinsparungen und hemmen den Wettbewerbsdruck. Die Wettbewerbskommission

zieht daher Tarifwerke vor, welche in Einzel- oder Gruppenverhandlungen vereinbart werden. Die Gruppen dürfen nicht ungebührlich gross, keinesfalls jedoch marktumfassend sein.³ Mit der Anwendbarkeit des KG können Tarifverhandlungen (inkl. etwa der Boykottandrohungen in Verhandlungen) hinsichtlich deren Wettbewerb- und Effizienzwirkungen beurteilt werden.

Antrag 4: Die Wettbewerbskommission beantragt, von gesetzlich vorgesehenen kantonalen und gesamtschweizerischen Verbandsverhandlungen und Einheitsverträgen betreffend Tarifen abzusehen (Art. 56 Abs. 2). Tarifverhandlungen sind dem Kartellgesetz zu unterstellen.

21. Die derzeit vorherrschenden Vergütungsformen führen zu kontinuierlichen Kostensteigerungen im Bereich des Gesundheitswesens. Durch alternative und die Kombination verschiedener Vergütungsformen lassen sich die negativen Anreizeffekte der einzelnen Formen mildern. Die Versicherer sollen daher mit den Leistungserbringern jene Vergütungsformen aushandeln, welche je nach Versichertengruppe und Behandlungsfall die richtigen Behandlungsanreize vermitteln. Daher empfiehlt die Wettbewerbskommission frei wählbare Vergütungshöhen und -formen.

³ Vgl. dazu RPW 2004/3, S. 848 f.; RPW 2004/4, S. 1119 f.; FRANK, STÜSSI, in: Paul Richli und Tomas Poledna (Hrsg.), "Tarife und Wettbewerb", Tarife im Gesundheitsrecht, 4, Zürich 2002, 77-100; FJS 1971, S. 78.

Antrag 5: Die Wettbewerbskommission beantragt, dass die Versicherer die Möglichkeit erhalten, mit Leistungserbringern für verschiedene Versichertengruppen unterschiedliche Vergütungsformen und -höhen bzw. Kombinationen von Vergütungsformen frei auszuhandeln (Art. 56 Abs. 3 - 4).

5. *Betreuung der Teuerungszulagen (Art. 73 Abs. 2bis und 90a UVG)*

22. Es ist zu begrüssen, dass eine einheitliche und obligatorische Lösung für die Finanzierung der Teuerungszulagen in das Gesetz aufgenommen wurde (Art. 73 Abs. 2^{bis} und 90a UVG). Bei der Beurteilung der bisherigen Fondslösung der privaten Versicherer für die Finanzierung der Teuerungszulagen hat die Wettbewerbskommission namentlich festgehalten, dass gesellschaftsindividuelle Lösungen der Finanzierung des Teuerungsausgleichs zu Wettbewerbsverzerrungen und Markteintrittsschranken führen können.

23. Die in der Vorlage diskutierte Lösung mit der Übertragung der Sicherungsaufgaben an die Ersatzkasse gemäss Art. 72 UVG ist jedoch problematisch, da die Ersatzkasse bei einem privaten UVG-Versicherer angesiedelt ist. Somit ist die Unabhängigkeit der Ersatzkasse in Frage gestellt. Zudem ist fraglich, ob die Ersatzkasse über die für die Betreuung der Teuerungszulagen notwendigen Kenntnisse und als Stiftung über die unabdingbare Flexibilität verfügt. Es wäre denkbar, die Betreuung der Teuerungszulagen einem - zu gründenden - Verein zu übertragen, wobei die Versicherer verpflichtet sein müssten, diesem Verein beizutreten.

Antrag 6: Die Wettbewerbskommission beantragt, die Betreuung der Teuerungszulagen nicht der Ersatzkasse (Art. 73 Abs. 2^{bis} UVG), sondern einem neutralen Verein zu übertragen, welchem die Versicherer obligatorisch beitreten müssen.

6. *Risikoselektion (zu Art. 59a und Art. 92 Abs. 1^{ter} UVG [neu])*

24. Im UVG ist kein expliziter und direkter Aufnahmezwang von Versicherungsnehmern durch Versicherer, sondern lediglich ein indirekter Aufnahmezwang über die Ersatzkasse vorgesehen. Dies erlaubt den Versicherern, Betriebe abzulehnen. Soweit jedoch kein Aufnahmezwang besteht, droht der Wettbewerb zwischen den Unfallversicherern abzunehmen. Dabei sind namentlich zwei Wirkungen zu berücksichtigen:

- Ohne Aufnahmezwang besteht die Gefahr, dass die Unfallversicherer **Risikoselektion** betreiben, d.h. sich auf die Aufnahme von guten Versicherungsrisiken bzw. die Meidung von schlechten Versicherungsrisiken konzentrieren. Risikoselektion bindet bekanntermassen Ressourcen, trägt aber nicht zur Wohlfahrtssteigerung bei. Da die Prämien risikogerecht sein müssen, wird der Anreiz zur Risikoselektion entscheidend gemindert, wenn auch - gemäss Marktkennnissen der Wettbewerbsbehörden - nicht ganz eliminiert.
- Soweit sich die Versicherer auf bestimmte Branchen (z.B. auf Restaurantbetriebe) konzentrieren würden und sich damit eine monopolistische Marktstruktur der Versicherer hinsichtlich der versicherten Betriebe ergäbe, würden die **Ausweichmöglichkeiten für Betriebe auf andere Versicherer** und damit der Wettbewerb zwischen den Unfallversicherern sinken. Dank Art. 92 Abs. 1^{ter} UVG (neu) bleiben die Ausweichmöglichkeiten für die Betriebe grundsätzlich bestehen, wobei der Anreiz zu Risikoselektion damit nicht ganz eliminiert wird.

25. Ein Aufnahmezwang reduziert die verbleibenden Möglichkeiten zur Risikoselektion und erhält die Ausweichmöglichkeiten für Betriebe auf andere Ver-

sicherer. Der Aufnahmezwang ist ein zentraler Faktor, welcher der Risikoselektion entgegenwirkt.

26. In der Praxis hat sich ein "subsidiärer Aufnahmezwang" entwickelt, indem die Ersatzkasse Betriebe, die keine Versicherung freiwillig versichern will, einer Versicherung zwangsweise zuweist. Diese Funktion der Ersatzkasse sollte aufgrund ihrer Wichtigkeit deutlicher im Gesetz verankert werden (derzeit lässt sie sich wohl auf Art. 73 Abs. 2 UVG stützen, welcher aber eigentlich als Instrument gegenüber dem Arbeitgeber, welcher seine Arbeitnehmenden nicht versichern will, konzipiert ist). Denn es ist nicht ausgeschlossen, dass durch den verschärften Prämienwettbewerb zwischen den Versicherern die Risikoselektion steigt und die Ersatzkasse sich einer steigenden Anzahl Betriebe gegenüber sieht, die sie Versicherern zuweisen muss. Zudem ist denkbar, dass sich die nicht gegebene Unabhängigkeit der Ersatzkasse bzw. die Führung der Ersatzkasse durch einen Unfallversicherer negativ auswirken könnte (soweit für die Betreuung der Teuerungszulagen gemäss Antrag 6 ein Verein gegründet wird, welchem die Versicherer obligatorisch beitreten müssen, könnte dieser Verein anstelle der Ersatzkasse die Zuweisung der Betriebe übernehmen, die keinen Versicherer gefunden haben). Diese Entwicklung ist zu beobachten und gegebenenfalls mittels Gegenmassnahmen anzugehen. Dabei ist namentlich ein primärer Aufnahmezwang in Betrachtung zu ziehen.

Antrag 7: Die Wettbewerbskommission beantragt, die Zuweisung durch die Ersatzkasse ("subsidiärer" oder indirekter Aufnahmewang) explizit gesetzlich zu verankern. Das Ausmass und die Entwicklung der allfälligen Risikoselektion sowie die Funktionstüchtigkeit der Zuweisung durch die Ersatzkasse sind innerhalb von fünf Jahren nach Inkrafttreten des revidierten UVG zu evaluieren. Soweit die Risikoselektion stark und/oder der indirekte Aufnahmewang nicht ausreichen würde, wären entsprechende Gegenmassnahmen auszuarbeiten und ein primärer Aufnahmewang zu prüfen.

7. Herausforderungen für die SUVA (Ziff. 3.1.2)

27. Einige der Aussagen in diesem Abschnitt suggerieren, dass die SUVA längerfristig keine mindesteffiziente Betriebsgrösse mehr aufweisen könnte. Dem Abschnitt ist namentlich zu entnehmen, dass etwa die Vornahme von notwendigen Investitionen für ein zeitgemässes Auftreten eines Unternehmens (z.B. für Informatik) nur mit einem gewissen Prämien- und Versichertenvolumen möglich ist.

28. Angesichts der Grösse der SUVA mit der Versicherung von rund einem Drittel aller Betriebe und über

der Hälfte der Vollbeschäftigten in der Schweiz ist es nicht angebracht, in Erwägung zu ziehen, dass die SUVA unter die mindesteffiziente Betriebsgrösse einer Versicherung fallen könnte. In der Kosten-Nutzen-Analyse zur obligatorischen Unfallversicherung wurde zudem deutlich aufgezeigt, dass in der Unfallversicherung kein Marktversagen existiert (kein natürliches Monopol) und eine regulatorische Rechtfertigung für ein Teilmonopol in der Unfallversicherung wegen allfälliger Grössenvorteilen nicht gegeben ist.

Antrag 8: Die Wettbewerbskommission beantragt die Streichung der Aussagen über die mindesteffiziente Betriebsgrösse.

8. Volkswirtschaftliche Auswirkungen (Ziff. 5) und Nebentätigkeiten der SUVA (Ziff. 3.1.3)

a) Fehlende Regulierungsfolgenabschätzung

29. Mit Beschluss des Bundesrates vom 15. September 1999 wurde die Regulierungsfolgenabschätzung (RFA)⁴ durch die entsprechenden Richtlinien des Bundesrates eingeführt.⁵ Diese dient der Darstellung der volkswirtschaftlichen Auswirkungen in Vorlagen des Bundes. Seit 1. November 1999 müssen alle Botschaf-

ten des Bundesrates an das Parlament und alle Anträge auf Erlass einer Verordnung durch den Bundesrat ein Kapitel über die volkswirtschaftlichen Auswirkungen enthalten. Mit dem Beschluss des Bundesrates vom 18. Januar 2006 unterstehen auch Richtlinien, Rundschreiben und Weisungen der Verwaltung, falls diese mehr als 10'000 Unternehmen betreffen, der RFA. Eine RFA fehlt jedoch in der vorliegenden Vernehmlassungsvorlage.

Antrag 9: Die Wettbewerbskommission beantragt, die Botschaft gemäss Beschlüssen des Bundesrates mit einer RFA als Entscheidungsgrundlage für das Parlament zu ergänzen.

b) Fehlende Begründung der Nebentätigkeiten im Sinne von Art. 67b UVG (neu)

30. Gerade im Falle der Nebentätigkeiten der SUVA im Sinne von Art. 67b UVG (neu) ist eine RFA unabdingbar. Unabhängig von den beiden Varianten 1 (Oberaufsicht Bund) und 2 (direkte Aufsicht Bund) stellt sich die Frage, wie weit Nebentätigkeiten der SUVA gerechtfertigt sind. Dies geht auch aus der Kosten-Nutzen-Analyse zur Unfallversicherung und dem Bericht zur Zukunft der SUVA hervor.

- Wie bereits erwähnt, liegt gemäss der Kosten-Nutzen-Analyse in der Unfallversicherung kein Marktversagen vor. Der Status quo und die Erweiterung der Geschäftsfelder sind folglich aus regulatorischer Sicht in Frage gestellt und die Vereinbarkeit der privatwirtschaftlichen Tätigkeit mit den hoheitlichen Kontrollaufgaben im Bereich der Arbeitssicherheit und der Monopolstellung sind bei jedem erweiterten Geschäftsfeld zu prüfen.

- Die Notwendigkeit der Prüfung hielt bereits die Arbeitsgruppe im Bericht zur Zukunft der SUVA in ihren Schlussfolgerungen fest. Sie äusserte insbesondere, dass die bereits im Status quo in mehrfacher Hinsicht vorliegende Verletzung der Wettbewerbs- und Struktureutralität durch die Erweiterung der Geschäftsfelder verstärkt wird (Ziff. 10.3.4.c und d), womit die Dringlichkeit der Überprüfung der Erweiterung der Nebentätigkeiten erhöht wird. Die Arbeitsgruppe zeigte auf, welche Kriterien bei der Beurteilung relevant wären.⁶

⁴ Vgl. URL: <http://www.seco.admin.ch/themen/00374/00459/00465/00469/index.html?lang=de> [02.02.07].

⁵ Vgl. URL: <http://www.seco.admin.ch/themen/00374/00459/00465/index.html?lang=de> [02.02.07].

⁶ Vgl. Bericht "Zukunft der SUVA", Ziff. 9.3 und Anhang 9; URL: <http://www.bag.admin.ch/themen/versicherung/00321/02413/index.html?lang=de> [26.01.07].

31. Die notwendigen Begründungen für die Erweiterung der jeweiligen Geschäftsfelder fehlen aber in der Vernehmlassungsvorlage. Dies legt namentlich den Schluss nahe, dass die Nebentätigkeiten lediglich den gesunkenen Versichertenbestand der SUVA kompensieren sollen. U.a. verbleiben die folgenden Elemente, die massgebend für einen Entscheid für oder gegen die Nebentätigkeiten sind, ungeklärt:⁷

- Notwendigkeit und Möglichkeit staatlichen Handelns? Besteht ein Marktversagen oder ein Verteilungsproblem? Ziel (qualitativ und quantitativ) des Staatseingriffes?
- Auswirkungen auf die einzelnen gesellschaftlichen Gruppen und auf die Gesamtwirtschaft? Nutzen und Kosten der Nebentätigkeiten?
- Alternative Regelungen? Nutzen und Kosten alternativer Regulierungen?
- Zweckmässigkeit im Vollzug, technische Durchführbarkeit und politische Durchsetzbarkeit der Eingriffe?

32. Bspw. ist ein Marktversagen im Bereich der Vermögensverwaltung und des Aktiven-/Passivenmana-

gements für öffentliche Institutionen und private Vorsorgeeinrichtungen nicht augenfällig. Vielmehr ist anzunehmen, dass dieser Bereich bereits umfassend und effizient durch private Unternehmen abgedeckt wird, womit ein staatliches Angebot durch die SUVA obsolet ist.

33. Ebenso ist eine Prüfung bezüglich der Beratung und Ausbildung im Bereich der betrieblichen Gesundheitsförderung erforderlich. Gemäss unseren Informationen nehmen private Unternehmen sowohl auf Betriebe abgestimmte Beratungen, die über den Vollzug der Bestimmungen über die Verhütung von Berufsunfällen und -krankheiten hinausgehen, als auch Ausbildungen vor - wobei heute das notwendige Ausbildungsangebot kaum ohne Mithilfe der SUVA bereitgestellt werden könnte. Ein Mangel in Form eines Marktversagens scheint zumindest im Bereich der Beratungsleistungen nicht vorzuliegen. Entsprechend ist die Tätigkeit der SUVA in diesem Bereich aus wettbewerbspolitischer Sicht nicht notwendig. Insbesondere droht die Verletzung der Wettbewerbs- und Struktureutralität durch solche Tätigkeiten der SUVA vergrössert zu werden.

Antrag 10: Die Wettbewerbskommission beantragt, die Nebentätigkeiten der SUVA gemäss Art. 67b UVG (neu) im Sinne von Antrag 9 nur soweit in die Botschaft aufzunehmen, als sie durch Marktversagen oder Verteilungsprobleme begründet sind. Soweit ein Marktversagen oder Verteilungsproblem besteht, ist für alle Nebentätigkeiten aufzuzeigen, ob der optimale staatliche Eingriff oder der optimale Mix von Eingriffen zum Einsatz kommt, der das erwünschte Ziel mit möglichst wenig unerwünschten Nebenwirkungen erreicht und die geringst möglichen Kosten verursacht.

Antrag 11: Die Wettbewerbskommission beantragt für die Botschaft eine Ergänzung der Ziff. 3.1.3 hinsichtlich der Verletzung der Wettbewerbs- und Struktureutralität: ***Gemäss Bericht "Zukunft der SUVA" steigt die Verletzung der Wettbewerbs- und Struktureutralität mit jeder Ausweitung der Geschäftstätigkeit tendenziell an.***

c) Vereinbarung der Nebentätigkeiten mit den hoheitlichen Aufgaben der SUVA nach Art. 85 Abs. 1 UVG im Bereich der Verhütung von Berufsunfällen und -krankheiten

34. Wie in den Rz. 4 ff. und Rz. 33 ausgeführt, bestehen seit Jahren Reibungspunkte hinsichtlich der Vereinbarung der Nebentätigkeiten mit den hoheitlichen Aufgaben der SUVA im Bereich der Verhütung von Berufsunfällen und -krankheiten. Die Kumulation von Versicherung, entgeltlicher Beratung im Bereich der Unfallverhütung sowie anderen privatwirtschaftlichen Leistungen einerseits, mit der Funktion der hoheitlichen Aufsicht über die Einhaltung der gesetzlichen Arbeitssicherheitsvorschriften andererseits, führt schon heute zu Interessenskonflikten und ist rechtsstaatlich problematisch. Diese Problematik verschärft sich mit jedem Schritt der SUVA zu mehr unternehmerischem Spielraum. Mit der Aufgabenerweiterung der SUVA im Beratungs- und Ausbildungsbereich (eine der Nebentätigkeiten) droht die SUVA Aufgaben von privaten Unternehmen zu übernehmen.

35. Art. 67b Abs. 2 UVG (neu) dient folglich höchstens als Feigenblatt, ist der Lösung der erwähnten Prob-

leme aber kaum dienlich. Dabei sei an dieser Stelle auf Antrag 1 verwiesen.

d) Abschliessende Aufzählung der Tätigkeiten im Gesetz im Sinne von Art. 67b UVG (neu)

36. Auch wenn der Gesetzgeber die Variante 2 wählen würde, sind die Nebentätigkeiten aus rechtsstaatlicher Sicht abschliessend aufzuzählen. Die Wirtschaftsfreiheit gebietet die Pflicht zur Zurückhaltung von Bund und Kantonen hinsichtlich wirtschaftlicher Betätigung.⁸ Zusammen mit dem für die gesamte

⁷ Vgl. dazu Bericht "Zukunft der SUVA", Ziff. 9.3 und Anhang 9 (URL erwähnt in Fn. 6); Handbuch Regulierungsfolgenabschätzung (RFA) gemäss Richtlinien des Bundesrates für die Darstellung der volkswirtschaftlichen Auswirkungen von Vorlagen des Bundes vom 15.09.1999 (URL erwähnt in Fn. 4); Eidgenössisches Finanzdepartement EFD (1999), Finanzleitbild des Bundesrates, URL: <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/grundlagenpapiere/00816/index.html?lang=de> [09.01.07].

⁸ Vgl. Vallender Klaus, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer Schweizer/Klaus A. Vallender, Die Schweizerische Bundesverfassung - Kommentar, 2002, Art. 94 N 6.

Verwaltung geltenden Legalitätsprinzip führt dies dazu, dass der in Variante 2 vorgesehene Art. 61a Abs. 2 UVG (neu) eine absolut ungenügende Rechtsgrundlage für die Nebentätigkeiten der SUVA darstellt. Es ist auch nicht einsichtig, aus welchem Grund die in Variante 2 vorgesehene direkte Aufsicht des

Bundes über die SUVA dazu führen soll, dass die in Variante 1 (Aufsicht durch Aufsichtsrat/Oberaufsicht Bund) vorgenommene abschliessende Aufzählung der Nebenbeschäftigungen nicht mehr notwendig sein sollte.

Antrag 12: Die Wettbewerbskommission beantragt, dass die Nebentätigkeiten für die Variante 2 im Sinne von Art. 67b UVG (neu) zwingend abschliessend im Gesetz aufzuführen sind.

9. Territorialitätsprinzip

37. Gemäss Art. 10 Abs. 1 UVG hat der Versicherte Anspruch auf die zweckmässige Behandlung der Unfallfolgen. Nach Abs. 3 derselben Bestimmung kann der Bundesrat die Kostenvergütung für Behandlungen im Ausland begrenzen. Eine solche Begrenzung hat er in Art. 17 UVV⁹ vorgenommen, indem dem Versicherten für eine notwendige Heilbehandlung im Ausland höchstens der doppelte Betrag der Kosten vergütet wird, die bei der Behandlung in der Schweiz entstanden wären.

38. Die Verwendung des Begriffs "notwendig" lässt darauf schliessen, dass im Bereich der Unfallversicherung die Kosten für im Ausland bezogene medizinische Produkte somit nur bei Versorgungsmangel oder bei Vorliegen eines Notfalls übernommen werden.

39. Hinsichtlich des Bezugs von *medizinischen Produkten* (Produkte der Mittel- und Gegenstände-Liste sowie Medikamente der Spezialitätenliste) äusserte sich die Wettbewerbskommission in ihrer Empfehlung an den Bundesrat vom 18. Dezember 2000.¹⁰ Bei dieser Gelegenheit sprach sie sich dafür aus, dass die Kosten für (durch Versicherte) im Ausland bezogene medizinische Produkte von den Versicherungsträgern übernommen werden, sofern diese Kosten tiefer sind als jene in der Schweiz.

40. Hinsichtlich des medizinischen Bezugs von *medizinischen Leistungen* äusserte sich die Wettbewerbskommission im Rahmen der Vernehmlassung zur Teilrevision der Verordnung über die Krankenversicherung (KVV; SR 832.102). Jene Aussagen über die Effizienzwirkung für den Bereich der Krankenpflegeversicherung lassen sich auf den Bereich der Unfallversicherung übertragen.¹¹

41. Generell kann davon ausgegangen werden, dass die Möglichkeit, medizinische Leistungen im Ausland einzukaufen, Effizienzdruck auf die Leistungserbringer im Inland schaffen und damit das inländische Leistungs-Kosten-Verhältnis verbessern wird. Auf diese Weise kann es zu einer Kostensenkung bzw. Prämienstabilisierung kommen. Effizienzdruck und Verbesserung des Leistungs-Kosten-Verhältnisses sind die beabsichtigten und zu erwartenden Effekte.

42. Mit der Möglichkeit, die Kosten von im Ausland bezogenen und durch das KVG vorgesehenen medizinischen Dienstleistungen durch die Versicherungsträger übernehmen zu können, wird zudem einer Öffnung der internationalen Märkte vorausblickend Rechnung getragen und ein wesentliches Element für die internationale Wettbewerbsfähigkeit im Gesundheitswesen geschaffen.

Antrag 13: Die Wettbewerbskommission beantragt, dass die Kosten für (durch Versicherte) im Ausland bezogene medizinische Produkte und medizinische Leistungen von den Versicherungsträgern übernommen werden können, sofern diese Kosten tiefer sind als jene in der Schweiz.

⁹ Verordnung über die Unfallversicherung vom 20. Dezember 1982 (SR 832.202).

¹⁰ Dazu RPW 2000/4, S. 678 ff.

¹¹ Dazu RPW 2006/1, S. 195 ff. mit entsprechenden Verweisen.

B 4	Bundesgericht Tribunal fédéral Tribunale federale
B 4	1. Aare-Tessin Wettbewerbskommission/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

Urteil (2A.325/2006) des Bundesgerichts vom 13. Februar 2007 der II. Öffentlich-rechtlichen Abteilung i.S. Wettbewerbskommission (Beschwerdeführerin) gegen 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) (Beschwerdegegner) und Rekurskommission für Wettbewerbsfragen i.S. Unternehmenszusammenschluss Swissgrid, Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 1. Mai 2006.

Sachverhalt:

A.

Die Aare-Tessin AG für Elektrizität (Atel), die BKW FMB Energie AG, die Centralschweizerische Kraftwerke AG, die Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG, das Elektrizitätswerk der Stadt Zürich (ewz), die Energie Ouest Suisse (EOS) SA und die Nordostschweizerischen Kraftwerke (NOK) sind alle als Unternehmen im Elektrizitätsbereich tätig. U.a. betreiben sie jeweils in ihrem Gebiet das bisher lediglich tatsächlich, nicht aber rechtlich zusammengeschlossene schweizerische Netz für die Übertragung von Höchstspannungsstrom. Im Jahre 2004 einigten sich die sieben Unternehmen, die Aktiengesellschaft Swissgrid AG zu gründen, deren Zweck der Betrieb des schweizerischen Übertragungsnetzes und die Erbringung damit zusammenhängender Dienstleistungen ist. Mit diesem zentralen schweizerischen Netzbetreiber sollen das schweizerische Übertragungsnetz der Stromordnung der Europäischen Union angepasst und die in der politischen Diskussion des schweizerischen Gesetzgebers geplante nationale Netzgesellschaft vorgespurt werden (vgl. dazu die Botschaft des Bundesrates vom 3.12.2004 zur Änderung des Elektrizitätsgesetzes und zum Stromversorgungsgesetz, in BBl 2004 1611 ff.).

B.

Am 29. November 2004 meldeten die sieben Unternehmen das Zusammenschlussvorhaben bei der Wettbewerbskommission (Weko) an. Im Verlauf des Instruktionsverfahrens ergänzten sie ihr Gesuch in

verschiedener Hinsicht; namentlich unterbreiteten sie mit einer Eingabe vom 16. Februar 2005 der Wettbewerbskommission verschiedene Massnahmen zur Entflechtung ihrer unternehmerischen Tätigkeiten und stellten ihr entsprechende überarbeitete Entwürfe des Rahmenvertrages und des Organisationsreglements zu.

Mit Verfügung vom 7. März 2005 stellte die Wettbewerbskommission in Anwendung von Art. 10 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) fest, dass das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung der Swissgrid AG auf dem Markt für Stromübertragung in verschiedenen Gebieten der Schweiz begründe bzw. verstärke, durch welche der wirksame Wettbewerb beseitigt werden könne (Dispositiv Ziff. 1). Die Wettbewerbskommission genehmigte das Zusammenschlussvorhaben daher lediglich unter Auflagen, namentlich zur Zugangsgewährung an Dritte, zur Erstellung von Kostenrechnungen, zum Verbot der Erzeugung, des Verkaufs von und des Handels mit Elektrizität sowie zum Betreiben oder Halten von Stromverteilungseinrichtungen und zur Entflechtung zwischen der Swissgrid AG und anderen Unternehmen im Bereich der Erzeugung, des Verkaufs und des Handels mit Strom (Dispositiv Ziff. 2). Für Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung wurden Sanktionen nach dem Kartellgesetz angedroht (Dispositiv Ziff. 3).

C.

Dagegen erhoben die sieben betroffenen Unternehmen am 2. Mai 2005 Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (Reko/Wef). Darin beantragten sie die Aufhebung bzw. 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. Überdies ersuchten sie vorsorglich darum, es sei ihnen zu erlauben, das Zusammenschlussvorhaben Swissgrid AG vorläufig unter Einhaltung der im Sinne ihrer Beschwerdeanträge abgeänderten Auflagen zu vollziehen.

Mit Zwischenverfügung vom 9. Juni 2005 wies der Präsident der Rekurskommission das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen ab. Eine dagegen erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht blieb erfolglos (Urteil 2A.397/2005 vom 3.1.2006).

Am 1. Mai 2006 hiess die Rekurskommission die Beschwerde in der Sache im Sinne der Erwägungen gut, hob die Ziff. 1-3 des Dispositivs der Verfügung vom 7. März 2005 auf und liess das Zusammenschlussvorhaben Swissgrid AG gemäss Meldung vom 29. November 2004 und Ergänzungen vom 16. Februar 2005 ohne Auflagen oder Bedingungen zu. In der Begründung, auf die das Dispositiv verweist, wird in Erwägung 5.5 klargestellt, dass die fusionswilligen Unternehmen zwischenzeitlich verschiedene Massnahmen getroffen hätten, die nunmehr integrierenden Bestandteil des Zusammenschlussvorhabens bilden würden; genannt werden insbesondere die Entflechtung der Tätigkeiten der Swissgrid AG und der beteiligten Unternehmen, die personelle Entflechtung auf Stufe Geschäftsleitung der Swissgrid AG sowie die Unzulässigkeit der Einflussnahme von Verwaltungsratsmitgliedern der Swissgrid AG auf das operative Geschäft.

D.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 31. Mai 2006 an das Bundesgericht beantragt die Wettbewerbskommission hauptsächlich, der Beschwerdeentscheid vom 1. Mai 2006 sei aufzuheben und es sei ihre Verfügung vom 7. März 2005 zu bestätigen; in verschiedenen Eventualbegehren stellt die Wettbewerbskommission den Antrag, ihre Verfügung sei mit mehreren (unterschiedlichen) Änderungen, die sich an den Beschwerdeanträgen der sieben beteiligten Unternehmen in deren Beschwerde vom 2. Mai 2005 ausrichten, zu bestätigen.

Die sieben betroffenen Unternehmen schliessen auf Abweisung der Beschwerde. Die Rekurskommission hat sich zur Sache vernehmen lassen, ohne einen ausdrücklichen Antrag zu stellen; aus ihren Bemerkungen geht jedoch hervor, dass sie an ihrem Entscheid festhält.

E.

Mit verfahrensleitender Verfügung vom 29. Juni 2006 traf der Präsident der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts auf Gesuch der Wettbewerbskommission hin die folgende vorsorgliche Regelung:

"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 Ziff. 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 Ziff. 1.1 genannten Tätigkeiten kommerziell ausüben. Einzelne Mitglieder des Verwaltungsrats der Swissgrid AG dürfen nicht in Entscheidungen zum operativen Betrieb der Gesellschaft einbezogen werden."

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Da der angefochtene Entscheid vor dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110; AS 2006 1205) ergangen ist, sind vorliegend in prozessualer Hinsicht die altrechtlichen Vorschriften gemäss dem Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (Bundesrechtspflegegesetz, OG; BS 3 S. 351) in dessen zuletzt gültiger Fassung anwendbar (Art. 132 Abs. 1 BGG).

1.2 Gemäss dem Bundesrechtspflegegesetz können Beschwerdeentscheide der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 97 Abs. 1 und Art. 98 Bst. e OG i.V.m. Art. 44 KG; BGE 129 II 18 E. 1.1; 127 III 219 E. 1a; 127 II 32 E. 1a S. 35).

2.

2.1 Zu prüfen ist, ob die Wettbewerbskommission zur Beschwerde an das Bundesgericht legitimiert ist.

2.2 Nach der Rechtsprechung zu Art. 103 Bst. a OG ist die in einem Rechtsmittelverfahren unterlegene Vorinstanz grundsätzlich nicht zur Beschwerde berechtigt. Es genügt für die Beschwerdebefugnis nicht, dass eine Behörde in ihrem Sachbereich eine Rechtsauffassung vertritt, die im Widerspruch zu derjenigen einer anderen oder übergeordneten Instanz steht, auch wenn dadurch die Aufgabenerfüllung erschwert wird. Eine Behörde kann sich insofern nicht auf das allgemeine Beschwerderecht nach Art. 103 Bst. a OG berufen (vgl. BGE 127 II 32 E. 2 S. 36 ff.; 123 II 542 E. 2e S. 545).

2.3 Gemäss Art. 103 Bst. b OG kann jedoch das in der Sache zuständige Departement oder, soweit das Bundesrecht dies vorsieht, die in der Sache zuständige Dienstabteilung der Bundesverwaltung gegen die Verfügung einer eidgenössischen Rekurskommission beim Bundesgericht Beschwerde führen (vgl. zur bisherigen Beschwerdebefugnis des Departements BGE 127 III 219 E. 1b; 127 II 32 E. 1b S. 36; Urteil 2A.198/1997 vom 3.11.1997, E. 1, in ZBI 100/1999 S. 64 ff.).

Nach Art. 15 Abs. 2^{bis} (in der Fassung vom 10.3.2006) der Organisationsverordnung vom 14. Juni 1999 für das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (OV-EVD; SR 172.216.1) ist die Wettbewerbskommission in

ihrem Zuständigkeitsbereich zur Erhebung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht befugt. Zwar liegt insofern eine ausdrückliche spezialgesetzliche Ermächtigung gemäss Art. 103 Bst. b OG vor (vgl. BGE 127 II 32 E. 2c S. 37). Die Wettbewerbskommission ist aber nicht eine Dienstabteilung im Sinne dieser Bestimmung. Art. 19 KG erklärt ausdrücklich, dass die Wettbewerbskommission unabhängig von den Verwaltungsbehörden und nur administrativ dem Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement zugeordnet ist (dazu BGE 127 II 32 E. 3c S. 42; JÜRIG BORER, Kartellgesetz, Zürich 2005, Rz. 1 und 9 zu Art. 19 KG; PHILIPP ZURKINDEN/HANS RUDOLF TRÜEB, Das neue Kartellgesetz, Zürich/Basel/Genf 2004, Rz. 2 zu Art. 18-22 KG). Sie übt nicht dieselbe Funktion wie die Bundesämter (der zentralen Bundesverwaltung) aus, an die nach Art. 103 Bst. b OG eine Delegation der Beschwerdebefugnis zulässig ist. Art. 15 Abs. 2^{bis} OV-EVD vermag daher keine Legitimation nach Art. 103 Bst. b OG zu begründen.

2.4 Die Beschwerdelegitimation der Wettbewerbskommission ergibt sich jedoch aus Art. 103 Bst. c OG. Danach ist jede andere Person, Organisation oder Behörde zur Beschwerde befugt, die das Bundesrecht ausdrücklich dazu ermächtigt. Art. 15 Abs. 2^{bis} OV-EVD verschafft der Wettbewerbskommission eine solche besondere Ermächtigung (anderer Meinung, allerdings zur Rechtslage vor dem Inkrafttreten von Art. 15 Abs. 2^{bis} OV-EVD, BALZ GROSS, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, N 90 zu Art. 44 KG, der wegen der Unabhängigkeit der Wettbewerbskommission auch die Befugnis des Volkswirtschaftsdepartements zur Behördenbeschwerde verneint). Diese Grundlage der Legitimation wird freilich mit der Neuordnung der Bundesrechtspflege entfallen. Art. 89 Abs. 2 Bst. d BGG setzt im Unterschied zu Art. 103 Bst. c OG eine Ermächtigung in einem Bundesgesetz voraus (vgl. dazu BBI 2001 4331). Da im vorliegenden Fall aber noch das alte Verfahrensrecht anwendbar ist (vgl. E. 1.1), genügt die Ermächtigung auf Verordnungsstufe als Grundlage der Beschwerdelegitimation der Wettbewerbskommission.

2.5 Das Beschwerderecht der Bundesbehörden soll den richtigen und rechtsgleichen Vollzug des Bundesverwaltungsrechts sicherstellen. Dabei muss grundsätzlich kein spezifisches öffentliches Interesse an der Anfechtung der Verfügung nachgewiesen werden. Erforderlich ist nur, dass es der beschwerdeführenden Behörde nicht um die Behandlung abstrakter Fragen des objektiven Rechts, sondern um konkrete Rechtsfragen eines tatsächlich bestehenden Einzelfalles geht (vgl. BGE 129 II 1 E. 1.1 S. 3 f.; 128 II 193 E. 1 S. 195, je mit Hinweisen).

2.5.1 Im vorliegenden Fall besteht ein hinreichendes Interesse, soweit die Wettbewerbskommission die Verletzung materiellrechtlicher Bestimmungen des Kartellrechts geltend macht. Soweit sie indessen rügt, die Rekurskommission sei zu Unrecht davon ausgegangen, die Wettbewerbskommission habe den Anspruch auf rechtliches Gehör der sieben beteiligten Unternehmen gemäss Art. 29 ff. VwVG und Art. 29

Abs. 2 BV verletzt, fehlt es an einem hinreichenden Interesse. Nachdem die Vorinstanz den von ihr festgestellten Mangel geheilt hat, ist die Frage der Gehörverletzung nur noch abstrakter Natur. Die Wettbewerbskommission ist daher insoweit nicht zur Beschwerde legitimiert.

2.5.2 Hingegen ist die Wettbewerbskommission zur Rüge berechtigt, der angefochtene Entscheid verletze das Kartellrecht, indem er für Auflagen und Bedingungen bei der Genehmigung von Unternehmenszusammenschlüssen voraussetze, dass die betroffenen Unternehmen ihr Einverständnis zu den vorgesehenen Nebenbestimmungen erklärt haben. Insofern geht es nicht um die Gewährung des rechtlichen Gehörs, verschafft dieses doch von vornherein nur das Recht auf vorherige Anhörung und begründet es nicht einen Zustimmungsvorbehalt. Vielmehr stehen insofern die materiellrechtlichen Voraussetzungen der Zulässigkeit von Nebenbestimmungen wie Auflagen und Bedingungen bei der wettbewerbsrechtlichen Genehmigung von Unternehmenszusammenschlüssen in Frage.

2.6 Demnach ist auf die Beschwerde nicht einzutreten, soweit die Wettbewerbskommission geltend macht, der angefochtene Entscheid verkenne die Tragweite des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Im Übrigen erweist sich die Beschwerde als zulässig.

3.

3.1 Mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich einer Überschreitung oder eines Missbrauchs des Ermessens gerügt werden (Art. 104 Bst. a OG). An die Feststellung des Sachverhalts ist das Bundesgericht indessen gebunden, wenn - wie hier mit der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen - eine richterliche Behörde als Vorinstanz entschieden und den Sachverhalt nicht offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften ermittelt hat (Art. 105 Abs. 2 OG). Ausgeschlossen ist die Rüge, der angefochtene Entscheid sei unangemessen (Art. 104 Bst. c OG).

3.2 Das Bundesgericht wendet die massgeblichen Normen des Bundesverwaltungsrechts von Amtes wegen und ohne Beschränkung seiner Kognition an. Dies schliesst indessen nicht aus, dass es sich bei der Beurteilung von ausgesprochenen Fachfragen eine gewisse Zurückhaltung auferlegt. Im Rahmen des so genannten "technischen Ermessens" gesteht es der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen als Vorinstanz mit besonderem Fachwissen bei der Prüfung des Einzelfalles und bei der Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen einen gewissen Beurteilungsspielraum zu, soweit die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend vorgenommen wurden (vgl. BGE 126 II 111 E. 3b; 125 II 591 E. 8a S. 604; 117 Ib 114 E. 4b S. 117, mit weiteren Hinweisen; GROSS, a.a.O., N 91 zu Art. 44 KG).

4.

Die Wettbewerbskommission beanstandet, dass die Rekurskommission ergänzende Abklärungen vornahm und reformatorisch direkt in der Sache entschied. Nach Art. 61 Abs. 1 VwVG bildet der Entscheid in der Sache den Regelfall und ist ein Streitfall nur ausnahmsweise an die untere Instanz zurückzuweisen (vgl. GROSS, a.a.O., Rz. 83 zu Art. 44 KG; ANDRÉ MOSER, in: André Moser/Peter Uebersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel/Frankfurt a.M. 1998, Rz. 3.86 ff.). Der Rekurskommission stand insoweit ein gewisses Ermessen zu. Dass im vorliegenden Fall eine Ausnahmekonstellation gegeben war, ist nicht ersichtlich. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Rekurskommission ergänzende Abklärungen vornahm und reformatorisch direkt in der Sache entschied. Entgegen der Meinung der Wettbewerbskommission war die Rekurskommission als Fach-Beschwerdeinstanz auch gehalten, ihre Kognition auszuschöpfen (vgl. BGE 130 II 449 E. 4.1 S. 452). Dass es ihr bei der Beurteilung technischer oder wirtschaftlicher Spezialfragen ebenfalls zusteht, Zurückhaltung zu wahren (vgl. BGE 130 II 449 E. 4.1 S. 452), verbot ihr vorliegend nicht, die bei ihr angefochtene Verfügung vertieft zu überprüfen. Dies muss umso mehr gelten, als die Vorinstanz ergänzende Sachabklärungen vorgenommen hatte und damit auf einer neuen, ergänzten tatsächlichen Grundlage entscheiden musste.

5.

5.1 Nach Auffassung der Wettbewerbskommission hätte sich die Rekurskommission darauf beschränken müssen, einzig die erstinstanzlich verfügten Auflagen und Bedingungen zu kontrollieren. Sie hätte jedoch nicht prüfen dürfen, ob die Voraussetzungen erfüllt waren, solche Nebenbestimmungen anzuordnen. Die beteiligten sieben Unternehmen hätten nämlich mit ihrer Beschwerde an die Vorinstanz die grundsätzliche Zulässigkeit von Auflagen oder Bedingungen nicht bestritten und kein entsprechendes Rechtsbegehren gestellt. Die Frage der Erfüllung der Eingriffsvoraussetzungen bilde daher nicht Streitgegenstand, wie er sich aus der Dispositionsmaxime ergebe.

5.2 Nach der auch im Beschwerdeverfahren anwendbaren Dispositionsmaxime befindet die Rechtsmittelinstanz in der Regel nur über Rechtsbegehren, die mit der Beschwerde vorgetragen werden. Dieser Grundsatz wird allerdings teilweise durchbrochen. Insbesondere kann gemäss Art. 62 Abs. 1 VwVG die Beschwerdeinstanz eine bei ihr angefochtene Verfügung zu Gunsten einer Partei ändern. Dabei hat sie nach Lehre und Praxis die Befugnis, den angefochtenen Entscheid dem objektiven Recht anzupassen, ohne an die Parteienträge gebunden zu sein (RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel/Frankfurt a.M. 1996, Rz. 1364 f.). Das gilt auch für die eidgenössischen Rekurskommissionen (Art. 71a Abs. 2 VwVG) und mithin ebenfalls für das Verfahren vor der Vorinstanz (GROSS, a.a.O., Rz. 84 zu Art. 44 KG). Immerhin ist dann Zurückhaltung geboten, wenn sich eine allfällige Abänderung des ange-

fochtenen Entscheides für eine private Gegenpartei als Verschlechterung auswirken könnte (MOSER, a.a.O., Rz. 3.92). Diese einschränkende Konstellation liegt hier jedoch nicht vor.

5.3 Die Rekurskommission konnte somit bereits gestützt auf Art. 62 Abs. 1 VwVG die Verfügung der Wettbewerbskommission zu Gunsten der sieben privaten Unternehmen abändern. Damit kommt es nicht darauf an, ob diese in ihrer Beschwerde an die Vorinstanz ausdrücklich ein Rechtsbegehren auf Aufhebung der Nebenbestimmungen gestellt hatten. Immerhin hatten sie damals in ihrer Beschwerdebeurteilung ausgeführt, die Wettbewerbskommission hätte das Zusammenschlussvorhaben bedingungslos zulassen müssen.

6.

6.1 Gemäss Art. 10 Abs. 2 KG kann die Wettbewerbskommission einen meldepflichtigen Zusammenschluss untersagen oder ihn lediglich mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann (Bst. a), und dass der Zusammenschluss keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt (Bst. b).

6.2 Strittig ist im vorliegenden Fall zunächst die Tragweite von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG, namentlich des darin enthaltenen Nebensatzes "durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann". Die Wettbewerbskommission ist im Wesentlichen der Auffassung, diesem Einschub komme keine entscheidende selbstständige Bedeutung zu; es genüge, wenn ein Zusammenschlussvorhaben zu einer beherrschenden Stellung in einem spezifischen Markt führe oder eine solche ausbaue; ob bereits vorher kein wirksamer Wettbewerb bestanden habe, sei unerheblich. Die Rekurskommission geht demgegenüber davon aus, ein Zusammenschluss dürfe nicht verboten oder lediglich mit Auflagen oder Bedingungen genehmigt werden, wenn es bereits vorher keinen wirksamen Wettbewerb auf dem fraglichen Markt gegeben habe und sich insoweit durch das Fusionsprojekt nichts ändere.

6.3 Ein Unternehmenszusammenschluss muss sich auf die Wettbewerbslage auswirken, damit die Wettbewerbsbehörde ihn untersagen oder lediglich unter Auflagen oder Bedingungen zulassen kann. Marktbeherrschung gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG liegt in diesem Sinne nur dann vor, wenn ein Unternehmen auf dem fraglichen Markt wirksamen Wettbewerb beseitigen kann. Es muss demnach über die Möglichkeit verfügen, bereits vorhandene Konkurrenten aus dem Wettbewerb zu drängen oder zu verhindern, dass sich solche ihm gegenüber weiterhin als Konkurrenten verhalten oder dass neue Wettbewerber auftreten (ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, Rz. 783). Die entstandene oder verstärkte marktbeherrschende Stellung muss somit die Gefahr der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs

mit sich bringen. Ein wettbewerbsrechtliches Eingreifen bei der Zusammenschlusskontrolle setzt in diesem Sinne eine mögliche Wettbewerbsbeseitigung durch das Fusionsprojekt voraus (vgl. BORER, a.a.O., Rz. 17 ff. zu Art. 10; DERS., Unternehmenszusammenschlüsse, in: Roger Zäch [Hrsg.], Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, S. 83; DUCREY/DROLSHAMMER, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Rz. 26 ff. zu Art. 10; FRANZ HOFFET, Unternehmenskonzentration, in: GEISER/KRAUSKOPF/MÜNCH [Hrsg.], Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Basel/Genf/München 2005, Rz. 10.39 ff.; SILVIO VENTURI, in: Tercier/Bovet [Hrsg.], Droit de la concurrence, Genf/Basel/München 2002, N 17 ff. zu Art. 10 KG). Gerade auf dieses Kriterium legte der Gesetzgeber grosses Gewicht (vgl. BBI 1995 I 583 f.). Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG verwendet mithin bei der Fusionskontrolle im Vergleich mit Art. 7 Abs. 1 KG, wo es um die Verhaltenskontrolle marktbeherrschender Unternehmen durch die Wettbewerbskommission geht, einen strengeren Begriff der Marktbeherrschung, der höhere Hürden für ein behördliches Eingreifen stellt (BBI 1995 584; ZÄCH, a.a.O., Rz. 784).

6.4 Besteht auf dem fraglichen Markt weder vor noch nach dem Zusammenschluss Wettbewerb und wäre vermehrter Wettbewerb auch nicht zu erwarten, fehlt es an der erforderlichen Wettbewerbswirkung des Fusionsvorhabens. Eine Verweigerung des Zusammenschlusses oder die Anordnung von Nebenbestimmungen sind diesfalls unzulässig. Entscheidend ist demnach, ob im massgebenden sachlichen und gegebenenfalls räumlichen Markt aktueller oder doch - aus einer dynamischen Sichtweise - wenigstens potenzieller Wettbewerb besteht.

6.5 Nach Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, Fusionskontrollverordnung, VKU; SR 251.4) umfasst der sachliche Markt alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in dem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).

7.

7.1 Die Vorinstanz hat die tatsächlichen Verhältnisse betreffend die Nutzung des schweizerischen Übertragungsnetzes vertieft abgeklärt. Die entsprechenden Feststellungen im angefochtenen Entscheid beruhen auf diesen Abklärungen. Da keine qualifizierten Mängel bei der Erhebung des Sachverhaltes im Sinne von Art. 105 Abs. 2 OG vorliegen, ist das Bundesgericht daran gebunden (vgl. E. 3.1).

7.2 Die Feststellungen der Rekurskommission lassen sich wie folgt zusammenfassen:

7.2.1 Alle Höchstspannungsanlagen der gleichen Spannungsebene in der Schweiz sind direkt miteinander und mit entsprechenden ausländischen Höchstspannungsanlagen verbunden. Das hier fragliche

Übertragungsnetz der Schweiz entspricht diesem Höchstspannungsnetz. Es bildet ein einheitliches integrales Netz ohne isolierte Bereiche und wird von den sieben Beschwerdegegnerinnen (und einzig von diesen) gemeinsam genutzt und betrieben. Der elektrische Strom fliesst frei über dieses Netz; es lässt sich nicht feststellen, über wessen Leitungen Strom fliesst, der an einem bestimmten Punkt ins Netz eingespeisen oder vom Netz bezogen wird.

7.2.2 Ins Höchstspannungsnetz eingespeisen wird der Strom aus den ausländischen Übertragungsnetzen und aus den grössten schweizerischen Kraftwerken. Als Strombezügler direkt am Übertragungsnetz angeschlossen sind die überregionalen (teils auch regionalen) Verteilnetze (Hochspannungsnetze), die untereinander nur indirekt über das Übertragungsnetz verbunden sind, sowie einzelne sehr grosse Endverbraucher wie das CERN (Conseil européen pour la recherche nucléaire) in Genf. Auf unterer Stufe sind an die Hochspannungsnetze Mittelspannungsnetze als regionale Verteilnetze und wiederum daran Niederspannungsnetze als lokale Verteilnetze angeschlossen. Während die Verteilnetze der überregionalen, regionalen und lokalen Grob- und Feinverteilung des Stroms dienen, bezweckt das Übertragungsnetz somit die Stromübertragung über grosse Distanzen.

7.2.3 Einzig die Betreiber des Übertragungsnetzes bieten auch Stromübertragungsleistungen auf dem Höchstspannungsnetz an. Die entsprechenden Dienstleistungen werden einerseits zu einem grossen Teil von den Eigentümern des Übertragungsnetzes selbst in Anspruch genommen, soweit diese als integrierte Unternehmen auch Strom produzieren oder damit handeln. Andererseits beziehen auch andere Unternehmen, die direkt am Übertragungsnetz angeschlossen sind, Dienstleistungen, insbesondere die Betreiber der nachgeschalteten Hochspannungsnetze (überregionale und regionale Verteilnetze). Nicht Nachfrager nach Stromübertragungsleistungen sind hingegen Unternehmen auf tieferer Netzebene, insbesondere solche, die an einem Verteilnetz angeschlossen sind.

7.2.4 Zwischen den Betreibern des Übertragungsnetzes und den Elektrizitäts- und Industrierwerken bestehen in der Regel keine direkten Marktbeziehungen, da die letzteren die Stromversorgung und Verteilungsdienstleistungen auf tieferer Netzebene nachfragen. Sie beziehen den Strom somit nicht vom Übertragungs-, sondern vom Verteilnetz.

Unternehmen, die direkt Strom aus dem Übertragungsnetz beziehen, haben aufgrund der Netztopografie und dem Umstand, dass sie in aller Regel nur an der Übertragungsleitung eines einzelnen Übertragungsnetzbetreibers angeschlossen sind, keine Möglichkeit, ohne den Bau zusätzlicher Leitungsanlagen auf einen anderen Übertragungsdienstleister auszuweichen. Der Bau eigener Anlagen für den Direktanschluss an das Übertragungsnetz erfordert hohe Investitionen und bedarf einer Umsetzungsdauer von mindestens etwa fünf Jahren. Überdies ist fraglich, wieweit die Netzbetreiber rechtlich verpflichtet sind, solche Direktanschlüsse zuzulassen.

Zurzeit hat, soweit bekannt, nur ein Elektrizitätswerk, die Elektra Birseck, die Möglichkeit, Strom von mehr als einem Lieferanten aus dem Übertragungsnetz zu beziehen; nur in diesem Sonderfall besteht mithin die faktische Möglichkeit, das Übertragungsnetz über mehr als eines der am vorliegenden Zusammenschlussprojekt Swissgrid AG beteiligten Unternehmen zu nutzen. Kein anderes Elektrizitätswerk hat diese Möglichkeit, und keines kann verschiedene Übertragungstrecken direkt oder indirekt in Anspruch nehmen.

8.

8.1 Im vorliegenden Fall handelt es sich beim massgeblichen sachlichen Markt um denjenigen für Stromübertragung über das Höchstspannungsnetz (Übertragungsnetz). Es geht um die Stromübertragung als Dienstleistung. Geografisch deckt das Übertragungsnetz die ganze Schweiz ab. Nachfrager der Übertragungsleistungen sind die Netzeigentümer selbst sowie diejenigen Marktteilnehmer, die direkt am Übertragungsnetz angeschlossen sind. Dazu gehören Produzenten, Verteilnetzbetreiber und einige wenige sehr grosse Endverbraucher. Als Marktgegenseite scheiden hingegen, wie dargelegt, die Elektrizitäts- und Industriewerke aus, da sie den Strom von einem Lieferanten vom nachgelagerten Verteilnetz und nicht von den Betreibern des Übertragungsnetzes beziehen.

8.2 Für die Prüfung, ob aktueller oder potenzieller Wettbewerb besteht, ist entscheidend, ob ein Unternehmen, das Strom von einer Übertragungsleitung bezieht oder allenfalls darin einspeist und damit direkt die Netznutzungsleistung im Übertragungsnetz beansprucht, auf einen anderen Übertragungsdienstleistungsanbieter ausweichen kann. Das ist unter den aktuellen Umständen - mit der einzigen Ausnahme der Elektra Birseck - nicht der Fall. Das Netz als natürliches Monopol unterliegt in diesem Sinne keinem direkten Wettbewerb (vgl. BBl 2004 1619). Die Möglichkeit des Direktanschlusses eines Unternehmens der Marktgegenseite (Produzenten, Verteilnetzbetreiber, Grösstkunden) besteht lediglich an jeweils einer spezifischen Stelle des Übertragungsnetzes. Es gibt in der Schweiz nur ein einziges, integrales Übertragungsnetz, dessen Leitungen freilich im Eigentum verschiedener Unternehmen stehen. Ein an einem bestimmten Punkt angeschlossener Nachfrager, der das Übertragungsnetz nutzen will, hat keine Ausweichmöglichkeit. Eine Konkurrenz unter den Betreibern des Übertragungsnetzes würde die Existenz von verschiedenen Übertragungsleitungen von und zu denselben Standorten und damit eine Duplizierung der Netzinfrastruktur bedingen. Aber selbst dort, wo verschiedene Übertragungsleitungen in geografischer Nähe vorhanden sind, wären alternative Anschlussleitungen nur mit hohen Investitionen und in einem aufwändigen Verfahren realisierbar.

8.3 Demnach besteht zwischen den am Zusammenschluss beteiligten sieben Unternehmen hinsichtlich der Stromübertragung über das Höchstspannungsnetz weder aktuell noch in einem absehbaren und damit vernünftigen Zeitraum potenziell Wettbewerb.

Die einzige Ausnahme der Elektra Birseck vermag diese Ausgangslage nicht wesentlich zu verändern. Die Zusammenführung des Übertragungsnetzes in einer gemeinsamen Gesellschaft bzw. der einheitliche Netzbetrieb beseitigt mithin Wettbewerb bereits deshalb nicht, weil ein solcher gar nicht existiert und nicht innert vernünftiger Frist realisiert werden kann. Der Zusammenschluss verdrängt keine Konkurrenten vom Markt und hält auch keine davon fern. Damit liegen die Voraussetzungen nach Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG für einen Eingriff der Wettbewerbsbehörden im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle schon aus diesem Grunde nicht vor.

9.

9.1 Erweisen sich behördliche Massnahmen somit bereits gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG als ausgeschlossen, verletzt der angefochtene Entscheid Bundesrecht nicht und braucht nicht mehr geprüft zu werden, ob die übrigen gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt und ob gegebenenfalls die von der Wettbewerbskommission verfügten Auflagen inhaltlich mit dem Bundesrecht vereinbar wären.

9.2 Immerhin rechtfertigt sich im Hinblick auf künftige Verfahren ein ergänzender Hinweis: Der angefochtene Entscheid, der insofern allerdings nicht mehr vollständig überprüft zu werden braucht, erscheint insoweit missverständlich, als die Rekurskommission der Wettbewerbskommission unter Hinweis auf vereinzelte Literaturmeinungen (vgl. etwa DUCREY/DROLSHAMMER, a.a.O., Rz. 49 und Rz. 51 zu Art. 10 KG; ZÄCH, a.a.O., Rz. 835 f.) bei der Festsetzung von Auflagen und Bedingungen ein so genannt "dialogisches Verfahren" vorschreibt.

9.2.1 Art. 10 Abs. 2 KG sieht die Möglichkeit vor, eine Fusion lediglich unter Auflagen oder Bedingungen zu genehmigen. Im Vergleich zu einem Verbot des Zusammenschlusses handelt es sich bei einer Erlaubnis unter Auflagen oder Bedingungen um den milderen staatlichen Eingriff. Auflagen oder Bedingungen zählen zu den Nebenbestimmungen von Verfügungen. Sie sind Modalitäten einer Verfügung und bilden Bestandteil derselben (PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, S. 232 f., Rz. 89). Genauso wie die Hauptbestimmungen werden sie verfügt, d.h. hoheitlich angeordnet. Das gilt auch für Auflagen und Bedingungen nach Art. 10 Abs. 2 KG. Sie sind nicht das Ergebnis eines Verhandlungsprozesses, bilden nicht Gegenstand eines öffentlich-rechtlichen Vertrages und bedürfen keines Konsenses zwischen der Wettbewerbskommission und den am Fusionsvorhaben beteiligten Unternehmen. Ein kooperatives Verwaltungshandeln liegt nur insoweit vor, als die sich zusammenschliessenden Unternehmen zur Meldung ihres Vorhabens und zur Mitwirkung am Prüfungsprozess verpflichtet sind.

9.2.2 Wieweit die beteiligten Unternehmen die Gelegenheit erhalten müssen, sich zu den in Aussicht genommenen Nebenbestimmungen zu äussern, ist eine Frage der Gewährung des rechtlichen Gehörs. Es mag zudem nützlich sein, dass die Wettbewerbsbe-

hörde in Erfahrung zu bringen versucht, mit welchen Auflagen sich die Unternehmen gegebenenfalls abfinden vermögen. Ein solches Vorgehen kann sich etwa aus prozessualen Gründen (zwecks rascherer Prozesserledigung) rechtfertigen. Die Wettbewerbskommission braucht die Einwilligung der beteiligten Unternehmen zu den vorgesehenen Nebenbestimmungen jedoch nicht, sondern hat diese nach den im Spiel stehenden öffentlichen Interessen und unter Wahrung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes festzulegen. Wollen oder können sich die Unternehmen nicht an (zulässige) Auflagen und Bedingungen halten, haben sie, genau gleich wie wenn der Zusammenschluss verboten wird, vom Fusionsprojekt abzu-
sehen.

10.

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

Unter diesen Umständen sind keine Kosten zu erheben (Art. 156 Abs. 2 OG). Hingegen hat die Wettbe-

werbskommission die Beschwerdegegnerinnen für das bundesgerichtliche Verfahren angemessen zu entschädigen (Art. 159 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Es werden keine Kosten erhoben.

3.

Die Wettbewerbskommission hat die Beschwerdegegnerinnen für das bundesgerichtliche Verfahren gemeinsam mit insgesamt CHF [...] zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen schriftlich mitgeteilt.

B 4

2. *Wettbewerbskommission/Berner Zeitung AG, Tamedia AG, Rekurskommission für Wettbewerbsfragen*

Urteil (2A.327/2006) des Bundesgerichts vom 22. Februar 2007 der II. Öffentlich-rechtlichen Abteilung i.S. Wettbewerbskommission gegen Berner Zeitung AG, Tamedia AG und Rekurskommission für Wettbewerbsfragen i.S. Unternehmenszusammenschluss, Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 4. Mai 2006

Sachverhalt:

1.

A.a Die Tamedia AG (mit Sitz in Zürich) ist im Verlagswesen ("TagesAnzeiger", "Sonntagszeitung" usw.), in den elektronischen Medien (Radio 24 AG, Telezüri AG und Radio Basilisk Betriebs AG) sowie in der grafischen Industrie tätig; zudem verfügt sie über verschiedene Internet-Plattformen. Die Tamedia AG hält 49% der Aktien der Berner Zeitung AG (mit Sitz in Bern).

A.b Die Berner Zeitung AG ist ebenfalls im Verlagsgeschäft tätig und gibt die "Berner Zeitung" heraus. Sie ist eine Konzerntochter der Espace Media Groupe, einer Holdinggesellschaft, welche Beteiligungen an Medienunternehmen bzw. Betrieben der grafischen Industrie hält und neben anderen Medienangeboten die Splitausgaben der "Berner Zeitung" ("Thuner Zeitung", "Berner Oberländer" und "Solothurner Tagblatt") verlegt. Die Espace Media Groupe verfügt über 51% der Aktien der Berner Zeitung AG; sie ist zudem mit 97,9% an der Berner Bär Verlags AG beteiligt und hält weiter u.a. Beteiligungen an der TeleBärn AG (81,1%) und an Radio ExtraBern AG (79,9%).

A.c Die 20 Minuten (Schweiz) AG (mit Sitz in Zürich) bezweckt die Herstellung und den Vertrieb von Medienerzeugnissen, Informationsvermittlung und Kommunikation auf allen Stufen; sie gibt die Pendlerzeitung "20 Minuten" heraus, welche als nationaler Titel in sechs Regionalausgaben erscheint.

A.d Der Anzeiger der Stadt Bern wird von einem Verein aus der Stadt Bern und 14 Gemeinden der Region getragen. Bis Ende 2005 war die Bund Verlags AG (BVA) Konzessionsnehmerin für den Anzeiger; in der Folge wurden die Aufträge an die Bieler Gassmann AG (Druckvorstufe), die Vogt-Schild/Habegger Medien in Solothurn (Druck), die Publicitas (Inseratverwaltung) und die Post (Spedition) vergeben.

B.

Am 15. April 2003 kündeten die Tamedia AG und die Berner Zeitung AG dem Sekretariat der Wettbewerbskommission ihre Absicht an, durch die Express Zeitung AG (eine Tochtergesellschaft der Tamedia AG) die Kontrolle über die 20 Minuten (Schweiz) AG zu übernehmen; am 6. Mai 2003 vervollständigten sie ihre Mitteilung. Die beiden Unternehmen sahen in einem Aktienkaufvertrag vom 21. März 2003 vor, die

Berner Zeitung AG an der Express Zeitung AG mit 17,5% zu beteiligen, und legten in einem Aktionärsbindungsvertrag vom gleichen Tag fest, dass für wichtige Entscheide der Express Zeitung AG jeweils Übereinstimmung zu erzielen sei. Ebenfalls am 21. März 2003 wurde ein Aktienkauf- und Aktionärsbindungsvertrag zwischen der 20 Minuten Holding AG und der Express Zeitung AG geschlossen, wonach diese gestaffelt von der 20 Minuten Holding AG alle Aktien der 20 Minuten (Schweiz) AG (zuerst 49,5%, dann weitere 25,25% und schliesslich die restlichen Titel) übernehmen würde. Der Vollzug der Verträge wurde von der Zustimmung der Wettbewerbsbehörden abhängig gemacht. Am 5. Juni 2003 beschloss die Wettbewerbskommission, das Zusammenschlussvorhaben vertieft zu prüfen.

C.

Am 5. August 2003 erhielt das Sekretariat der Wettbewerbskommission die Meldung, die Espace Media Groupe wolle von der "Freie(n) Presse Holding AG" - einer Tochtergesellschaft der "Neue(n) Zürcher Zeitung AG" - eine Minderheitsbeteiligung von 40% des Aktienkapitals an der Bund Verlag AG erwerben. Am 15. September 2003 genehmigte die Wettbewerbskommission die Übernahme der 20 Minuten (Schweiz) AG durch die Tamedia AG bzw. durch deren Tochtergesellschaft, Express Zeitung AG; den Aktienkauf- und Aktionärsbindungsvertrag zwischen der Tamedia AG und der Berner Zeitung AG unterstellte sie jedoch vorsorglich dem kartellgesetzlichen Vollzugsverbot: Indem die Espace Media Groupe eine Minderheitsbeteiligung an der Bund Verlag AG erwerben wolle, schliesse sich der bis anhin wichtigste Konkurrent der Berner Zeitung mit deren Konzernmutter zusammen, womit sich die Verhältnisse auf den regionalen Medienmärkten in Bern wesentlich veränderten, weshalb sich die Berner Zeitung AG einstweilen nicht an der Express Zeitung AG beteiligen dürfe. Am 16. Oktober 2003 beschloss die Wettbewerbskommission, die entsprechende Beteiligung vertieft zu prüfen.

D.

Mit Verfügung vom 19. Januar 2004 erklärte die Wettbewerbskommission den Einstieg der Espace Media Groupe bei der sich in finanziellen Schwierigkeiten befindlichen Bund Verlag AG als im Sinne der "Failing Company Defense" gerechtfertigt und liess den Zusammenschluss "NZZ-Espace-Bund" unter der Bedingung zu, dass vor dessen Vollzug eine Tochtergesellschaft der Bund Verlag AG, die den Lokalradio-sender Radio BE 1 betrieb, aus der Espace Media Groupe ausgegliedert werde. Am gleichen Tag untersagte die Wettbewerbskommission hingegen der Berner Zeitung AG, sich an der Express Zeitung AG bzw. 20 Minuten (Schweiz) AG zu beteiligen; der Aktienkauf- und Aktionärsbindungsvertrag vom 21. März 2003 zwischen Tamedia AG und der Berner

Zeitung AG dürfe nicht vollzogen werden (Ziff. 1 des Dispositivs). Die Wettbewerbskommission begründete diesen Entscheid damit, dass die Gratiszeitung "20 Minuten" nach dem Einstieg der Espace Media Groupe bei der Bund Verlag AG das mit Abstand wichtigste verbleibende Konkurrenzprodukt zur "Berner Zeitung" und zum "Bund" auf dem Leser- und dem Werbemarkt bilde. Durch den Einstieg der Berner Zeitung AG (BZ) bei der 20 Minuten (Schweiz) AG würde eine marktbeherrschende Stellung der Espace Media Groupe im Raum Bern begründet, welche den wirksamen Wettbewerb beseitige.

E.

Die Berner Zeitung AG und die Tamedia AG gelangten hiergegen an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF). Mit Entscheid vom 4. Mai 2006 hiess diese die Beschwerde teilweise gut, hob Ziff. 1 der angefochtenen Verfügung auf und liess die mit Aktienkauf- und Aktionärsbindungsvertrag vom 21. März 2003 zwischen der Tamedia AG und der Berner Zeitung AG vorgesehene Beteiligung der Berner Zeitung AG an der Express Zeitung AG unter der Auflage zu, "dass sich die Espace Media Groupe inskünftig weder direkt noch indirekt über eine mehrheitlich beherrschte Tochtergesellschaft um die Konzessionsvergabe für den 'Anzeiger Region Bern' bewerben" dürfe.

In ihrer Begründung beanstandete die Rekurskommission im Wesentlichen die von der Wettbewerbskommission vorgenommenen Marktabgrenzungen und ersetzte diese durch eine eigene. Gestützt darauf kam sie zum Schluss, dass die gemeldete Beteiligung der Berner Zeitung AG an der Express Zeitung AG (als Eigentümerin der 20 Minuten [Schweiz] AG) unter Auflagen freigegeben werden könne.

F.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 31. Mai 2006 beim Bundesgericht stellt die Wettbewerbskommission den Antrag, den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 4. Mai 2006 aufzuheben. Im Wesentlichen macht sie dabei geltend, der Beschwerdeentscheid verletze Bundesrecht, indem er für die Untersagung eines Zusammenschlussvorhabens bzw. dessen Zulassung unter Bedingungen oder Auflagen voraussetze, dass vor dem Zusammenschluss auf dem relevanten Markt aktueller Wettbewerb bestanden habe, und indem er als zusätzliches qualifizierendes Merkmal in Bezug auf den Marktbeherrschungsbegriff die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs verlange. Auch die von der Rekurskommission vorgenommenen Marktabgrenzungen seien bundesrechtswidrig. Schliesslich habe die Rekurskommission den rechtserheblichen Sachverhalt offensichtlich unrichtig bzw. unvollständig festgestellt, indem sie, ausgehend von einer von ihr als mangelhaft erachteten Aktenlage, von der erstinstanzlichen Verfügung abgewichen sei, ohne den Sachverhalt neu zu erheben.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen enthält sich in ihrer Vernehmlassung vom 30. Juni 2006 eines ausdrücklichen Antrages, macht aber sinnge-

mäss geltend, die Beschwerde sei im Hinblick auf ihr detailliert begründetes Urteil abzuweisen. Die Berner Zeitung AG und die Tamedia AG schliessen auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei.

G.

Mit verfahrensleitender Verfügung vom 21. Juni 2006 erteilte der Präsident der II. Öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts der Beschwerde auf Gesuch der Wettbewerbskommission hin die aufschiebende Wirkung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Da der angefochtene Entscheid vor dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110; AS 2006 1205) ergangen ist, sind vorliegend in prozessualer Hinsicht die altrechtlichen Vorschriften gemäss dem Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (Bundesrechtspflegegesetz, OG; BS 3 S. 351) in dessen zuletzt gültiger Fassung anwendbar (Art. 132 Abs. 1 BGG).

1.2 Gemäss dem Bundesrechtspflegegesetz können Beschwerdeentscheide der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 97 Abs. 1 und Art. 98 Bst. e OG i.V.m. Art. 44 KG; BGE 129 II 18 E. 1.1; 127 III 219 E. 1a; 127 II 32 E. 1a S. 35).

2.

2.1 Zu prüfen ist, ob die Wettbewerbskommission zur Beschwerde an das Bundesgericht legitimiert ist.

2.2 Nach der Rechtsprechung zu Art. 103 Bst. a OG ist die in einem Rechtsmittelverfahren unterlegene Vorinstanz grundsätzlich nicht zur Beschwerde berechtigt. Es genügt für die Beschwerdebefugnis nicht, dass eine Behörde in ihrem Sachbereich eine Rechtsauffassung vertritt, die im Widerspruch zu derjenigen einer anderen oder übergeordneten Instanz steht, auch wenn dadurch die Aufgabenerfüllung erschwert wird. Eine Behörde kann sich insofern nicht auf das allgemeine Beschwerderecht nach Art. 103 Bst. a OG berufen (vgl. BGE 127 II 32 E. 2 S. 36 ff.; 123 II 542 E. 2e S. 545).

2.3 Gemäss Art. 103 Bst. b OG kann jedoch das in der Sache zuständige Departement oder, soweit das Bundesrecht dies vorsieht, die in der Sache zuständige Dienstabteilung der Bundesverwaltung gegen die Verfügung einer eidgenössischen Rekurskommission beim Bundesgericht Beschwerde führen (vgl. zur bisherigen Beschwerdebefugnis des Departements BGE 127 III 219 E. 1b; 127 II 32 E. 1b S. 36; Urteil 2A.198/1997 vom 3.11.1997, E. 1, in ZBI 100/1999 S. 64 ff.).

Nach Art. 15 Abs. 2^{bis} (in der Fassung vom 10.3.2006) der Organisationsverordnung vom 14. Juni 1999 für das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (OV-

EVD; SR 172.216.1) ist die Wettbewerbskommission in ihrem Zuständigkeitsbereich zur Erhebung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht befugt. Zwar liegt insofern eine ausdrückliche spezialgesetzliche Ermächtigung gemäss Art. 103 Bst. b OG vor (vgl. BGE 127 II 32 E. 2c S. 37). Die Wettbewerbskommission ist aber nicht eine Dienstabteilung im Sinne dieser Bestimmung. Art. 19 KG erklärt ausdrücklich, dass die Wettbewerbskommission unabhängig von den Verwaltungsbehörden und nur administrativ dem Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement zugeordnet ist (dazu BGE 127 II 32 E. 3c S. 42; JÜRIG BORER, Kartellgesetz, Zürich 2005, Rz. 1 und 9 zu Art. 19 KG; PHILIPP ZURKINDEN/HANS RUDOLF TRÜEB, Das neue Kartellgesetz, Zürich/Basel/Genf 2004, Rz. 2 zu Art. 18 - 22 KG). Sie übt nicht dieselbe Funktion wie die Bundesämter (der zentralen Bundesverwaltung) aus, an die nach Art. 103 Bst. b OG eine Delegation der Beschwerdebefugnis zulässig ist. Art. 15 Abs. 2^{bis} OV-EVD vermag daher keine Legitimation nach Art. 103 Bst. b OG zu begründen.

2.4 Die Beschwerdelegitimation der Wettbewerbskommission ergibt sich jedoch aus Art. 103 Bst. c OG. Danach ist jede andere Person, Organisation oder Behörde zur Beschwerde befugt, die das Bundesrecht ausdrücklich dazu ermächtigt. Art. 15 Abs. 2^{bis} OV-EVD verschafft der Wettbewerbskommission eine solche besondere Ermächtigung (anderer Meinung, allerdings zur Rechtslage vor dem Inkrafttreten von Art. 15 Abs. 2^{bis} OV-EVD, BALZ GROSS, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, N 90 zu Art. 44 KG, der wegen der Unabhängigkeit der Wettbewerbskommission auch die Befugnis des Volkswirtschaftsdepartements zur Behördenbeschwerde verneint). Diese Grundlage der Legitimation wird freilich mit der Neuordnung der Bundesrechtspflege entfallen. Art. 89 Abs. 2 Bst. d BGG setzt im Unterschied zu Art. 103 Bst. c OG eine Ermächtigung in einem Bundesgesetz voraus (vgl. dazu BBI 2001 4331). Da im vorliegenden Fall aber noch das alte Verfahrensrecht anwendbar ist (vgl. E. 1.1), genügt die Ermächtigung auf Verordnungsstufe als Grundlage der Beschwerdelegitimation der Wettbewerbskommission.

2.5 Die Beschwerdegegnerinnen machen allerdings geltend, die Beschwerdelegitimation der Wettbewerbskommission widerspreche der prozessualen Systematik der wettbewerbsrechtlichen Zusammenschlusskontrolle. Die im Gesetz vorgesehene Meldepflicht der fusionswilligen Unternehmen mit Widerspruchsrecht der Wettbewerbsbehörde schliesse ein Beschwerderecht derselben aus; hebe nämlich die Rekurskommission einen Verbotsentscheid der Wettbewerbskommission auf, komme dies einem Rückzug von deren Widerspruch gleich. Rückzugserklärungen seien jedoch immer endgültig und schliessen ein Verfahren ab.

2.5.1 Zwar ist die Befugnis der verfügenden Behörde, einen Rechtsmittelentscheid wie eine von der Sachfrage betroffene Partei selbst anzufechten, in der Tat atypisch. Die Ermächtigungsnorm von Art. 15 Abs. 2^{bis} OV-EVD stellt insoweit eine Besonderheit dar, die

nicht ohne Weiteres in die übliche Systematik der öffentlichen Rechtspflege passt (vgl. immerhin für den Bereich der direkten Steuern Art. 73 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 14.12.1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden [StHG; SR 642.14] und dazu BGE 123 II 588 E. 1a S. 589 f. sowie Art. 146 des Bundesgesetzes vom 14.12.1990 über die direkte Bundessteuer [DBG; SR 642.11]). Das kann aber für sich allein noch nicht zur Unzulässigkeit der vorgesehenen Regelung führen.

2.5.2 Sodann trifft es zu, wie die Beschwerdegegnerinnen vortragen, dass das Parlament das vom Bundesrat ursprünglich vorgesehene Bewilligungsverfahren durch ein Meldeverfahren mit Widerspruchsmöglichkeit der Wettbewerbskommission ersetzt hat (vgl. JÜRIG BORER, Unternehmenszusammenschlüsse, in: Roger Zäch (Hrsg.), Das neue schweizerische Kartellgesetz, Zürich 1996, S. 74; DUCREY/DROLSHAMMER, in: Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey, a.a.O., N 5 zu Art. 9 KG). Der Zusammenschluss gilt nach Art. 34 KG als zugelassen, wenn die Wettbewerbskommission nicht innert der gesetzlichen Frist von vier Monaten gemäss Art. 33 Abs. 3 KG eine Entscheidung über das gemeldete Fusionsprojekt fällt.

Dieser Umstand ändert indessen nichts daran, dass mit dem Entscheid der Rekurskommission ein beim Bundesgericht anfechtbarer Akt vorliegt, wenn die Wettbewerbskommission den Zusammenschluss zeitgerecht nicht oder nur unter Auflagen oder Bedingungen genehmigt hat und diese Verfügung im Beschwerdeverfahren aufgehoben oder - wie im vorliegenden Fall - abgeändert worden ist. Der Beschwerdeentscheid, mit dem ein verweigerter oder lediglich unter Auflagen genehmigter Zusammenschluss durch die Rekurskommission erlaubt wird, stellt keinen verfahrensabschliessenden Rückzug dar. Das geht schon daraus hervor, dass die Beschwerdeinstanz anstelle des Verbotes die Fusion unter Auflagen zulassen oder die mit einer Genehmigung verbundenen Auflagen ändern kann. Der für die fusionswilligen Unternehmen positive Beschwerdeentscheid entspricht mithin nicht einem bedingungslosen Rückzug, sondern stellt einen normalen Rechtsmittelentscheid dar, der seinerseits den entsprechenden Anfechtungsmöglichkeiten unterliegt.

2.6 Das Beschwerderecht der Bundesbehörden soll den richtigen und rechtsgleichen Vollzug des Bundesverwaltungsrechts sicherstellen. Dabei muss grundsätzlich kein spezifisches öffentliches Interesse an der Anfechtung der Verfügung nachgewiesen werden. Erforderlich ist nur, dass es der beschwerdeführenden Behörde nicht um die Behandlung abstrakter Fragen des objektiven Rechts, sondern um konkrete Rechtsfragen eines tatsächlich bestehenden Einzelfalles geht (vgl. BGE 129 II 1 E. 1.1 S. 3 f.; 128 II 193 E. 1 S. 195, je mit Hinweisen). Im vorliegenden Fall besteht ein solches hinreichendes Interesse der beschwerdeführenden Wettbewerbskommission.

3.

3.1 Mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich einer Überschreitung oder eines Missbrauchs des Ermessens gerügt werden (Art. 104 Bst. a OG). An die Feststellung des Sachverhalts ist das Bundesgericht indessen gebunden, wenn - wie hier mit der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen - eine richterliche Behörde als Vorinstanz entschieden und den Sachverhalt nicht offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften ermittelt hat (Art. 105 Abs. 2 OG). Ausgeschlossen ist die Rüge, der angefochtene Entscheid sei unangemessen (Art. 104 Bst. c OG).

3.2 Das Bundesgericht wendet die massgeblichen Normen des Bundesverwaltungsrechts von Amtes wegen und ohne Beschränkung seiner Kognition an. Dies schliesst indessen nicht aus, dass es sich bei der Beurteilung von ausgesprochenen Fachfragen eine gewisse Zurückhaltung auferlegt. Im Rahmen des so genannten "technischen Ermessens" gesteht es der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen als Vorinstanz mit besonderem Fachwissen bei der Prüfung des Einzelfalls und bei der Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen einen gewissen Beurteilungsspielraum zu, soweit die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte geprüft und die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend vorgenommen wurden (vgl. BGE 126 II 111 E. 3b; 125 II 591 E. 8a S. 604; 117 Ib 114 E. 4b S. 117, mit weiteren Hinweisen; GROSS, a.a.O., N 91 zu Art. 44 KG; vgl. auch STEFAN KELLER, Zum Reko-Entscheid "Berner Zeitung AG, Tamedia AG Wettbewerbskommission, in: sic! 1/2007, S. 55 f.).

4.

4.1 Die Wettbewerbskommission beanstandet in formeller Hinsicht, dass die Rekurskommission ergänzende Abklärungen vornahm und reformatorisch direkt in der Sache entschied. Sie macht überdies geltend, die Rekurskommission habe zu Unrecht ihre Kognition voll ausgeschöpft. Sie habe keine zweckmässiger Lösung geprüft und zu Unrecht ihr eigene Einschätzung an die Stelle der Beurteilung im angefochtenen Entscheid gestellt, obwohl primär die Wettbewerbskommission als erstinstanzliche Fachbehörde für die Konkretisierung und Anwendung des Gesetzes verantwortlich sei. Es bestehe kein triftiger Grund dafür, dass die Rekurskommission von ihrer eigenen, bisher eher zurückhaltenden Praxis abweiche.

4.2 Nach Art. 61 Abs. 1 VwVG bildet der Entscheid in der Sache den Regelfall und ist ein Streitfall nur ausnahmsweise an die untere Instanz zurückzuweisen (vgl. GROSS, a.a.O., Rz. 83 zu Art. 44 KG; ANDRÉ MOSER, in: André Moser/Peter Uebersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel/Frankfurt a.M. 1998, Rz. 3.86 ff.). Der Rekurskommission stand insoweit ein gewisses Ermessen zu. Dass im vorliegenden Fall eine Ausnahmekonstellation gegeben war, ist nicht ersichtlich. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Rekurskommission ergänzende Ab-

klärungen vornahm und reformatorisch direkt in der Sache entschied. Entgegen der Meinung der Wettbewerbskommission war die Rekurskommission als Fach-Beschwerdeinstanz auch gehalten, ihre Kognition auszuschöpfen (vgl. BGE 130 II 449 E. 4.1 S. 452). Dass es ihr bei der Beurteilung technischer oder wirtschaftlicher Spezialfragen ebenfalls zusteht, Zurückhaltung zu wahren (vgl. BGE 130 II 449 E. 4.1 S. 452), verbot ihr vorliegend nicht, die bei ihr angefochtene Verfügung vertieft zu überprüfen. Dies muss umso mehr gelten, als sie ergänzende Sachabklärungen vorgenommen hatte und damit auf einer neuen, ergänzten tatsächlichen Grundlage entscheiden musste. Etwas anderes lässt sich entgegen der Meinung der Wettbewerbskommission auch BGE 131 II 680 ff. nicht entnehmen (vgl. zum Ganzen im Übrigen auch KELLER, a.a.O., S. 55).

5.

5.1 Dem vorliegenden Streitfall liegt im Wesentlichen der Sachverhalt zugrunde, dass sich ein Medienunternehmen, das bisher vor allem eine entgeltliche regionale Tageszeitung verlegte, signifikant an einem anderen Unternehmen beteiligt, die eine nationale Gratiszeitung herausgibt. Strittig ist insbesondere, ob durch den geplanten Unternehmenszusammenschluss der Wettbewerb im fraglichen regionalen Medienmarkt in unzulässiger Weise beeinträchtigt wird. Die Wettbewerbskommission ist dabei zunächst der Ansicht, die Rekurskommission habe den Sachverhalt bei der Abgrenzung des massgeblichen (Werbe)Marktes unvollständig festgestellt.

5.2 Das Verständnis der Abgrenzung des Werbemedienmarktes durch die Vorinstanz weicht von demjenigen der Wettbewerbskommission ab. Die Rekurskommission berief sich dabei darauf, die Wettbewerbskommission habe ihre Abgrenzung auf mangelhafte Umfragen abgestützt bzw. teilweise gar nicht erörtert. Heikel erscheint, dass die Vorinstanz dazu trotzdem keine umfassenden ergänzenden Abklärungen vornahm, sondern ihren Entscheid insoweit vorwiegend mit werbepsychologischen Plausibilitätsüberlegungen begründete. Immerhin stellte sie den massgeblichen Sachverhalt umfassend fest, weshalb dieser nicht unvollständig erhoben worden sein kann, wie die Beschwerdeführerin meint. Fraglich erscheint einzig, ob die tatsächlichen Feststellungen auf einer genügenden Grundlage beruhen.

5.3 Die Vorinstanz konnte sich für ihre Sachverhaltsfeststellungen wenigstens teilweise auf in den Akten liegende Unterlagen abstützen. Dazu zählen insbesondere mehrere von den fusionswilligen Unternehmen im Beschwerdeverfahren eingereichte Gutachten zu den Verhältnissen im Medienmarkt. Die Feststellungen finden darin einzelne Anhaltspunkte. Hinzu kommt, dass die Marktentwicklung zwei Grundannahmen der Wettbewerbskommission widerlegt hatte: Erstens erwies sich die Monopolstellung der Pendlerzeitung "20 Minuten" als angreifbar; während der Hängigkeit des Verfahrens vor der Rekurskommission hatte nämlich die Ringier Mediengruppe (Ringier AG) die Gratiszeitung "heute" lanciert, und in der Westschweiz tat die Edipresse Publications SA in Konkur-

renz zur französischsprachigen Ausgabe "20 minutes" mit "Le Matin bleu" dasselbe. Zweitens verblieb die Konzession für den "Anzeiger Region Bern" nicht bei der Espace Media Groupe, sondern wurde am 14. Juni 2005 an Dritte vergeben.

5.4 Weiter bedingt die Beurteilung künftiger Marktentwicklungen zwangsläufig Annahmen über zukünftige Geschehensabläufe, die ohnehin nur beschränkt überprüfbar sind. Wie sich der Markt aus einer - vom Gesetz her notwendigen - dynamischen Sicht (vgl. E. 6.5) entwickeln wird und ob es vor allem potenziellen Wettbewerb gibt, lässt sich nie völlig gesichert beurteilen, sondern beruht auf mehr oder weniger hypothetischen Annahmen. Hypothetische Abläufe und Prognosen lassen sich naturgemäss nicht strikte beweisen und beruhen zum Teil immer auch auf allgemeiner Lebenserfahrung (vgl. BGE 132 III 715 E. 2.3). Im Gegensatz zu Erfahrungssätzen sind Feststellungen tatsächlicher Natur für das Bundesgericht im Rahmen von Art. 105 Abs. 2 OG verbindlich (vgl. das Urteil 2A.430/2006 vom 6.2.2007, E. 1.5 [Buchpreisbindung]). Es kann insoweit einzig prüfen, ob die von der Rekurskommission gezogenen tatsächlichen Folgerungen in den Akten eine hinreichende Grundlage finden und in sich schlüssig und nachvollziehbar sind. Trifft dies zu, darf es davon mit Blick auf Art. 105 Abs. 2 OG selbst dann nicht abweichen, wenn auch andere Annahmen möglich wären.

5.5 Die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz beruhen auf einer im Vergleich zum Verfahren vor der Wettbewerbskommission erweiterten Beurteilungsgrundlage und sind nachvollziehbar und in sich schlüssig. Sie erweisen sich mithin nicht als offensichtlich unrichtig oder unvollständig im Sinne von Art. 105 Abs. 2 OG, weshalb das Bundesgericht daran gebunden ist.

6.

Gemäss Art. 10 Abs. 2 KG kann die Wettbewerbskommission einen meldepflichtigen Zusammenschluss untersagen oder ihn lediglich mit Bedingungen und Auflagen zulassen, wenn die Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann (Bst. a), und dass der Zusammenschluss keine Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse in einem anderen Markt bewirkt, welche die Nachteile der marktbeherrschenden Stellung überwiegt (Bst. b).

6.2 Im vorliegenden Fall ist zunächst die Tragweite von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG, namentlich des darin enthaltenen Nebensatzes "durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann", strittig. Die Wettbewerbskommission ist im Wesentlichen der Auffassung, diesem Einschub komme keine entscheidende selbstständige Bedeutung zu; es genüge, wenn ein Zusammenschlussvorhaben zu einer beherrschenden Stellung in einem spezifischen Markt führe oder eine solche ausbaue; ob bereits vorher kein wirksamer Wettbewerb bestanden habe, sei unerheblich. Die Rekurskommission geht demgegenüber davon aus, ein Zusammenschluss dürfe nicht verboten oder

lediglich mit Auflagen oder Bedingungen genehmigt werden, wenn es bereits vorher keinen wirksamen Wettbewerb auf dem fraglichen Markt gegeben habe und sich insoweit durch das Fusionsprojekt nichts ändere. Auch in der Lehre wird diese Frage im Übrigen kontrovers beantwortet (vgl. etwa KELLER, a.a.O., S. 56 ff., mit entsprechenden Hinweisen).

6.3 Wieweit dieser Meinungsstreit im vorliegenden Fall überhaupt massgeblich ist, erscheint fraglich (vgl. E. 7.5). Im Vordergrund steht vielmehr die unterschiedliche Beurteilung der Konkurrenzsituation bzw. der Marktabgrenzung durch die beiden Wettbewerbsbehörden. Die Rekurskommission stützt ihren Entscheid allerdings teilweise auch auf die - als nicht erfüllt erkannte - Voraussetzung der Wettbewerbsbeseitigung ab und leitet daraus insoweit die Unzulässigkeit eines behördlichen Eingreifens ab. Das rechtfertigt immerhin, darauf kurz einzugehen.

6.4 Im parallel hängigen Beschwerdeverfahren 2A.325/2006 (Swissgrid) setzte sich das Bundesgericht vertieft mit der Frage auseinander, ob dem Gesichtspunkt der Wettbewerbsbeseitigung der Charakter einer eigenständigen rechtlichen Voraussetzung zukommt oder nicht. Gemäss seinem Urteil vom 13. Februar 2007, E. 6, muss sich eine Fusion auf die Wettbewerbslage auswirken, damit die Wettbewerbsbehörde sie untersagen oder lediglich unter Auflagen oder Bedingungen zulassen kann. Marktbeherrschung gemäss Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG liegt in diesem Sinne nur dann vor, wenn ein Unternehmen auf dem fraglichen Markt wirksamen Wettbewerb beseitigen kann. Es muss demnach über die Möglichkeit verfügen, bereits vorhandene Konkurrenten aus dem Wettbewerb zu drängen oder zu verhindern, dass sich solche ihm gegenüber weiterhin als Konkurrenten verhalten oder dass neue Wettbewerber auftreten. Die entstandene oder verstärkte marktbeherrschende Stellung muss somit die Gefahr der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs mit sich bringen. Ein wettbewerbsrechtliches Eingreifen bei der Zusammenschlusskontrolle setzt in diesem Sinne eine mögliche Wettbewerbsbeseitigung durch das Fusionsprojekt voraus.

6.5 Besteht auf dem fraglichen Markt weder vor noch nach dem Zusammenschluss Wettbewerb und wäre vermehrter Wettbewerb auch nicht zu erwarten, fehlt es somit an der erforderlichen Wettbewerbswirkung des Fusionsvorhabens. Eine Verweigerung des Zusammenschlusses oder die Anordnung von Nebenbestimmungen sind diesfalls unzulässig. Entscheidend ist demnach, ob im massgebenden sachlichen und gegebenenfalls räumlichen Markt aktueller oder doch - aus einer dynamischen Sichtweise - wenigstens potenzieller Wettbewerb besteht.

6.6 Auch für die Frage, ob Wettbewerb beseitigt wird oder nicht, ist aber der massgebliche Markt zu definieren, auf dem die Wettbewerbsituation zu beurteilen ist. Nach Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (Fusionskontrollverordnung, VKU; SR 251.4) umfasst der sachliche Markt alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite

hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in dem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU).

7.

7.1 Der angefochtene Entscheid der Vorinstanz erging vor dem Hintergrund, dass die Medienmärkte gegenwärtig - vor allem wegen des grossen Bedeutungszuwachses der elektronischen Medien - einem erheblichen Wandel unterworfen sind. Die klassischen Printmedien werden zunehmend durch andere Informationsangebote konkurrenziert oder sogar ersetzt. Die traditionellen Regionalzeitungen wie die Berner Zeitung verlieren dadurch - etwas weniger ausgeprägt bei den Lesern, jedoch umso stärker bei den Inserenten - an Bedeutung. Als Folge davon setzen sich auf dem Medienmarkt zunehmend neue zielgruppenspezifische Strategien durch. Für die Einführung innovativer Medienprodukte bedarf es indessen einer erheblichen Finanzkraft und der entsprechenden administrativen Möglichkeiten sowie Managementkapazitäten. Das führt dazu, dass bisher rein regional tätige Verlage ihre Kräfte zusammenlegen und über Beteiligungen an grösseren Medienunternehmen neue Produkte mit überregionaler oder sogar nationaler Ausrichtung anstreben.

Eine solche Strategie bildet der Vertrieb einer überregionalen oder gar nationalen Pendlerzeitung durch ein gemeinsames Unternehmen von bisher regionalen Verlagen, mit der vorwiegend ein junges Publikum auf dem Arbeitsweg entlang der wichtigen öffentlichen Verkehrsachsen angesprochen wird. Beteiligt sich in diesem Sinne ein Regionalverlag an einer bereits bestehenden Pendlerzeitung, wie dies im vorliegenden Fall zutrifft, hat dies regelmässig auch Auswirkungen auf den bisherigen regionalen Medienmarkt. D.h. aber nicht zwingend, dass damit eine kartellrechtlich relevante Situation eintritt bzw. der Wettbewerb in einer Weise beeinflusst wird, die ein Handeln der Wettbewerbsbehörden rechtfertigt. Der Umstand allein, dass derselbe Verlag sowohl im Pendlerzeitungs- als auch im Regionalzeitungsmarkt tätig ist, erfordert in diesem Sinne noch nicht ein kartellrechtliches Eingreifen. Vielmehr ist sorgfältig und gestützt auf eine fundierte Marktanalyse zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen, namentlich diejenigen für die Zulässigkeit bzw. das Verbot eines Unternehmenszusammenschlusses, erfüllt sind.

7.2 Die Wettbewerbskommission bejahte im Wesentlichen eine weit gehende Konkurrenzsituation zwischen Pendlerzeitungen und regionalen Tageszeitungen im hier fraglichen Medienraum Bern. Die Rekurskommission ging demgegenüber bei der Marktabgrenzung von einem differenzierteren Ansatz aus als die Wettbewerbskommission. Insbesondere schloss sie auf einen separaten Markt für Pendlerzeitungen und unterschied im Übrigen zwischen dem Leser- und dem Werbemarkt. Diese Beurteilung beruht, wie dargelegt, auf für das Bundesgericht verbindlichen Sachverhaltsfeststellungen. In rechtlicher Hinsicht stützte

sich die Vorinstanz auf die entsprechenden, wenig griffigen gesetzlichen Kriterien. Bei deren Umsetzung steht ihr bei der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe ein gewisser Beurteilungsspielraum sowie mit Blick auf die spezifischen Fachfragen ein technisches Ermessen zu, das zu einer entsprechenden Zurückhaltung des Bundesgerichts bei der Überprüfung des angefochtenen Entscheides führt. Dies gilt auch für das methodische Vorgehen der Rekurskommission: Gibt das Gesetz wie hier keine bestimmte Methode vor, beschränkt sich das Bundesgericht darauf zu prüfen, ob die Vorgehensweise für die Wahrung der gesetzlichen Vorgaben tauglich erscheint und in sich konsistent verfolgt und umgesetzt wird (vgl. BGE 132 II 257 E. 6.3 S. 276).

7.3 Die Rekurskommission beurteilte die massgeblichen wirtschaftlichen Verhältnisse im Wesentlichen wie folgt:

7.3.1 Was den Lesermarkt betrifft, beherrscht nach Ansicht der Rekurskommission die 20 Minuten (Schweiz) AG (kontrolliert durch die Express Zeitung AG) den Pendlerzeitungsmarkt im Grossraum Bern konkurrenzlos. Die Wettbewerbskommission sei zu Unrecht von einem Lesermarkt als Pendlerzeitungsmarkt und einem Markt für Tageszeitungen ausgegangen. Da Pendlerzeitungen eine andere Leserschaft ansprechen als Tageszeitungen, stehe "20 Minuten" hinsichtlich der untersuchten Regionalzeitungen im Verhältnis der Komplementarität und nicht der Konkurrenz. Es finde dort somit gegenwärtig keinerlei Wettbewerb um dieselben Pendler statt, der wegen des strittigen Beteiligungserwerbs beseitigt werden könne. Der geplante Zusammenschluss vermöge daher keine den Wettbewerb aufhebende marktbeherrschende Stellung der Berner Zeitung AG auf dem regionalen Pendlerzeitungsmarkt zu begründen oder zu verstärken.

7.3.2 Hinsichtlich des Werbemarktes erachtete die Rekurskommission die von der Wettbewerbskommission vorgenommene Abgrenzung auf den Werbemarkt für regionale (und lokale) Anzeigen in Zeitungen in den fraglichen Wirtschaftsgebieten als zu unspezifiziert und wegen der denkbaren unterschiedlichen zielgruppenorientierten Marketingstrategien als zu wenig aussagekräftig. Sie unterschied ihrerseits aufgrund der in der Regionalausgabe Bern von "20 Minuten" typischerweise erscheinenden Inserate drei Werbeteilmärkte: einen ersten für Anzeigenraum für Firmenwerbungen (als Image-, Produkt- oder Dienstleistungswerbung, in informativer, suggestiver oder gemischter Form), einen zweiten für Raum für Rubrikanzeigen (Stellen, Immobilien, Kontaktsuche und sonstige Kleinanzeigen) sowie einen dritten für Ankündigungsanzeigen (Veranstaltungen, Kino etc.).

7.3.3 Für den regional nachgefragten Anzeigenraum für Firmenwerbung in Pendlerzeitungen ist die 20 Minuten Schweiz AG nach Auffassung der Rekurskommission marktbeherrschend, womit der Beteiligungserwerb zu keiner wesentlichen Marktstrukturveränderung führe. Die 20 Minuten (Schweiz) AG beherrsche bereits den sich auf das ganze Verteilgebiet der Regionalausgabe Bern erstreckenden Anzei-

genraum für Firmenwerbung in Pendlerzeitungen konkurrenzlos. Werbeseitig gebe es dort somit keinen Wettbewerb um dieselben zielgruppenorientierten Inserenten, der wegen des strittigen Beteiligungserwerbs beseitigt werden könne.

Beim lokal (insbesondere in der Stadt Bern) nachgefragten Anzeigenraum für Firmenwerbung besteht demgegenüber nach der Beurteilung der Vorinstanz eine direkte Substitutionsbeziehung zu den dort erscheinenden Tageszeitungen "Berner Zeitung" und "Der Bund" sowie den Lokalanzeigern. Der "Anzeiger der Region Bern" bilde jedoch mit seiner hohen Streudichte von 97,23% weiterhin ein geeignetes Substitut, weshalb fusionsrechtlich die Beteiligung der Berner Zeitung AG an der Express Zeitung AG mit der Auflage bewilligt werden könne, dass sich die Espace Media Groupe inskünftig nicht mehr um die Konzessionsvergabe für den "Anzeiger Region Bern" bemühen dürfe. Dieses Vorgehen führe zu einer genügenden Dekonzentration der Marktstellung der Berner Zeitung AG (bzw. ihrer Konzernmutter) betreffend den fraglichen lokalen Anzeigerraum für Firmenwerbung; es werde damit zum Vornherein eine qualifizierte marktbeherrschende Stellung ausgeschlossen, welche Wettbewerb beseitigen könne.

7.3.4 Für die Teilmärkte der Rubrik- und Ankündigungsanzeigen ging die Rekurskommission davon aus, dass durch die Internet-Portale und einen im Sinne der Auflage unabhängigen "Anzeiger Region Bern" genügend Wettbewerbsdruck fortbestehe, welcher der Berner Zeitung AG bzw. ihrer Konzernmutter nicht erlauben werde, sich nach vollzogenem Beteiligungserwerb unabhängig von der Marktgegenseite zu verhalten und ihre Marktstellung zu missbrauchen. Ein wettbewerbsbeseitigender Konzentrationsgrad sei somit auszuschliessen.

7.3.5 Schliesslich ist nach Ansicht der Vorinstanz auch der potenziellen Konkurrenz Rechnung zu tragen: Das Monopol von "20 Minuten" sei im Pendlerzeitungsmarkt durch einen oder mehrere der anderen Grossverlage angreifbar. Dies habe die Marktentwicklung seit der Fällung des Entscheides der Wettbewerbskommission auch gezeigt. Überdies wirke die Umlagerungsmöglichkeit der Werbetreibenden (Plakate, Direktwerbung, Kinowerbung usw.) auf andere Werbemedien ebenfalls disziplinierend, auch wenn diese untereinander nicht als voll substituierbar erschienen.

7.4 Bei einer Gratiszeitung fällt es im Lesermarkt bereits grundsätzlich schwer, von wirtschaftlichem Wettbewerb auszugehen. Weniger problematisch erscheint dies immerhin im Inseratemarkt. So oder so setzte sich die Rekurskommission im angefochtenen Entscheid detailliert mit den Marktverhältnissen auseinander und analysierte diese vertieft. Sie kam zu einer sorgfältigen und gutachterlich unterlegten Beurteilung der Wettbewerbssituation. Unter Beachtung der gesetzlichen Vorgaben nahm sie eine differenzierte Marktanalyse vor und kam zum Schluss, dass das geplante Fusionsprojekt einzig im Hinblick auf den (lokalen) Teilmarkt des Anzeigenraums für Fir-

menwerbung die gesetzlichen Voraussetzungen eines zulässigen Zusammenschlusses nicht erfülle. Den diesbezüglichen Bedenken lasse sich aber mit einer geeigneten Auflage Rechnung tragen.

7.5 Mit Blick auf die festgestellten tatsächlichen Verhältnisse und die damit verbundenen erforderlichen Annahmen sowie unter Berücksichtigung des entsprechenden Ermessens- und Beurteilungsspielraumes verletzt die Beurteilung der Vorinstanz Bundesrecht nicht. Zwar erscheint fraglich, wieweit überhaupt je Wettbewerb auf den massgeblichen Leser- und Werbemärkten bestanden hat; das kann aber letztlich offenbleiben. Die Entwicklung auf dem fraglichen Zeitungsmarkt hat nämlich gezeigt, dass durchaus Konkurrenzprodukte in den Markt drängen bzw. dass die fraglichen Angebote weit gehend substituierbar sind. Die geplante Fusion beseitigt demnach Wettbewerb nicht. Der angefochtene Entscheid trägt dem zutreffend Rechnung.

Die Wettbewerbskommission vermag denn auch nicht wirklich zu erklären, inwiefern der angefochtene Entscheid gegen Bundesrecht verstossen sollte. Sie wendet sich im Wesentlichen eher gegen die Methode der Rekurskommission als dass sie darlegt, weshalb das Ergebnis dem Kartellgesetz widerspricht. Methodisch ist das Vorgehen der Vorinstanz indessen nicht zu beanstanden. Es ist insbesondere nicht ersichtlich, weshalb die Vorgehensweise der Rekurskommission dem Gesetz nicht entsprechen sollte, nachdem dieses gerade für ein behördliches Eingreifen gegen Unternehmenszusammenschlüsse hohe Anforderungen stellt bzw. strenge Voraussetzungen verlangt. Das methodische Vorgehen der Vorinstanz erscheint zur Wahrung der gesetzlichen Vorgaben tauglich und wurde konsequent umgesetzt, und das Ergebnis entspricht der gesetzlichen Regelung. Der angefochtene Entscheid hält damit vor dem Bundesrecht stand.

8.

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen.

Bei diesem Verfahrensausgang sind keine Kosten zu erheben (Art. 156 Abs. 2 OG). Hingegen hat die Wettbewerbskommission die Beschwerdegegnerinnen für das bundesgerichtliche Verfahren angemessen zu entschädigen (Art. 159 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

- 1.** Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.
- 2.** Es werden keine Kosten erhoben.
- 3.** Die Wettbewerbskommission hat die Beschwerdegegnerinnen für das bundesgerichtliche Verfahren gemeinsam mit insgesamt CHF [...] zu entschädigen.
- 4.** Dieses Urteil wird den Parteien und der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen schriftlich mitgeteilt.

B 4

3. TDC Switzerland AG (Sunrise)/Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG

Bundesgerichtsurteil (4C.404/2006) vom 16. Februar 2007 der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. TDC Switzerland AG (Sunrise) (Klägerin und Berufungsklägerin) gegen Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG (Beklagte und Berufungsbeklagte) i.S. Kartellgesetz, Schadenersatz, Berufung gegen das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 3. Oktober 2006

Es wird in Erwägung gezogen:

Sachverhalt:

A.

Die TDC Switzerland AG (Klägerin) ist eine vom Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) konzessionierte Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich, die unter dem Markennamen "Sunrise" als Fernmeldedienstanbieterin tätig ist.

Die Swisscom AG (Beklagte 1) ist eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft mit Sitz in Ittigen. Sie bezweckt die Anbietung von Fernmelde- und Rundfunkdiensten sowie damit zusammenhängenden Produkten und Dienstleistungen im In- und Ausland. Die Swisscom Fixnet AG (Beklagte 2) ist ebenfalls eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Ittigen und bezweckt die Anbietung von Fernmelde- und Informationsdiensten im In- und Ausland, insbesondere im Bereich der Festnetzkommunikation. Die Beklagte 1 ist die Muttergesellschaft der Swisscom-Gruppe, zu der neben der Beklagten 2 insbesondere auch die Swisscom Enterprise Solutions AG als Tochtergesellschaft gehört.

Seit dem 1. August 2001 bietet die Swisscom Enterprise Solutions AG den Service "Office Connex" an, der es den Kunden ermöglicht, eigene über die ganze Schweiz verteilte Standorte kostengünstig miteinander zu verbinden. Der Service basiert auf dem Internetprotokoll (IP) und im Access-Bereich auf der ADSL-Technologie. Das Angebot umfasste asymmetrische Bandbreiten bis zu 3,5 Mbps und symmetrische Bandbreiten bis zu 512 kbps. Den anderen Fernmeldedienstleistern (Wholesale-Kunden) offerierte die Swisscom-Gruppe das Produkt "Broadband Connectivity Service" (BBCS), bot aber anders als den Endkunden nur asymmetrische Bandbreiten an, die sich laut der Klägerin nicht zur Unterbreitung eines ähnlichen Produkts wie "Office Connex" an die Endkunden eignen. Am 7. November 2001 verlangte die Klägerin von der Beklagten 1 schriftlich ein Wholesale-Angebot u.a. für die Bandbreiten bis 3,5 Mbps asymmetrisch und bis 512 kbps symmetrisch. Ab dem 15. November 2002 wurden der Klägerin dann - nach weiteren Interventionen - Bandbreiten von 512 kbps symmetrisch sowie bis zu 2 Mbps asymmetrisch zur Verfügung gestellt.

B.

Mit Klage vom 17. Mai 2004 beantragte die Klägerin vor dem Handelsgericht des Kantons Zürich nebst der Herausgabe von Belegen Folgendes:

"Es seien die Beklagten solidarisch zu verpflichten, nach Wahl der Klägerin (welche nach Durchführung des Beweisverfahrens zu treffen ist):

a) entweder der Klägerin den vom Gericht festzustellenden Schaden, mindestens jedoch CHF 144'000.-, zuzüglich Zins zu 5% seit dem 15. November 2002, zu ersetzen, welcher der Klägerin aus dem widerrechtlichen Verhalten der Beklagten entstanden ist;

b) oder der Klägerin den vom Gericht festzustellenden gesamten Gewinn, mindestens jedoch CHF 144'000.-, zuzüglich Zins zu 5% seit dem 15. November 2002, herauszugeben, den die Beklagten durch ihr widerrechtliches Verhalten erzielt haben."

Die Klägerin begründete ihre Klage damit, dass sich die Beklagten im Sinne von Art. 7 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) unzulässig verhalten hätten. Gestützt auf Art. 12 KG verlangte sie - nach von ihr noch zu treffender Wahl - Schadenersatz oder Herausgabe des unrechtmässig erzielten Gewinnes für die Zeit vom 1. August 2001 bis 14. November 2002.

Die Beklagten hielten dem im Wesentlichen entgegen, dass das Kartellgesetz im vorliegenden Fall keine Anwendung finde, da die Frage des BBCS-Angebots die Interkonnektion betreffe, die abschliessend öffentlich-rechtlich durch die Fernmeldegesetzgebung geregelt sei. Die Beklagten seien zudem (auch) in Bezug auf Breitbanddienste keine marktbeherrschenden Unternehmen im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG und hätten sich nicht missbräuchlich verhalten; insbesondere habe es verschiedene Alternativen für die Klägerin gegeben, um den Endkunden ein "Office Connex" ähnliches Produkt anbieten zu können. Hinzu komme, dass weder bei der Klägerin ein Schaden vorliege noch den Beklagten im relevanten Zeitraum mit "Office Connex" ein Gewinn angefallen sei.

Mit Urteil vom 3. Oktober 2006 wies das Handelsgericht die Klage ab. Den Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG (Verweigerung von Geschäftsbeziehungen) verneinte es mit der Begründung, es wäre mit den Grundsätzen der Einheit der Rechtsordnung und der Rechtssicherheit, insbesondere der Voraussehbarkeit von Rechtspflichten, unvereinbar, der Klägerin Schadenersatz zuzusprechen, weil die Beklagten ihr die Interkonnektion verweigerten, zu der sie nach dem Fernmelderecht gar nicht verpflichtet gewesen seien. Es könne niemand indirekt durch die "Hintertür" des Kartellrechts zu etwas verpflichtet werden, wozu er

aufgrund des Fernmelderechts gerade (noch) nicht verpflichtet sei. Den Tatbestand von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG (Diskriminierung von Handelspartnern) verneinte es ebenfalls mit dem Hinweis, die Beklagten seien aufgrund des Fernmelderechts gerade (noch) nicht verpflichtet gewesen, der Klägerin die von ihr angestrebte Interkonnektion zu gewähren. Würde nun die Zurverfügungstellung der genannten Bandbreiten an die Tochtergesellschaft der Beklagten 1 resp. die Schwestergesellschaft der Beklagten 2 trotzdem als unzulässige Bevorzugung eines Handelspartners resp. als Diskriminierung der anderen Handelspartner und damit auch der Klägerin angesehen, würde damit unter Umständen den Konsumenten überhaupt die Möglichkeit genommen, von einer technischen Neuerung und/oder einem neuen Produkt zu profitieren. Es könne aber nicht der Wille des Gesetzgebers sein, Innovationen vorab zu verhindern. Dabei könne es keine Rolle spielen, ob die Beklagte 1 resp. die Beklagte 2 ihr neues Produkt selber oder via eine Tochter-/Schwestergesellschaft vertrieben hätten, weil dies aus Sicht der nicht "beliefernten" Konkurrenten nichts ändere.

C.

Die Klägerin beantragt mit eidgenössischer Berufung, das Urteil des Handelsgerichts vom 3. Oktober 2006 aufzuheben und die Streitsache zur weiteren Abklärung des Sachverhalts und zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Evtl. seien die Beklagten solidarisch zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 144'000.- zuzüglich Zins zu bezahlen.

Die Beklagte beantragt, die Berufung und damit die Klage abzuweisen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG; SR 173.110) ist am 1. Januar 2007 in Kraft getreten (AS 2006 1205, 1243). Da der angefochtene Entscheid vorher ergangen ist, richtet sich das Verfahren noch nach dem OG (Art. 132 Abs. 1 BGG).

2.

Die Klägerin beantragt im Hauptbegehren Rückweisung an die Vorinstanz. Der Rückweisungsantrag genügt bzw. ist sogar einzig angezeigt, weil das Bundesgericht, sollte es die Rechtsauffassung der Klägerin für begründet erachten, kein Sachurteil fällen könnte, sondern die Streitsache zur weiteren Abklärung des Sachverhalts und zur Prüfung der noch nicht beurteilten Haftungsvoraussetzungen an die Vorinstanz zurückweisen müsste (BGE 132 III 186 E. 1.2; 130 III 136 E. 1.2; 125 III 412 E. 1b S. 414).

3.

Das streitige BBS-Angebot stellt eine Anwendungsform des schnellen Bitstrom-Zugangs dar. Im vorliegenden Fall geht es somit unstrittig um Interkonnektion auf der "letzten Meile". Die Beklagten stellen die Anwendbarkeit des Kartellrechts im Bereich der Inter-

konnektion in Abrede. Die Interkonnektion sei abschliessend im Fernmeldegesetz geregelt.

3.1 Das Kartellgesetz bezweckt nach Art. 1 KG, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern. Beim Erbringen von Fernmeldedienstleistungen hat zudem das Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10) als sektorspezifische Regelung u.a. zum Zweck, einen wirksamen Wettbewerb zu ermöglichen (Art. 1 Abs. 2 Bst. c FMG). Die parallele Anwendbarkeit des allgemeinen Kartellrechts erlaubt es, den Wettbewerb im liberalisierten Telekommunikationsmarkt zu gewährleisten.

3.2 Das Verhältnis des Kartellgesetzes zu anderen Erlassen wird in Art. 3 KG geregelt. Vorbehalten sind Vorschriften, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Dienstleistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG) oder die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Bst. b).

Art. 11 Abs. 1 FMG sieht vor, dass marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten nach den Grundsätzen einer transparenten und kostenorientierten Preisgestaltung auf nicht diskriminierende Weise Interkonnektion gewähren müssen. Interkonnektion bedeutet dabei "die Verbindung von Fernmeldeanlagen und -diensten, die ein fernmeldetechnisches und logisches Zusammenwirken der verbundenen Teile und Dienste sowie den Zugang zu Diensten Dritter ermöglicht" (Art. 3 Bst. e FMG).

Diese Bestimmung stellt keine nach Art. 3 Abs. 1 KG vorbehaltene Vorschrift dar, welche Wettbewerb nicht zuliesse und somit der Anwendung des Kartellgesetzes entgegenstünde. Das Bundesgericht hielt im Zusammenhang mit der Interkonnektionsregelung im Fernmelderecht fest, dass diese besondere sektorische Regelung zur allgemeinen preis- und wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutrete und diese nicht ausschliesse. Soweit die entsprechenden Tatbestände erfüllt seien, liessen sich verpönte Verhaltensweisen oder Preisordnungen marktbeherrschender Fernmeldedienstleister mit den entsprechenden Mitteln bekämpfen. So könne sich z.B. ein Angebotszwang (ohne die weiteren Folgen der Interkonnektion) aus kartellrechtlichen Gründen oder ein behördlicher Eingriff in die Preisgestaltung wegen missbräuchlicher Preise rechtfertigen. Fernmelderecht und Kartellrecht kämen parallel nach ihren jeweiligen Kriterien zur Anwendung, ohne dass das eine dem anderen vorgehe (Urteil 2A.142/2003 vom 5.9.2003, E. 4.1.3, publ. in: sic! 1/2004, S. 48 ff.; Urteil 2A.503/2000 vom 3.10.2001, E. 6c, publ. in: ZBI 103/2002, S. 244 ff. und sic! 1/2002, S. 18 ff.).

Daran ist grundsätzlich festzuhalten und es kann der Ansicht der Beklagten nicht beigegeben werden, wonach das Kartellrecht im Bereich der Interkonnek-

tion von vornherein keine Anwendung finde. Damit ist allerdings noch nicht entschieden, ob der Klägerin ein zivilrechtlicher Anspruch auf Schadenersatz nach Art. 12 KG zusteht, weil die Beklagten ihr im fraglichen Zeitraum (1.8.2001 bis 14.11.2002) das verlangte Wholesale-Angebot nicht gewährten.

4.

Die Klägerin wirft den Beklagten unzulässige Verhaltensweisen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a und b KG vor.

4.1 Nach Art. 7 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 (Abs. 1), insbesondere durch die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Abs. 2 Bst. a) oder die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen (Abs. 2 Bst. b).

4.2 Die Anwendung von Art. 7 KG setzt mithin kumulativ voraus, dass (1.) ein marktbeherrschendes Unternehmen vorliegt, welches (2.) durch den Missbrauch seiner marktbeherrschenden Stellung Wettbewerber behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt.

Bevor diese Tatbestandselemente zu prüfen sind, ist im vorliegenden Fall allerdings vorweg zu beachten, dass die Interkonnektion auf der letzten Meile, um die es hier geht, nicht vom Interkonnektionsregime nach Art. 11 FMG erfasst wird. Nach der Praxis der II. Öffentlich-rechtlichen Abteilung enthält das geltende Fernmelderecht (Art. 11 FMG) keine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage für eine Interkonnektionspflicht der Beklagten 2 beim Teilnehmeranschluss und fehlt damit der vom Bundesrat erlassenen Ordnungsbestimmung (Art. 43 Abs. 1 Bst. a^{quater} und Bst. a^{quinquies} Fernmeldedienstverordnung in der Fassung vom 7.3.2003; AS 2003 S. 544) die erforderliche gesetzliche Grundlage. Die Öffnung der letzten Meile kann nur gestützt auf eine genügend bestimmte, demokratisch erlassene Gesetzesbestimmung im formellen Sinn - mithin durch den Gesetzgeber selber - erfolgen (BGE 132 II 47; 131 II 13).

Mit der Änderung des Fernmeldegesetzes vom 24. März 2006 (BBI 2006 S. 3565; zurzeit noch nicht in Kraft) hat der Gesetzgeber nun eine solche Gesetzesgrundlage geschaffen sowie die Bedingungen und den Rahmen für eine Öffnung der letzten Meile festgelegt. Während des hier relevanten Zeitraumes (1.8.2001 bis 14.11.2002) galt diese Gesetzesgrundlage noch nicht. Vielmehr bot das damals geltende Recht keine hinreichende Grundlage für eine Interkonnektionspflicht auf der letzten Meile.

Bestand zum fraglichen Zeitraum keine Pflicht der Beklagten zur Gewährung des verlangten Wholesale-Angebots, kann die Verweigerung desselben weder nach Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG noch nach Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG als unzulässiges Verhalten der Beklagten

betrachtet werden. Dies hat die Vorinstanz zutreffend erkannt.

4.3 Was die Klägerin dagegen einwendet, verfährt nicht:

Die grundsätzlich parallele Anwendbarkeit von Kartell- und Fernmelderecht kann nicht dazu führen, dass über den Umweg einer Auslegung des allgemeinen Kartellgesetzes auf eine Angebotspflicht im spezifischen Bereich der Interkonnektion auf der letzten Meile zu erkennen wäre. Damit würde ein Widerspruch geschaffen zur Erkenntnis des Bundesgerichts, wonach der Gesetzgeber selber über die Öffnung der letzten Meile entscheiden und die diesbezüglichen Formen und Bedingungen festlegen muss (vgl. insbesondere BGE 131 II 13 E. 6.4.2 S. 28 und E. 6.5.2 f. S. 30 f.). Dieses Primat des Gesetzgebers ist auch im Rahmen der Anwendung des Kartellgesetzes zu respektieren. Dass das Fernmeldegesetz und das Kartellgesetz, wie die Klägerin behauptet, unterschiedliche Eingriffsvoraussetzungen und -möglichkeiten der zuständigen Behörden vorsehen, hilft ihr nicht weiter, da es vorliegend weder um einen behördlichen Eingriff geht noch ersichtlich ist, weshalb wegen solcher allfälliger Unterschiede die fehlende Interkonnektionspflicht beim Teilnehmeranschluss im Rahmen eines geltend gemachten zivilrechtlichen Schadenersatzanspruchs unbeachtet bleiben müsste.

Auch die Kritik der Klägerin gegen die Verneinung des Tatbestands von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG (Diskriminierung) basiert auf ihrer unzutreffenden Auffassung, eine entsprechende Angebotspflicht der Beklagten ergebe sich - trotz fehlender fernmelderechtlicher Interkonnektionspflicht auf der letzten Meile - aus dem allgemeinen Kartellrecht. Wie dargelegt, kann dieser Auffassung nicht gefolgt werden. Die Kritik vermag daher von vornherein nicht durchzudringen, und es ist nicht weiter darauf einzugehen.

5.

Die Berufung ist abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 156 Abs. 1 und Art. 159 Abs. 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Berufung wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtsgebühr von CHF [...] wird der Klägerin auferlegt.

3.

Die Klägerin hat die Beklagten für das bundesgerichtliche Verfahren mit insgesamt CHF [...] zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Handelsgericht des Kantons Zürich schriftlich mitgeteilt.

B 5	Bundesrat Conseil fédéral Consiglio federale
B 5	1. Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband und Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V.

Entscheid des Bundesrates vom 2. Mai 2007 i.S. Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband und Börsenverein des deutschen Buchhandels e.V. (Gesuchstellerinnen) betreffend Ausnahmegesuch gemäss Art. 8 KG - Sammelrevers für den Verkauf preisgebundener Verlagserzeugnisse

Der Schweizerische Bundesrat hat befunden und erwogen:

I

1. Der Schweizer Buchhändler- und Verleger-Verband und der Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V. (nachfolgend Gesuchstellerinnen) haben mit Eingaben vom 2. März 2007 und 2. April 2007 an den Bundesrat das Gesuch um ausnahmsweise Zulassung einer Wettbewerbsabrede nach Art. 8 KG vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251) gestellt.

2. Die Gesuchstellerinnen beantragten am 2. März 2007, es sei im Sinne einer vorsorglichen Massnahme für die Dauer des Gesuchsverfahrens anzuordnen, dass die mit dem bundesgerichtlichen Entscheid vom 6. Februar eingetretene Vollstreckbarkeit der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 21. März 2005 aufgeschoben bleibt und entsprechend die Preisbindung mittels Sammelrevers für preisgebundene Verlagserzeugnisse bis zum Entscheid des Bundesrates über das Gesuch um ausnahmsweise Zulassung wie bis anhin praktiziert werden kann. Diesem Antrag hat das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (EVD) mit einer Zwischenverfügung vom 16. März 2007 entsprochen.

3. Mit der Eingabe vom 2. April 2007 stellten die Gesuchstellerinnen folgende Anträge:

1. Es sei im Sinn einer auf zwei Jahre befristeten, jedoch auf Gesuch hin erstreckbaren und vorläufigen Anordnung der von der Wettbewerbskommission als unzulässige Wettbewerbsbeschränkung qualifizierte Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagserzeugnisse ausnahmsweise aus überwiegenden öffentlichen Interessen bis zum Erlass einer gesetzlichen Regelung über die Buchpreise zuzulassen und den Branchenteilnehmern zu erlauben, deutschsprachige Verlagserzeugnisse weiterhin gestützt auf den Sammelrevers 1993 preisgebunden zu verkaufen.

2. Im Falle der Einstellung der parlamentarischen Arbeiten ohne Erlass einer gesetzlichen Regelung sei den Gesuchstellern das Recht einzuräumen,

innerhalb von dreissig Tagen ein Gesuch um definitive ausnahmsweise Zulassung aus überwiegenden öffentlichen Interessen des von der Wettbewerbskommission als unzulässige Wettbewerbsbeschränkung qualifizierten Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagserzeugnisse einzureichen.

4. Gegenstand des Verfahrens ist der Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagserzeugnisse (Sammelrevers). Damit schliessen die Verleger, die den Sammelrevers unterschreiben, mit allen Buchhändlern, die den Revers ihrerseits unterschrieben haben, einen Preisbindungsvertrag ab. Dabei setzt der Verleger die Endabnahmepreise seiner Bücher fest. Die Buchhändler verpflichten sich, die vom Verleger festgesetzten Preise einzuhalten (Ziff. 1). Ebenso verpflichten sich die Zwischenbuchhändler, nur reversgebundene Händler zu beliefern (Ziff. 5. Abs. 2). Auch Wiederverkäufer, die ausserhalb der Schweiz beliefert werden, müssen für den Fall eines Reimports in die Schweiz auf die Preisbindung verpflichtet werden (Ziff. 5 Abs. 3). Der Formularvertrag regelt zudem die zulässigen Sonderpreise (Rabatte, Subskriptionspreise usw. Ziff. 2, 3 und 4). Der Buchhändler verpflichtet sich bei Anbieten oder Gewähren unzulässiger Nachlässe oder Überschreiten des Ladenpreises zur Bezahlung einer Konventionalstrafe an den Schweizerischen Buchhändler- und Verlegerverband oder an den Verlag, sofern dieser ausnahmsweise Zahlung an sich selber wünscht (Ziff. 6 Abs. 1). Der Verlag kann daneben insbesondere seine Lieferungen einstellen (Ziff. 6 Abs. 2). Der Buchhändler verpflichtet sich, einem vereidigten Buchprüfer Einblick in seine Geschäftsunterlagen zu geben, wenn die begründete Vermutung besteht, dass er gegen die Preisbindung verstösst (Ziff. 7). Desgleichen verpflichtet sich der Verlag zur Bezahlung einer Konventionalstrafe an den Schweizerischen Buchhändler- und Verlegerverband, wenn er seine gebundenen Preise unterbietet oder die Unterbietung durch Dritte veranlasst (Ziff. 6 Abs. 3). Die Verlage sichern eine lückenlose Preisbindung und Gleichbehandlung der Abnehmer in Preisbindungsfragen zu (Ziff. 8). Als Vertreter der einzelnen Verlage wirkt ein Preisbindungstreuhandler, welcher die Preisbindungsverträge der einzelnen Buchhändler entgegennimmt und die Einhaltung der Preisbindung überwacht. Umgekehrt bevollmächtigen die Buchhändler eine Preisbindungsbevollmächtigte oder -beauftragte, welche in ihrem Namen Änderungen des Sammelrevers (insbesondere durch die Aufnahme neuer Verlage) unterzeichnet (Ziff. 11 Abs. 1). Für die Beilegung von Streitigkeiten aus dem Preis-

bindungsvertrag ist ein Schiedsgericht aus einer Liste von Fachrichtern vorgesehen, welche von den Verlagen und den Buchhändlern erstellt wird (Ziff. 10).

Der Sammelrevers legt selber keine Ladenpreise fest; dies ist Sache der einzelnen Verlage. Kein Verleger ist verpflichtet, am Sammelrevers teilzunehmen. Der Schweizerische Buchhändler- und Verleger-Verband verfügt über keine Druckmittel, um Verlage zur Teilnahme zu zwingen. Auch die teilnehmenden Verlage sind sodann nicht verpflichtet, für alle ihre Werke einen gebundenen Preis festzusetzen. Trotzdem gilt für ungefähr 90 Prozent aller deutschsprachigen Bücher, die in der Schweiz verkauft werden, ein vom Verlag festgesetzter Ladenpreis, von dem die Buchhändler nicht bzw. nur in dem vom Sammelrevers vorgesehenen Rahmen (Sonderpreise) abweichen. Nicht festgelegt sind die Konditionen im Verhältnis zwischen den Verlagen und dem Zwischenbuchhandel sowie dem Zwischenbuchhandel und dem Buchhandel.

5. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission eröffnete am 28. September 1998 eine Untersuchung über die Preisbindung im Buchhandel, worauf die Wettbewerbskommission mit Verfügung vom 6. September 1999 feststellte, der Sammelrevers bilde eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 und Abs. 3 KG. In einem ersten Urteil vom 14. August 2002 (BGE 129 II 18) beurteilte das Bundesgericht den Sammelrevers zwar als eine auf der Stufe des Buchhandels horizontal koordinierte vertikale Wettbewerbsabrede über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen, bei der gestützt auf Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG eine Wettbewerbsbeseitigung zu vermuten sei. Es könne als erwiesen erachtet werden, dass auf dem Buchhandelsmarkt neben dem Preis auch die Qualität (des Sortiments, der Beratung) eine erhebliche Bedeutung habe, so dass die Ausschaltung des Preiswettbewerbs nicht zwangsläufig den Wettbewerb an sich beseitige. Damit bestehe neben dem ausgeschalteten Preiswettbewerb ein Qualitätswettbewerb, der relevant erscheine, womit die gesetzliche Vermutung widerlegt sei. Das Bundesgericht wies die Angelegenheit an die Wettbewerbskommission zurück, damit sie prüfe, ob die mit dem Sammelrevers verbundene erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung (Art. 5 Abs. 1 KG) sich allenfalls aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz (Art. 5 Abs. 2 KG) rechtfertigen lasse.

6. In der Folge nahm die Wettbewerbskommission umfangreiche Abklärungen vor. Sie verfügte am 21. März 2005, dass der Sammelrevers eine erhebliche Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 1 KG darstellt, die nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz nach Massgabe von Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt werden kann. Der Sammelrevers stelle folglich eine unzulässige Wettbewerbsabrede dar.

Die gegen diese Verfügung gerichteten Beschwerden wurden von der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen am 11. Juli 2006 und vom Bundesgericht am 6. Februar 2007 abgewiesen.

7. Die Gesuchstellerinnen legen zur Begründung ihres Gesuches um ausnahmsweise Zulassung des als unzulässige Wettbewerbsabrede beurteilten Sammelrevers dar, der Hauptzweck liege darin, im Sinne einer vorläufigen Anordnung den Status quo in der Deutschschweiz zu sichern, damit für die Umsetzung eines in naher Zukunft zu erwartenden gesetzgeberischen Entscheids über eine gesamtschweizerische Lösung sämtliche Handlungsspielräume offen sind. Dies wäre nicht der Fall, wenn durch die Preisfreigabe die deutschschweizer Buchlandschaft irreversibel derart verändert würde, dass die Umsetzung der gesetzgeberischen Massnahmen nicht mehr möglich wäre. Bei einer Preisfreigabe wäre es äusserst fraglich, ob die gesetzliche Regelung auch umsetzbar wäre. Die Folge einer Preisfreigabe wäre ein aus preisbindungsfreien Ländern bekanntes Erscheinungsbild: kleinere und mittlere Buchhandlungen verlören durch die Verdrängung ihre wirtschaftliche Existenz; die Buchhandelslandschaft würde grundlegend verändert, und zwar durch den Markteintritt von im Bestsellersegment punktuell tätigen preisaggressiven Verkaufsstellen ausserhalb des traditionellen Buchhandels und durch Buchhandelsketten, denen zwar bezogen auf die einzelne Verkaufsstelle ein beachtliches, jedoch im Vergleich zu einer Sortimentsbuchhandlung mit Preisbindung doch sehr bescheidenes Sortiment zur Verfügung stünde. Es würden diese Grossabnehmer auf der Handelsstufe sein, welche die Sortimentspolitik der Verlage bestimmen würden.

Ziff. 1 des Antrages in der Eingabe vom 2. April 2007 bezwecke in diesem Sinne die Fortsetzung der vorsorglichen Massnahme. Sollte keine gesetzliche Regelung zu Stande kommen, so wollten die Gesuchstellerinnen ihr Recht wahren, den Antrag auf eine definitive Ausnahmeregelung neu zu stellen (s. Ziff. 2 der Anträge).

8. Zur materiellen Begründung wird ausgeführt, dass die Buchpreisbindung nicht nur wirtschaftliche Effizienzvorteile aufweise (die zwar für eine Rechtfertigung unter Kartellrecht nicht als ausreichend beurteilt wurden), sondern dass darüber hinaus auch die mit ihr einhergehende Titelvielfalt sowohl kulturelle als auch bildungspolitische Interessen nachhaltig fördere. Die Buchpreisbindung fördere eine heterogene Buchhandelslandschaft und bremse den Konzentrationsprozess. Ein dichtes Netz von Buchhandlungen fördere eine Verlagslandschaft, die auch kleine und mittelgrosse Verlage umfasse, so dass ein kulturell wertvolles umfangreiches Sortiment zur Verfügung gestellt werde, was den Schweizer Autoren den Zugang zum Buchmarkt erleichtere. Kein anderes Buchförderungsmittel fördere die kulturell wertvolle Buchlandschaft so nachhaltig und effizient wie die Buchpreisbindung.

//

1. Art. 5 KG legt fest, welche Wettbewerbsbeschränkungen unzulässig sind. Art. 8 KG sieht jedoch auch vor, dass der Bundesrat auf Antrag der Beteiligten Wettbewerbsabreden, die von der zuständigen Behörde für unzulässig erklärt wurden, zulassen kann,

wenn sie in Ausnahmefällen notwendig sind, um überwiegende öffentliche Interessen zu verwirklichen.

Die Gesuchstellerinnen rufen mit ihrem Gesuch Art. 8 KG an. Beim Verfahren nach dieser Bestimmung zur ausnahmsweisen Zulassung von Wettbewerbsabreden aus überwiegendem öffentlichen Interesse handelt es sich somit nicht um die Fortsetzung des Beschwerdeverfahrens gegen die Verfügung der Wettbewerbskommission über die Unzulässigkeit der Wettbewerbsbeschränkung. Es stellt ein besonderes Verfahren im Anschluss an das Beschwerdeverfahren oder anstelle des Beschwerdeverfahrens dar.

Die ausnahmsweise Zulassung ist zeitlich zu beschränken, und sie kann mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden (Art. 31 Abs. 3 KG, YVO HANGARTNER, FELIX PRÜMMER, Die ausnahmsweise Zulassung grundsätzlich unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen und Unternehmenszusammenschlüsse, AJP 9/2004, S. 1100).

2. Das Kartellgesetz will den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung erhalten und fördern (Art. 1 KG). Dementsprechend können nach Art. 5 f. KG auch einzig wirtschaftliche Effizienzgründe einzelne Arten von Wettbewerbsabreden rechtfertigen. Andere Interessen bleiben bei dieser Beurteilung unberücksichtigt. Diese können jedoch - wie erwähnt - im speziellen Verfahren nach Art. 8 KG geltend gemacht werden.

Damit der Bundesrat eine an sich unzulässige Wettbewerbsabrede ausnahmsweise dennoch zulassen kann, müssen verschiedene Voraussetzungen erfüllt sein.

3. In formeller Hinsicht bedarf es zunächst der behördlichen Feststellung der Unzulässigkeit einer Wettbewerbsbeschränkung; sodann müssen die Beteiligten innerhalb von 30 Tagen seit dem Entscheid über die Unzulässigkeit der Wettbewerbsabrede beim Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartement einen Antrag auf ausnahmsweise Zulassung stellen (Art. 31 KG). Diese formellen Voraussetzungen sind mit dem Urteil des Bundesgerichtes vom 6. Februar 2007 (das am 1.3.2007 zugestellt worden ist) und mit den Eingaben der Gesuchstellerinnen von 2. März und vom 2. April 2007 erfüllt. Der Vertreter der Gesuchstellerinnen ist gehörig bevollmächtigt.

4. In materieller Hinsicht sind den von der Wettbewerbskommission festgestellten wettbewerbslichen Nachteilen überwiegende öffentliche Interessen entgegenzusetzen. Das Vorliegen eines überwiegenden öffentlichen Interesses allein genügt aber für sich noch nicht; die Wettbewerbsabrede muss vielmehr nach Art. 8 KG auch noch ein notwendiges Mittel sein, um die überwiegenden öffentlichen Interessen zu wahren. Es genügt somit nicht, dass die unzulässige Wettbewerbsabrede geeignet oder tauglich ist zur Wahrung des angerufenen öffentlichen Interesses; es muss das Erfordernis der Notwendigkeit nachgewiesen werden (RPW 1998/3, S. 478 ff.).

5. Stellten die Gesuchstellerinnen in der Eingabe vom 2. März 2007 noch den Antrag, die Preisbindung sei

ausnahmsweise aus überwiegenden öffentlichen Interessen zuzulassen, ersetzen sie mit der weiteren Eingabe vom 2. April 2007 dieses Begehren durch den Antrag, die ausnahmsweise Zulassung sei im Sinne einer vorläufigen Anordnung vorerst befristet auf zwei Jahre beizubehalten.

Damit wird dem Bundesrat beantragt - statt aufgrund einer einlässlichen Beurteilung zu entscheiden, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die befristete Ausnahme erfüllt sind - die vom EVD am 16. März 2007 verfügten vorsorglichen Massnahmen ohne Weiteres für vorerst zwei Jahre aufrecht zu erhalten. Im Ergebnis käme dies der Gutheissung einer auf vorerst zwei Jahre befristeten Ausnahme gleich. Dem Antrag auf eine solche Erstreckung der vorsorglichen Massnahmen kann offensichtlich nicht gefolgt werden. Abgesehen davon, dass der Entscheid über vorsorgliche Massnahmen in der Zuständigkeit des EVD liegt (Art. 78 des Verwaltungsverfahrensgesetzes, VwVG, SR 172.021), stellt eine der Voraussetzungen für vorsorgliche Massnahmen dar, dass die Endverfügung nicht sofort getroffen werden kann (A. KÖZLI, HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich 1998, N 335). Das ist offenkundig hier nicht der Fall. Das laufende Gesetzgebungsverfahren steht dem Entscheid des Bundesrates nicht entgegen.

Der Umstand, dass der Wegfall der Preisbindung die Tendenz zur Konzentration des Buchhandels möglicherweise verstärken wird, kann die beantragte vorsorgliche Massnahme im Übrigen auch nicht hinreichend begründen. Wie noch zu zeigen sein wird (unten Ziff. 16), ist ein direkter Zusammenhang zwischen Buchpreisbindung und Buchhandelsdichte nicht erstellt. Dasselbe gilt für die Breite des Buchsortiments (unten Ziff. 17). Das Argument, dass nach dem Wegfall der Preisbindung für die Deutschschweiz die Umsetzung der gesetzgeberischen Massnahmen nicht mehr möglich wäre, erweist sich ebenfalls nicht als überzeugend, da mit dem Mittel der Gesetzgebung eine gesamtschweizerische Lösung angestrebt wird - eine Lösung also auch für die Westschweiz und die italienische Schweiz, die keine Preisbindung kennen.

6. Deshalb ist nachfolgend vielmehr gemäss Art. 8 KG zu prüfen, ob öffentliche Interessen geltend gemacht werden und ob diese öffentlichen Interessen im konkreten Fall überwiegen, und weiter, ob die Wettbewerbsabreden zudem notwendig sind, um diese überwiegenden öffentlichen Interessen zu verwirklichen (JÜRGEN BORER, Kommentar zum Kartellgesetz, Zürich 2005, N. 9 zu Art. 8).

7. Weil für die Rechtfertigung nicht jegliches öffentliches Interesse genügt, dieses vielmehr die wettbewerbsrechtlichen Nachteile der unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung überwiegen muss, fallen nur öffentliche Interessen mit einem hohen Stellenwert in der wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Wertordnung in Betracht. Als überwiegende öffentliche Interessen, welche im Rahmen von Art. 8 KG geltend gemacht werden können, nennt die Literatur als Beispiel etwa Arbeitnehmerinteressen, Versorgungssicherheit oder die regionale Versorgung, insbesondere jedoch kulturpolitische Anliegen (Botschaft des Bundesrates

vom 23.11.1994, BBI 1995 I 577; ROGER ZÄCH; Das neue schweizerische Kartellgesetz; Zürich 1996, S. 65; PIERRE RIEDER, Wettbewerb und Kultur, Diss. Bern 1998; RALPH SCHMID, Die ausnahmsweise Zulassung von Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. St. Gallen, 2003, S. 170 ff.). Kulturpolitische Interessen - nämlich die gute Versorgung mit einem breiten Sortiment an Musikalien - hat der Bundesrat in seiner Entscheidung vom 28. September 1998 zum Gesuch des Schweizer Verbands der Musikalien-Händler und Verleger SVMHV um ausnahmsweise Zulassung des Sammelrevers für Musikalien und der Wechselkursumrechnungstabellen für die importierten Musikalien als öffentliche Interessen im Sinne von Art. 8 KG bezeichnet (RPW 1998/3, S. 483 f.). Kulturpolitische Gründe werden ausdrücklich im Zusammenhang mit der Frage einer allfälligen Rechtfertigung der Preisbindung der zweiten Hand für Bücher ins Feld geführt (vgl. dazu auch Amtl. Bull. SR 1995 S. 858).

8. Die Gesuchstellerinnen knüpfen zum Nachweis, dass die materiellen Voraussetzungen, wozu wie erwähnt zunächst die Geltendmachung überwiegender öffentlicher Interessen gehört, an die Effizienzprüfung nach Art. 5 Abs. 1 und 2 KG durch die Wettbewerbsbehörden an und machen geltend, dass das dabei unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten festgestellte negative Ergebnis durch andere öffentliche Interessen positiv überlagert werde, zu deren Verwirklichung die Preisbindung notwendig sei. Als diese anderen öffentlichen Interessen werden namentlich kultur- und bildungspolitische Interessen genannt. Sie würden die von den Wettbewerbsbehörden festgestellten negativen wirtschaftlichen Auswirkungen überlagern, so dass die von der Buchpreisbindung erzielten Ergebnisse in Bezug auf die Leistungen auf der Ebene der Autoren, auf der Ebene der Verlage, auf der Ebene des Handels und für die Konsumentinnen und Konsumenten zu positiven Ergebnissen führen. Für die anvisierten kultur- und bildungspolitischen Ziele wird auf den Bericht "Buch- und Literaturlandschaft der Schweiz" vom 16. Juni 2006 des Instituts für Publizistikwissenschaft und Medienforschung IPMZ der Universität Zürich (Bericht IPMZ) verwiesen. Dieser sieht das übergeordnete kulturpolitische Ziel darin, "das Lesen von Büchern zu stärken und die Attraktivität des Schweizer Buches in allen Schichten und Gruppen der Bevölkerung zu steigern, um dieses hervorragende Mittel zur gesellschaftlichen (Selbst-) Reflexion über die Tagesaktualität hinaus zu stärken" (S. 29). Mit Blick auf dieses Ziel der Stärkung des Lesens von kulturell ausgerichteten Büchern sollen die öffentliche Wahrnehmung des Buches in der Schweiz gesteigert, Massnahmen zur Vermarktung von Büchern unterstützt, Kontaktchancen der Bevölkerung mit Büchern erhöht und die Professionalität entlang der gesamten Wertschöpfungskette sichergestellt werden. Diese Anliegen, machen die Gesuchstellerinnen geltend, liessen sich ohne Buchpreisbindung überhaupt nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand verwirklichen, woraus sich die Notwendigkeit der Buchpreisbindung für die anvisierten kultur- und bildungspolitischen Ziele ergebe.

9. Auf der Ebene der **Autoren**, wird geltend gemacht, erleichtere die Buchpreisbindung den Zugang der Schweizer Autoren zu den Verlagen. Das dank der Buchpreisbindung dichte Buchhandelsnetz sichere die Absatzkanäle, was die Risikobereitschaft der Verlage namentlich im Bereich der Belletristik steigern. Ohne dieses dichte Netz wäre der Zugang der Schweizer Autoren und Schweizer Verlage zum Markt in Frage gestellt.

Auf der Ebene der **Verlage** bewirke die Buchpreisbindung, dass die Risikobereitschaft höher sei, weil sie dank der Möglichkeit, die Titel über das dichte Buchhandelsnetz zu vermarkten, eine breite Mischkalkulation erlaube. Eine breiter abgestützte Mischkalkulation erlaube es, auch kulturell wertvolle Belletristik und Wagnisliteratur noch unbekannter Autoren zu publizieren; während der Verlust von Verkaufsstellen zu einer Straffung des Sortiments und einer vermehrten Ausrichtung auf das Bestseller- und Massengeschäft führe.

Auf der Ebene des **Handels** bewahre die Preisbindung ein dichtes Netz an Buchhandlungen verschiedener Grösse und in allen Regionen, unter Einschluss der für die kulturell wertvolle Literatur besonders wichtigen kleinen und mittleren Buchhandlungen, da ihnen die so genannten Brottitel als Existenzgrundlage erhalten blieben. Bei einem Preiskampf um Bestseller und Literatur des Massensegments, besonders unter Einschluss von Marktteilnehmern ausserhalb des traditionellen Sortimentsbuchhandels, breche das heute noch dichte Buchhandelsnetz zusammen. Die Folge wäre, dass den Verlagen der Absatzkanal für das Randsortiment fehle. Auch die Serviceleistungen des Zwischenbuchhandels könnten nur dank der Buchpreisbindung wirtschaftlich betrieben werden.

Auf der Ebene der **Konsumentinnen und Konsumenten**, wird geltend gemacht, sichere die Preisbindung ein dichtes Netz an Verkaufsstellen auch in ländlichen Gebieten und damit den Zugriff auf ein wertvolles und sehr breites Buchsortiment (gerade im Vergleich mit preisbindungsfreien Ländern) und namentlich auch den Zugang zur Schweizer Literatur.

10. Es ist im Folgenden zu prüfen, ob damit überwiegende öffentliche Interessen geltend gemacht werden, zu deren Verwirklichung die Buchpreisbindung geeignet und notwendig ist.

11. Die Leistungen der Buchpreisbindung auf der Ebene der Autoren, der Verlage, des Handels und der Konsumentinnen und Konsumenten, die nun als öffentliche Interessen bezeichnet werden, sind von den Gesuchstellerinnen im wettbewerbsrechtlichen Verfahren bereits als Effizienzgründe im Sinne von Art. 5 Abs. 1 und 2 vorgebracht worden (vgl. RPW 2006/3, S. 561 ff.), insbesondere unter den Gesichtspunkten der Senkung der Herstellungs- oder Vertriebskosten und der Verbesserung der Produkte oder Produktionsverfahren (vgl. Art. 5 Abs. 2 Bst. a KG).

12. Die Wettbewerbskommission und die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen haben im Rahmen der Effizienzprüfung unter Berücksichtigung aller massgebenden Informationsquellen (Befragung

der betroffenen Unternehmen und Verbände, Studien über den Büchermarkt, Erfahrungen aus anderen Staaten, Erkenntnisse aus der ökonomischen Theorie) den Schluss gezogen, dass die Buchpreisbindung nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit die Erhöhung der Verkaufstellenzahl gewährleistet und dass positive Auswirkungen der Buchpreisbindung weder auf die Titelvielfalt noch auf die Sortimentsbreite und Sortimentstiefe der Buchhandlungen empirisch mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachzuweisen sind (RPW 2005/2 S. 303; RPW 2006/3 S. 561 ff; BGE vom 6.2.2007 E 13.3 ff).

13. Titelvielfalt, Sortimentsbreite und Buchhandelsdichte mögen vom Sammelrevers in einem gewissen Masse beeinflusst werden, aber das Verfahren der Wettbewerbsbehörden hat überzeugend aufgezeigt, dass weder die Zahl der Neuerscheinungen und die Produktvielfalt noch die Buchhandelsdichte und ihre Sortimentstiefe entscheidend durch das Bestehen der Preisbindung bestimmt werden und dass eine Kausalität nicht nachgewiesen werden konnte. Die Feststellung, dass die Verlage mit den erfolgreichen Titeln dank einer nachträglichen Quersubventionierung die Produktion von anspruchsvollen Titeln ermöglichen und dass dadurch die Zahl der Neuerscheinungen und die Produktvielfalt steigt, heisst nicht, dass ein kausaler Zusammenhang mit der Buchpreisbindung besteht. Die Produktion einer grossen Zahl von Titeln, von denen erfahrungsgemäss ein Grossteil verlustbringend ist, stellt ein Instrument der Risikostreuung dar. Es geht um Investitionsentscheide, wie sie keine Besonderheit der Buchbranche darstellen. Es ist nicht ersichtlich, wie die Buchpreisbindung, die die Festsetzung der Endverbrauchspreise durch den Verlag beinhaltet, das Risiko bei der Produktion neuer Titel direkt beeinflusst.

14. Das wird hinsichtlich Titelvielfalt und Sortimentsbreite durch folgende Feststellungen untermauert:

Ein Vergleich der Anzahl der in der Schweiz verlegten **Buchtitel** im Jahre 1980 und 2004 zeigt für deutschsprachige Titel eine Zunahme von 4'682 auf 6'331 (+ 35%), für französischsprachige Titel eine Zunahme von 1'863 auf 2'428 (+ 30%), für italienischsprachige Titel eine Zunahme von 122 auf 383 (+ 213%) und für rätoromanischsprachige Titel eine solche von 23 auf 54 (+ 135%), vgl. Bericht IPMZ S. 4. Entsprechend diesen Zahlen hat der Bundesrat im Bericht vom 28. Juni 2006 in Erfüllung des Postulats Müller-Hemmi (06.3643) "Buch- und Verlagsförderung" - worauf die Gesuchstellerinnen hinweisen - zu Recht den bedeutenden Beitrag der Verlage zum kulturellen Leben der Schweiz betont. Die Zahlen zeigen jedoch, dass dieser Beitrag in gleichem Masse von den Verlagen in der Deutschschweiz und in den übrigen Landesteilen, die keine Preisbindung kennen, erbracht werden und die Preisbindung somit dafür nicht ausschlaggebend ist.

Die jüngsten Zahlen bestätigen diese positive Entwicklung. Im Jahr 2006 verzeichnete die Nationalbibliothek 11'875 neue von Schweizer Verlagen herausgegebene Titel. Gegenüber dem Jahr 2005 (10'128 Titel) bedeutet das eine Zunahme um 17 Prozent. Bei den deutschsprachigen Titeln betrug die Zunahme 16 Pro-

zent (6'797 Titel), bei den französischen Titeln + 20 Prozent (2'374), bei den italienischen Titeln + 6 Prozent (367), während bei den rätoromanischen Titeln die Zunahme 18 Prozent erreichte (40 Titel). Dazu kamen noch 930 mehrsprachige Titel (+ 68%) und 1'367 englischsprachige Titel (- 0,2%). Insgesamt sind in den letzten Jahren in der Schweiz stets zwischen 10'000 und 12'000 Titel veröffentlicht worden.

Nach Sachgruppen aufgeteilt liegt 2006 die Kategorie Literatur mit insgesamt (in allen Sprachen) 2'004 Titeln (+ 8%) an der Spitze, gefolgt von den Musikalien (1'155 Titel, + 12%), der Kunst (1'118 Titel, + 31%) und dem Recht (977 Titel, + 19%).

Aus diesen Zahlen ist der Schluss zu ziehen, dass die Anzahl der in der Schweiz produzierten Titeln steigt, und zwar in allen Sprachgebieten und nicht bloss in der Deutschschweiz mit ihrem System der Preisbindung.

15. Die **Verlage** haben die Gesamtumsätze in der Schweiz zwischen 1996 und 2004 von 983,6 Mio. Franken auf 1'059 Mio. Franken gesteigert, wobei sich der Umsatz mit Büchern von 367,8 auf 392,6 Mio. Franken erhöhte.

Zwischen 2001 und 2005 ist die Zahl der Verlage in der Schweiz von 499 auf 448 gesunken, wobei der Rückgang in der Romandie grösser ausfiel (- 15,1%) als in der Deutschschweiz (- 8,9%). Der Rückgang hat dort stattgefunden, wo die Dichte am höchsten war. 2001 wies die Deutschschweiz einen Verlag pro 15'065 Einwohner auf, während in der Romandie 11'864 Einwohner auf einen Verlag entfielen (italienische Schweiz: 45'749). Die Anzahl der Beschäftigten der Verlage blieb zwischen 2001 und 2005 praktisch stabil.

Auch die Zahlen über die Entwicklungen im Verlagswesen zeigen also keine markanten Unterschiede zwischen der Deutschschweiz mit der Buchpreisbindung und den übrigen Sprachregionen.

16. Die Anzahl **Buchhandlungen** in der Schweiz ist zwischen 1991 und 2005 ziemlich konstant geblieben (Abnahme von 633 auf 599; d.h. - 3,6% oder - 0,24% pro Jahr). Im Jahr 2001 wies die Deutschschweiz eine Buchhandlung pro 12'002 Einwohner auf, während in der Romandie 10'060 Einwohner und in der italienischen Schweiz 10'330 Einwohner auf eine Buchhandlung entfielen. Der Umsatz der Buchhandlungen mit Büchern betrug zwischen 2001 und 2005 stets rund CHF 580 Mio.

Die Buchhandelsdichte hängt nicht direkt von der Existenz der Buchpreisbindung ab. Frankreich weist 2006 eine Buchhandlung pro 24'800 Einwohner auf (Romandie: 10'060), in Deutschland entspricht das Verhältnis etwa dem in der Deutschschweiz (11'457 Einwohner pro Buchhandlung).

Für die Buchhandlungen ist nicht auszuschliessen, dass die Aufhebung der Buchpreisbindung zu einer Verstärkung der Konzentration auf Buchhandlungsstufe führen kann, während kleine Buchhandlungen sich vermehrt spezialisieren müssten. Es ist nämlich weitgehend unbestritten, dass die Buchpreisbindung auf kleine und mittlere Buchhandlungen strukturkonser-

vierend wirkt. Markante Konzentrationstendenzen und ein intensiver Strukturwandel im Buchhandel sind aber auch unter dem Regime der Buchpreisbindung festzustellen. Darauf hat bereits die Bericht "Buchmarkt und Buchpreisbindung in der Schweiz" (Prognos-Studie der Prognos AG) vom September 2001 hingewiesen. Diese Konzentrationstendenzen können für die Zukunft auch durch die Buchpreisbindung nicht aufgehoben werden.

Es ist naheliegend, dass eine möglichst grosse Anzahl von Vertriebsstellen die Kontaktchancen der Bevölkerung mit Büchern erhöht. D.h. indessen nicht, dass diese Kontakte vorzugsweise in der klassischen Sortimentsbuchhandlung erfolgen müssten, so wertvoll ihre speziellen Service- und Beratungsleistungen auch einzuschätzen sind. Die Breite des Sortiments der Buchhandlung, womit sich Grossbuchhandlungen auszeichnen, kann ein ebenso bedeutsames Element darstellen. Alle weiteren Absatzkanäle, wie sie im laufenden Strukturwandel auf dem Markt in Erscheinung treten - Buchhandelsketten, Warenhäuser, Supermärkte, Kioske, Tankstellen, Versandbuchhandel, Internet - oder neue Technologien wie "Books on Demand" leisten dazu ebenso ihren Beitrag. Namentlich der Internetbuchhandel gewinnt an Bedeutung; nach Schätzungen erzielt er bereits zwischen 5 und 15 Prozent des Umsatzes. Die Buchpreisbindung erschwert allenfalls Anpassungsprozesse hin zu diesen anderen Vertriebsformen. Die Vielfältigkeit der Vertriebskanäle kann jedoch die Zahl der Verkaufspunkte für Bücher insgesamt erhöhen.

17. Dass die Konsumentinnen und Konsumenten wegen der Buchpreisbindung Zugang zu einem wertvolleren und breiteren Buchsortiment verfügen, lässt sich nicht schlüssig belegen. Die Gesuchstellerinnen betonen, dass gemäss dem Verzeichnis lieferbarer Titel (VLB) im deutschen Sprachraum gut 930'000 Titel erhältlich sind. Damit stehen der Bevölkerung von 5,22 Mio. Einwohnern in der Deutschschweiz 930'000 Buchtitel zur Verfügung; d.h. ein Buchtitel pro 5,61 Einwohner; für die Romandie sind es 1,72 Mio. Einwohner und gemäss den verfügbaren Angaben der Branche 300'000 lieferbare Buchtitel oder ein Buchtitel pro 5,73 Einwohner. Oder anders betrachtet: den 4,64 Mio. deutschsprachigen Einwohnern der Schweiz stehen 930'000 deutschsprachige Buchtitel zur Verfügung (1 Titel pro 4,98 Personen); den 1,49 Mio. französischsprachigen Einwohnern 300'000 französischsprachige Titel (1 Titel pro 4,95 Personen). Es gibt so gesehen keine unterschiedlichen Verhältniszahlen in der Deutschschweiz und in der Romandie.

Im Verhältnis zur Bevölkerungszahl übersteigt die Zahl der Neuerscheinungen in Deutschland jene der Neuerscheinungen in Frankreich (beides Länder mit Buchpreisbindung) um rund 20 Prozent.

18. Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Gesuchstellerinnen geltend machen, die Buchpreisbindung führe auf allen Ebenen der Buch-Wertschöpfungskette zu positiven Ergebnissen. Diese werden in der Titelvielfalt, Sortimentsbreite und Buchhandelsdichte gesehen. Im Sinne von kultur- und bildungspolitischen Leistungen erleichtere damit die

Preisbindung namentlich für Schweizer Autoren den Zugang zum Buchmarkt, fördere die Herausgabe eines umfassenden, kulturell wertvollen Sortimentes durch mittlere und kleinere Schweizer Verlage, unterstütze eine heterogene Buchhandelslandschaft und stelle den Konsumentinnen und Konsumenten ein kulturell wertvolles Buchsortiment zu tiefen Durchschnittspreisen zur Verfügung. Nach kultur- und bildungspolitischen Gesichtspunkten würden damit die unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten festgestellten negativen Ergebnisse der Preisbindung positiv überlagert. Die Preisbindung sei für deren Verwirklichung notwendig.

Sämtliche Argumente, welche für die Leistungen der Buchpreisbindung im kultur- und bildungspolitischen Sinne angeführt werden, sind indessen bereits im wettbewerblichen Verfahren als Gründe für den Nachweis der wirtschaftlichen Effizienz der Buchpreisbindung ins Feld geführt worden. Wie die umfangreiche und einlässliche Effizienzprüfung durch die Wettbewerbskommission und die ebenso eingehende Überprüfung durch die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ergeben haben - und welche das Bundesgericht seinerseits nicht beanstandet hat - lässt sich eine Kausalität zwischen Buchpreisbindung einerseits und Titelvielfalt, Sortimentsbreite und Buchhandelsdichte andererseits nicht nachweisen, so dass sich damit weder das Argument der wirtschaftlichen Effizienz noch das der kulturpolitischen Leistung begründen lässt. Es kann daher erst recht nicht unterstellt werden, dass die Preisbindung notwendig ist, um die im Gesuch hervorgehobenen Leistungen auf der Ebene der Autoren, der Verlage, des Handels und für die Konsumentinnen und Konsumenten zu erzielen. Die Gesuchstellerinnen bringen dafür denn auch keine neuen oder zusätzlichen Argumente vor. Das Erfordernis, dass die Preisbindung für die Erzielung dieser Leistungen geeignet und notwendig ist, ist nicht nachgewiesen.

Die Zulassung der Buchpreisbindung ist somit wegen des fehlenden Nachweises ihrer Notwendigkeit, überwiegende öffentliche Interessen zu verwirklichen, abzulehnen. Damit wird nicht gesagt, dass Titelvielfalt, Sortimentsbreite oder die Zugänglichkeit zu diesem Angebot nicht von öffentlichem Interesse wären. Diese Ziele können indessen auch ohne Preisbindung erreicht werden - und dies ohne ihre im wettbewerbsrechtlichen Verfahren festgestellten verschiedenen volkswirtschaftlich negativen Wirkungen (RPW 2005/2, S. 273 f.).

19. Die kulturpolitischen Interessen, wie sie auch von den Gesuchstellerinnen angeführt werden, lassen sich auch mit anderen Mitteln verwirklichen als mit der Buchpreisbindung. Dass Bücher in einer möglichst grossen Anzahl und mit einer möglichst grossen Vielfalt produziert und nachgefragt werden und sie zu einem günstigen Preisniveau eine grösstmögliche Zahl von Leserinnen und Lesern finden, ist eine kulturpolitische Aufgabe erster Ordnung. Die Kulturpolitik im Bereich des Buches verfolgt das Ziel, Rahmenbedingungen zu schaffen, welche sowohl die Produktion von möglichst vielen und möglichst vielfältigen Bü-

chern, wie die Nutzung dieses breiten Angebotes durch möglichst viele Leserinnen und Leser zu günstigen Preisen begünstigen.

20. Ein vielseitiges Buchangebot ist nur von Wert, wenn es den Leserinnen und Lesern zugänglich ist.

Dafür kennt die Schweiz im Rahmen ihrer jetzigen Buch- und Verlagsförderung namentlich vier Massnahmen:

- Leseförderung und Kampf gegen Illettrismus, wofür jährlich CHF 1,3 Mio. eingesetzt werden;
- Förderung des Schweizer Buches; 2006 beliefen sich die Beiträge der drei wichtigsten Geldgeber des Bundes (Pro Helvetia, Bundesamt für Kultur und Nationalfonds) auf rund 6,7 Mio. Franken; dazu kamen noch die Beiträge von Seiten der Kantone.
- Indirekte Unterstützung der Nachfrage mittels des reduzierten Mehrwertsteuersatzes von 2,4 Prozent auf Büchern, was einer Entlastung von CHF 40 Mio. - CHF 50 Mio. jährlich entspricht.
- Förderung des Zugangs zum Buch mittels der Unterstützung der Bibliotheken. Die Nationalbibliothek hat 2004 CHF 20,6 Mio. aufgewendet, um die Erzeugnisse, die einen Bezug zur Schweiz haben (Werke, die mit der Schweiz und ihren Bewohnern im Zusammenhang stehen, sowie Werke und Übersetzungen in allen Sprachen von Schweizer Autoren), zu sammeln, zu erschliessen, zu erhalten und zu vermitteln.

Im Einzelnen sei hier nur beispielhaft erwähnt, dass Pro Helvetia Stipendien für literarisches Schreiben, Stipendien an Übersetzer, Druckkostenbeiträge, Beiträge an Übersetzungen in die Landessprachen und in Fremdsprachen gewährt, oder dass der Bund seit langem Bibliomedia - die Stiftung für öffentliche Bibliotheken - unterstützt.

Auch diese Überlegungen sprechen gegen die Notwendigkeit der Buchpreisbindung für die Erreichung der kulturpolitischen Ziele im Buchbereich, wie sie Art. 8 KG für die ausnahmsweise Zulassung voraussetzt.

21. Die Voraussetzungen für die ausnahmsweise Zulassung der Wettbewerbsbeschränkung sind demnach nicht erfüllt, weshalb das Gesuch abzulehnen ist.

22. Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die Gesuchstellerinnen die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 39 KG in Verbindung mit Art. 13 der Verordnung vom 13.9.1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren; SR 172.041.0).

und erkannt:

1. Das Gesuch wird abgelehnt.
2. [Verfahrenskosten]
3. [Eröffnung]

D **Entwicklungen** **Développements** **Sviluppi**

D 2	Bibliografie Bibliographie Bibliografia
------------	--

SCHWEIZ

BIERMANN JÖRG, "Neubestimmung des deutschen und europäischen Kartellsanktionenrechts", ZWeR, 2007/1, S. 1

DROLSHAMMER JENS, "Entwicklungen im Wettbewerbs- und Kartellrecht", SJZ, Nr. 9, Mai 2007, S. 223 ff.

DUCREY PATRIK, "Vertriebsverträge und Kartellrecht", in: Oliver Arter (Hrsg.), Vertriebsverträge, Bern 2007, S. 267 ff.

LANG CHRISTOPH G., JENNY RETO M., "Keine Wettbewerbsabreden im Konzern", sic! 4/2007, S. 299 ff.

STOFFEL WALTER A., "International Mergers: Merger in small economies", International Antitrust Law & Policy, 2007, Chapitre 16, p. 319 ff.

AUSLAND

AVERITT NEIL W., LANDE ROBERT H., "Using The 'Consumer Choice' approach to antitrust law", Antitrust Law Journal, Volume 74, Issue I 2007, p. 175

BAKER JONATHAN B., "Market Definition: An Analytical Overview", Antitrust Law Journal, Volume 74, Issue I 2007, p. 129

EISSLER RALPH, "Der (mitgliedstaatliche) Rechtsschutz gegen fristlose Kündigungen von Kfz-Vertriebsverträgen", European Law Reporter 2/2007, S. 60 ff.

EISSLER RALPH, "Gemeinschaftsgerichtliche Befugnisse bei der Bemessung kartellrechtlicher Bussgelder", European Law Reporter 4/2007, S. 136 ff.

ELLIOTT CAROLINE, ACUTT MEDLINA, "Antitrust Policy: The Impact of Revenue Penalties on Price", Journal of Industry, Competition and Trade, Volume 7, Number 1, March 2007, p. 1

HEYER KEN, "Predicting the Competitive Effects of Mergers by Listening to Customers", Antitrust Law Journal, Volume 74, Issue I 2007, p. 87

KATZ MICHAEL L., SHELANSKI HOWARD A., "Mergers and Innovation", Antitrust Law Journal, Volume 74, Issue I 2007, p. 1

MASSEY PATRICK, "Are Sports Cartles Different?", World Competition Law and Economics Review, Volume 30, Number 1, p. 87

VELJANOVSKI CENTO, "Cartel Fines in Europe", World Competition Law and Economics Review, Volume 30, Number 1, p. 65

WILS WOUTER P.J., "Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice", World Competition Law and Economics Review, Volume 30, Number 1, p. 25

AbkürzungsverzeichnisRegistre 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

GedrV

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
 LAMa 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		
P		U	
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	V	
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
Q		VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
R		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	W	
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	X	
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	Y	
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	Z	
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
S			
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 -
- Abrede 339
- Acquiring -
- Anhörung 193 f., 232, 247 ff., 271, 286, 288, 294 f., 317, 326
- Apotheker/innen 174, 178 f., 185
- Ärzte(-Verband) 174, 178 ff., 183 ff.
- B**
- Banken -
- Befristung des Entscheids -
- Breitbanddienste 314 f., 338
- Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten -
- Domestic Interchange Fee -
- E**
- Effizienzgründe 261, 343 f.
- Effizienzprüfung 344, 346
- Einstellung einer Untersuchung -
- einvernehmliche Regelung 193 f., 200, 226, 229 f., 232, 234, 240
- Erheblichkeit -
- Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
- Grosskunden-Märkte -
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -
- I**
- Indizienbeweis -
- Interchange Fee -
- Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- Kanton Aargau -
- kollektive Marktbeherrschung 265
- Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 180, 201, 235, 253, 299, 306, 313, 328, 335
- Koppelungsgeschäft -
- Kostenraster -
- Krankenversicherer 178 f.
- Kreditkarten 230
- Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -
- L**
- legitimate business reasons 229, 272, 283
- M**
- Marktaufteilung (keine) -
- marktbeherrschende Stellung 179 f., 185, 188, 191 f., 200 f., 213, 217, 229 ff., 239, 241, 245, 250, 252 f., 262, 265 ff., 271, 273, 282, 289 f., 293 f., 296, 298, 304, 307, 309 ff., 313, 315 f., 324, 327, 332, 335 ff.
- Marktgegenseite 180, 182 f., 185, 187, 201 f., 206 ff., 214, 217 ff., 252 f., 256 f., 261, 266, 271 f., 282 f., 289 f., 294, 296, 301, 307 ff., 314, 328 f., 335 f., 337, 340
- Marktorganisation -
- Marktstruktur 209, 217, 301, 320, 336
- Marktzutrittsschranken 215, 218, 220, 257
- Meldepflicht 233, 298, 302, 307, 313, 327, 333, 335
- Missbrauch
- N**
- Netzwerk 193, 202, 208, 211 ff., 244, 261, 300
- Netzwerkkosten -
- Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten -
- potenzieller Wettbewerb 185, 191, 214, 241, 262, 290, 328 f., 335
- Preisabrede (keine) -
- Preisbindung zweiter Hand -
- Privatkliniken -
- Q**
- Quersubventionierung 284, 345
- R**
- Rabatte 214, 222, 272, 341
- Reduktion der Sanktion -
- S**
- Sanktionen 230, 232 ff., 237, 240, 289, 297, 299, 301 f., 324
- Senkung Herstellkosten -
- Submission -
- Submissionskartell -
- T**

Tarife 178, 244 f., 255, 258, 261, 265 f., 268 f., 272, 274, 282 f., 289 ff., 319	Verschulden 232 ff., 297 ff.
Tarifvertrag -	Vierparteiensysteme -
Tierärzte/innen -	vorbehaltene Vorschriften 179, 191, 201, 241, 250 f., 307, 312
Transparenzmassnahmen -	vorgezogene Recyclinggebühren -
<i>U</i>	<i>W</i>
Umstossung der Vermutung -	Wettbewerb um den Markt -
Untersuchung 188, 190 ff., 199 ff., 204, 208, 213, 217, 225, 231 ff., 237 ff., 241, 243, 245 ff., 252 f., 255, 258, 271, 283, 296 ff., 301 f., 303 f., 342	<i>X</i>
unzulässige Wettbewerbsabrede 246, 342 f.	<i>Y</i>
<i>V</i>	<i>Z</i>
vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -	Zahlungsmittel -
Veröffentlichung 324	zweiseitige Märkte -
