

<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>

2007/3

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: 701.000.07/3)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la

concurrency

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>

2007/3

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

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

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

Oktober/octobre/ottobre 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 Artikel 50 ff. KG
	5	Andere Entscheide
	6	Empfehlungen
	7	Stellungnahmen
	8	BGBM
	9	Diverses
	B 3	Bundesverwaltungsgericht
	B 4	Bundesgericht
	B 5	Bundesrat
B 6	Preisüberwacher	
B 7	Kantonale Gerichte	
C	Zivilrechtliche Praxis	
C 1	Kantonale Gerichte	
C 2	Bundesgericht	
D	Entwicklungen	
D 1	Erlasse, Bekanntmachungen	
D 2	Bibliografie	
E	Diverses	

<i>Systématique</i>	A	<i>Rapports d'activité</i>
	A 1	Commission de la concurrence
	A 2	Surveillance des prix
	B	<i>Pratique administrative</i>
	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	<i>Pratique des tribunaux civils</i>	
C 1	Tribunaux cantonaux	
C 2	Tribunal fédéral	
D	<i>Développements</i>	
D 1	Actes législatifs, communications	
D 2	Bibliographie	
E	<i>Divers</i>	

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

B	Verwaltungsrechtliche Praxis <i>Pratique administrative</i> <i>Prassi amministrativa</i>	
B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza	
1.	Vorabklärungen <i>Enquêtes préalables</i> <i>Inchieste preliminari</i>	
1.	NOK - Anschlussbegehren SN Energie AG/EWJR	353
2.	Konsumkredit	364
3.	Anerkennung von Einbruch- und Überfallmeldeanlagen durch das Schweizerische Institut zur Förderung der Sicherheit	382
B 2	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
2.	Untersuchungen <i>Enquêtes</i> <i>Inchieste</i>	
1.	Teleclub AG/Cablecom GmbH/Swisscable	400
2.	Swisscom ADSL	410
3.	Neue Eisenbahn-Alpentransversale (NEAT)	415
3.	Unternehmenszusammenschlüsse <i>Concentrations d'entreprises</i> <i>Concentrazioni di imprese</i>	
1.	voestalpine AG/Böhler-Uddeholm AG	431
2.	Edipresse/Objectif 15-30 Sàrl (GMT)	432
3.	ETDE/MIBAG	437
4.	Norilsk Nickel/LionOre	438
5.	Allianz Capital Partners/Selecta	439
6.	Publicitas AS Venture - Zanox	440
7.	Rasperia Trading Limited, UNIQA Versicherungen AG und Raiffeisen Holding/STRABAG	444
8.	Oel-Pool AG/Oel Hauser AG und Groupe Charmettes SA	445
9.	CT Cinetrade AG/Sportradio AG	446
10.	Swisscom AG/Transmedia Communications SA	449
11.	Tech Date/Actebis	454
12.	ALSTOM Rail Service (Schweiz) AG von ALSTOM Schienenfahrzeuge AG und Schweizerische Bundesbahnen SBB Cargo AG	458
13.	fenaco/Granador	467
14.	TF1 SA/Artemis SA	475
5.	Andere Entscheide <i>Autres décisions</i> <i>Altre decisioni</i>	
1.	Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen	478
2.	Auskunftsverfügung in Sachen Preise von Viagra, Cialis und Levitra	487
6.	Empfehlungen <i>Recommandations</i> <i>Raccomandazioni</i>	
1.	Beschaffung von Zement und Beton für Grossprojekte, beruhend auf den Erfahrungen bei der Neuen Eisenbahn-Alpentransversale (NEAT)	489
C	Zivilrechtliche Praxis <i>Pratique des tribunaux civils</i> <i>Prassi dei tribunali civili</i>	
C 1	Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali	
1.	Ordonnance de mesures provisionnelles de la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois dans la cause divisant A. Cornamusaz d'avec Coopérative des producteurs de fromages d'alpage "l'Etivaz"	495

<i>D</i>	<i>Entwicklungen</i> <i>Développements</i> <i>Sviluppi</i>	
D 2	<i>Bibliografie</i> Bibliographie Bibliografia	508
<i>E</i>	<i>Diverses</i> <i>Divers</i> <i>Diversi</i>	
E 1	1. Stellungnahme des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB)	509
	<i>Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)</i>	513
	<i>Index (deutsch, français e italiano)</i>	515

B **Verwaltungsrechtliche Praxis**
Pratique administrative
Prassi amministrativa

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

B 1	1. Vorabklärungen Enquêtes préalables Inchieste preliminari
B 1.1	1. NOK - Anschlussbegehren SN Energie AG/EWJR

Unzulässige Verhaltenweise; Art. 7 KG

Pratique illicite; art. 7 LCart

Pratiche illecito; art. 7 LCart

Schlussbericht vom 2. Juli 2007 i.S. Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend NOK - Anschlussbegehren SN Energie AG/EWJR wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG.

A SACHVERHALT

A.1 Gegenstand

1. Gegenstand des Verfahrens ist die Frage, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Weigerung der Nordostschweizerische Kraftwerke AG, Baden (nachfolgend NOK), der SN Energie AG, St. Gallen (nachfolgend SN), resp. der EW Jona-Rapperswil AG, Jona (nachfolgend EWJR)¹, einen direkten Anschluss an ihr 50-kV-Netz zu gewähren, eine missbräuchliche Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG darstellt. Die NOK bestreitet den Anspruch auf den Anschluss an eine höhere Netzebene, der von SN und EWJR geltend gemacht wird. Involviert ist ebenfalls die St. Gallisch-Appenzellische Kraftwerke AG, St. Gallen (nachfolgend SAK), die Eigentümerin der Transformatorstationen (nachfolgend Trafostationen) ist, die den Strom vom 50-kV-Netz der NOK auf das 16-kV-Netz der EWJR transformieren. Die von der SAK verlangten Netznutzungsentgelte werden von der SN und der EWJR als Grund für das Begehren um Anschluss an die höhere Netzebene genannt. Sie nennen als weiteren Grund für ihr Anschlussbegehren, dass das Unterwerk Auholz veraltet sei und ersetzt werden müsse. Das von SN und EWJR geplante Unterwerk Jona 2 sei als Erneuerungs- und Ersatzinvestition zu qualifizieren, für dessen Realisierung ein Direktanschluss an das 50-kV Netz der NOK notwendig sei. Gemäss NOK hingegen sind die Unterwerke Jona und Auholz noch funktionstüchtig, auf dem neusten Stand der Technik und somit nicht ersatzungsbedürftig. Wird davon ausgegangen, dass keine technischen Gründe für die Erstel-

lung eines neuen Unterwerks bestehen², handelt es sich bei dem zu prüfenden Sachverhalt um den Bau einer parallelen Trafostation mit dem Ziel, sich an einer höheren Netzebene anzuschliessen (Netzebenenflucht).

2. Die Frage einer allfälligen Missbräuchlichkeit der von SAK angewandten Netznutzungsentgelte ist hingegen nicht Verfahrensgegenstand und würde allenfalls in die Zuständigkeit des Preisüberwachers fallen und nach Inkrafttreten des Stromversorgungsgesetzes (StromVG; BBl 2007, 2335) in die Zuständigkeit der Elektrizitätskommission (EiCom). Ebenfalls nicht Verfahrensgegenstand aufgrund des i.S. der Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes gemeldeten Sachverhalts ist die Frage einer allenfalls unzulässigen Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 KG zwischen der NOK und der SAK.

3. Die **NOK** gehört zu 100% zur Axpo Holding AG, Baden. Die Aktien der Axpo Holding AG befinden sich zu 100% in der Hand der nordostschweizerischen Kantone beziehungsweise deren Kantonswerke. Die NOK ist eine bedeutende Stromproduzentin und betreibt ein 380/220-kV-Übertragungsnetz für den

¹ SN und EWJR bestreiten in ihrer Eingabe vom 14. Mai 2007, dass das Anschlussbegehren ebenfalls von EWJR gestellt wurde und berufen sich dabei auf das formelle Anschlussbegehren der SN vom 21. März 2005, ohne die vorgängigen Anschlussbegehren beider Parteien zu erwähnen, namentlich das Schreiben von EWJR vom 16. April 2004. Aus dem Schreiben vom 21. März 2005 geht zudem hervor, dass SN zusammen mit EWJR die Erweiterung des bestehenden Unterwerks Jona 2 durch eine separate 50(100)/16-kV-Transformationsanlage plant. Die vorliegende kartellrechtliche Beurteilung basiert somit auf dem Sachverhalt, dass SN und EWJR das Anschlussbegehren gestellt haben (mit dem Ziel ein Unterwerk zu erstellen, ab welchem die von SN zu liefernde Energie direkt in das Verteilnetz der EWJR eingespiessen werden kann).

² Nach Angaben von NOK – welche von SN und EWJR bestritten werden – hat ein Unterwerk im allgemeinen eine Lebensdauer von 40 Jahren. Das zu ersetzende Unterwerk ist 18 Jahre alt.

Transport grosser Energiemengen über grössere Distanzen, sowie 110/50-kV-Verteilnetze für die überregionale und 16-kV-Netze für die regionale Verteilung.

4. Die **SAK** ist ein Elektrizitätsunternehmen, dessen Aktienkapital sich im Besitz der Kantone St. Gallen, Appenzell Innerrhoden und Appenzell Ausserrhoden befindet. Die SAK liefern elektrische Energie im Gebiet ihrer Aktionärskantone mit Ausnahme der Städte St. Gallen, Rorschach Rapperswil-Jona und verfügen über eigene Kraftwerke sowie über ein Verteilnetz mit einer Länge von über 1'200 km in Mittelspannung und 2'900 km in Niederspannung mit den entsprechenden Unterwerken und Trafostationen. SAK ist mit 12,501% an der Axpo Holding AG beteiligt.

5. Die **EWJR** versorgt die Stadt Rapperswil-Jona mit elektrischer Energie. Die EWJR betreibt hierzu ein Verteilnetz von 400 km Länge sowie mit den entsprechenden Anlagen. Seit 1999 ist die EWJR an der SN beteiligt, um ihren Strombedarf sicherzustellen³.

6. Die **SN** ist in der Produktion, der Verteilung, der Versorgung und dem Handel mit elektrischer Energie tätig. SN verfügt über eigene Produktionsanlagen sowie ein Leitungsnetz in der Ostschweiz. Die SN bildet zusammen mit den an ihr beteiligten Energieversorgungsunternehmen die SN Energie Gruppe. Diese deckt die gesamte Wertschöpfungskette von der Produktion über den Handel bis zur Übertragung und Endverteilung ab. Rund 25 Prozent der Stromversorgung des Kantons St. Gallen werden von der SN und ihren Aktionärspartnern sichergestellt. Neben der SN bilden die EWJR, die Städte St. Gallen und Rorschach, die Gemeinde Schwanden, das EW Romanshorn, die Stadtwerke Arbon AG und das EW Wald AG die SN Gruppe.

A.2 Verfahren

7. Am 30. März 2005 reichte die NOK bezüglich des oben genannten Sachverhalts eine Meldung im Sinne der Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 ein. Hierzu reichte die SN am 2. Juni 2005 eine Stellungnahme ein. Am 10. März 2006 reichte die NOK eine Ergänzung zur Meldung vom 30. März 2005 ein.

8. Am 16. Juni 2005 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend Sekretariat) eine Vorabklärung im Sinne von Art. 26 KG. Im Rahmen der Vorabklärung wurden die EWJR, die SN, die SAK und die NOK zum Sachverhalt befragt.

9. Am 11. Juli 2005 stellten die SN und die EWJR den Antrag, sich an einer allfälligen Untersuchung als Anzeigenerstatterinnen bzw. Drittparteien zu beteiligen. Mit Schreiben vom 26. Juli 2005 teilte das Sekretariat mit, dass der SN und der EWJR Parteistellung im Sinne von Art. 6 VwVG zukomme.

10. Am 27. Oktober 2005 erteilte das Bundesamt für Energie (nachfolgend BFE) der hierfür ins Leben gerufenen Arbeitsgruppe Parallel-Leitungen (nachfolgend AG Par) den Auftrag, verschiedene Fragestellungen rund um das Thema Bau und Betrieb von Parallel-Leitungen zu analysieren. Hierbei sollten insbesondere folgende Fragen beantwortet werden: Wie soll bei

physischen Netzanschlüssen von Netzanschlussnehmern (Endverbrauchern, Erzeugern) und nachgelagerten Netzbetreibern vorgegangen werden? Nach welchen Grundsätzen soll die Kostenwälzung in diesen Fällen durchgeführt werden? Welchen Stellenwert hat die Solidarisierung durch gleiche Tarife innerhalb eines Kantons oder innerhalb eines Netzbetreibers? Wie sieht die Vorgehensweise in diesem Fall zur Bestimmung der Tarife für Endverbraucher in den betroffenen Netzen aus?

11. Am 31. Oktober 2005 teilte das Sekretariat den Parteien mit, dass die Vorabklärung aufgrund der laufenden Arbeiten der AG Par sistiert werde. Am 28. November 2006 wurde der Bericht der AG Par der Öffentlichkeit zugänglich gemacht⁴. Am 13. Dezember 2006 teilte das Sekretariat nach erfolgter Analyse des Berichts der AG Par den Parteien mit, dass die Vorabklärung weiter geführt wird. Die Parteien wurden am 3. April 2007 eingeladen, zum Entwurf des Schlussberichts Stellung zu nehmen, insbesondere um den Sachverhalt allenfalls zu ergänzen oder zu berichtigen. Die Stellungnahmen von SAK, NOK und EWJR/SN wurden im vorliegenden Schlussbericht berücksichtigt.

B ERWÄGUNGEN

B.1 Geltungsbereich

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

13. 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 NOK ist als solches Unternehmen zu qualifizieren.

14. Die Prüfung der Marktbeherrschung des Unternehmens erfolgt unter Art. 7 KG (Rz. 24). Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form von Marktmacht dar (Vgl. Watt/Migros - EEF, RPW 2001/2, S. 268, Rz. 79; Botschaft zum KG, BBl, S. 547 f.; BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 2005, ad Art. 2, Rz. 14). Wird nachstehend somit die marktbeherrschende Stellung bejaht, wird damit auch das Vorhandensein 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.2 Vorbehaltene Vorschriften

15. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen

³ Aufgrund der Bestimmungen des Partnervertrags hat sich EWJR gegenüber SN verpflichtet, ihren gesamten aktuellen und zukünftigen Versorgungsenergiebedarf in Form von Beteiligungsenergie von SN zu beziehen. SN ihrerseits hat sich verpflichtet, EWJR im Rahmen einer Vollversorgung zu beliefern.

⁴ <http://www.news-service.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/4755.pdf>

Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben (Art. 3 Abs. 2 KG), was für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts indes ohne Bedeutung ist.

16. Zumindest dann, wenn das betroffene Unternehmen das Vorhandensein vorbehaltenen Vorschriften rechtzeitig, substantiiert und nicht offensichtlich unbegründet behauptet, ist das Bestehen solcher Vorschriften regelmässig vorab zu klären, weil davon einerseits die Zulässigkeit weiterer Untersuchungs-massnahmen und andererseits die allfällige Zuständigkeit anderer Behörden abhängt (BGE 2A.492/2002, E. 5.2.3). Im vorliegenden Fall machen die Parteien das Vorhandensein vorbehaltenen Vorschriften geltend.

17. Eine vorbehaltene Vorschrift gemäss Art. 3 Abs. 1 KG kann sich grundsätzlich aus dem Bundesrecht, dem kantonalen Recht und allenfalls aus dem kommunalen Recht ergeben (Watt/Migros - EEF; RPW 2001/2, S. 278, Rz. 137). Nur wenn sich tatsächlich die Schaffung einer ganzheitlichen Markt- und Preisordnung feststellen lässt, kann ein Vorbehalt bezogen auf einen bestimmten Markt angenommen werden. In allen übrigen Fällen beschränkt sich der Vorbehalt auf die Zuweisung bestimmter öffentlicher Aufgaben an einen bestimmten Unternehmensträger, der zur Erfüllung dieser Aufgaben mit besonderen Rechten ausgestattet ist. Nur für den engen Bereich dieser spezifischen Aufgabenerfüllung kann sich dieser Unternehmensträger auf den Vorbehalt im Kartellgesetz berufen. Soweit für die Erfüllung dieser Aufgabe jedoch noch Raum für die Anwendung wettbewerbsrechtlicher Prinzipien bleibt, ist das Kartellgesetz uneingeschränkt anwendbar (BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Orell Füssli, 2005, ad Art. 3; Rz. 5; BGE 129 II 497, E. 3.3.1; Axpo Vertriebspartnerschaften, RPW 2006/2, S. 230, Rz. 26).

18. Die Elektrizitätsmärkte waren in der Vergangenheit wiederholt Gegenstand kartellrechtlicher Verfahren. Im Bundesrecht bestehen demnach in Bezug auf die Elektrizitätsversorgung und/oder die Elektrizitätsverteilung keine vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG (Watt/Migros - EEF; RPW 2001/2, S. 278 f., Ziff. 138 ff.; BGE 129 II 497, E. 3; Axpo Vertriebspartnerschaften, RPW 2006/2, S. 230, Rz. 27; vgl. auch Kratz, Wird der langfristige Stromlieferungsvertrag bald ausgedient haben?, Jusletter, 24. Januar 2005, Rz. 11).

19. Die NOK macht geltend, dass im vorliegenden Fall aufgrund des "Vertrages zwischen den Kantonen Aargau, Glarus, Zürich, St. Gallen, Thurgau, Schaffhausen, Schwyz, Appenzell A.-Rh. und Zug vom 22. März 1914 betreffend Gründung der Gesellschaft der Nordostschweizerischen Kraftwerke AG" (NOK-Gründungsvertrag, Zürcher Gesetzessammlung 732.2) eine vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG bestehe. Nach Auffassung der NOK liegt sowohl

ein Vorbehalt gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG als auch gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG vor.

20. In der Untersuchung betreffend Axpo Vertriebspartnerschaften (RPW 2006/2, S. 230 f., Rz. 28 ff.) kam die Wettbewerbskommission bei der Beurteilung eines anderen Sachverhalts zum Schluss, dass der NOK-Gründungsvertrag, insbesondere der vorliegend geltend gemachte § 4, keine Grundlage für eine vorbehaltene Vorschrift gemäss Art. 3 KG bietet, worauf vorliegend verwiesen werden kann. Dabei ist es unerheblich, ob die in § 4 stipulierte Gleichbehandlungspflicht nicht nur die Energielieferung, sondern auch die Netznutzung inkl. der entsprechenden Anschlüsse umfasst. Auch im Vertrag zwischen den Kantonen St. Gallen und Appenzell A.Rh. (Ausserrhoden) betreffend die Gründung einer Gesellschaft "St. Gallisch-Appenzellische Kraftwerke AG" vom 28./29. August 1914 (SAK-Gründungsvertrag; Ausserrhodische Gesetzessammlung 751.212) finden sich keine Bestimmungen, welche bezüglich des vorliegenden Sachverhalts eine vorbehaltene Vorschrift begründen könnten (vgl. Axpo Vertriebspartnerschaften (RPW 2006/2, S. 230 f., Rz. 55 ff.)).

21. Unter Berufung auf RHINOW/SCHMID/BIAGGINI (Öffentliches Wirtschaftsrecht, 1998, S. 365) macht die NOK geltend, dass öffentliche Unternehmen wie die NOK und die SAK an die Grundrechte gebunden seien und insbesondere die Rechtsgleichheit zu beachten hätten, was eine Privilegierung einzelner Wirtschaftssubjekte ausschliesse. Weiter macht die NOK geltend, dass eine rechtsgleiche Behandlung für die Elektrizitätsversorgung bedeute, dass die Verbraucher eines Unternehmens den gleichen Tarif in Anspruch nehmen können. Faktoren wie die Benutzungsdauer oder die Menge führen zu verschiedenen Tarifen, nicht aber die geographische Lage. Der Bericht der AG Par enthält hierzu folgende Ausführungen: „Die Preissolidarität bei der Bemessung der Netznutzungsentschädigung ist eine Ausprägung der von der Bundesverfassung gewährleisteten Rechtsgleichheit. Kein öffentliches Unternehmen darf heute seine Kunden rechtungleich behandeln. Das gilt insbesondere auch bei öffentlichen Leistungsaufträgen mit Tarifvorgaben nach Gebührengrundsätzen. Dabei ist die Distanz zwischen Lieferant und Endverbraucher nach langjähriger, allgemein anerkannter und selbstverständlicher Praxis kein Kriterium zur Differenzierung der Tarife für die Elektrizitätsversorgung. Die Preissolidarität erstreckt sich auf die Tarife einer Unternehmung. Die Differenzierung nach einzelnen Kundengruppen ist zulässig und bis zu einem gewissen, verhältnismässigen Ausmass erforderlich und geboten“. Ob die praktizierte Preissolidarität tatsächlich verfassungsrechtlich vorgegeben ist, ist jedoch nicht abschliessend geklärt, zumal eine rechtsgleiche Behandlung aller Kunden aufgrund unterschiedlicher geographischer Lage letztlich auch wieder ein Element der Ungleichbehandlung enthält. Selbst wenn die Preissolidarität eine Ausprägung der verfassungsrechtlich vorgeschriebenen Rechtsgleichheit darstellen würde, erscheinen verfassungsrechtliche Überlegungen zur Gleichbehandlungspflicht, denen öffentliche Unternehmen unterworfen sind, im vorliegenden Fall nicht geeignet ei-

nen Vorbehalt im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG zu begründen. Die Preissolidarität verpflichtet NOK lediglich, ihren Abnehmern gleich hohe Tarife in Rechnung zu stellen. Dies ist auch möglich, wenn sich durch eine allfällige Netzebenenflucht der Durchschnittstarif für die bleibenden Abnehmer erhöht oder senkt. Die verfassungsrechtlich statuierte Gleichbehandlungspflicht verpflichtet NOK nicht, ein Anschlussbegehren abzulehnen, sondern die allfälligen Konsequenzen der Gewährung des Gesuchs zu tragen, namentlich die Tarife ihrer Abnehmer an die neue Situation anzupassen. Die Preissolidarität ist somit nicht als Vorschrift zu qualifizieren, die den Wettbewerb – wenn die Möglichkeit eines Netzanschlusswechsels als Wettbewerb qualifiziert würde – nicht zulässt i.S. von Art. 3 Abs. 1 KG. Sie könnte allenfalls als sachlicher Rechtfertigungsgrund für die Verweigerung eines Anschlussbegehrens geltend gemacht werden.

22. Eine gesetzliche Grundlage, die als vorbehaltene Vorschrift in Erwägung gezogen werden könnte, wäre mit dem – allerdings noch nicht in Kraft getretenen – Stromversorgungsgesetz (StromVG, BBl 2007, 2335), gegeben. Der vom Parlament am 23. März 2007 verabschiedete Text des Stromversorgungsgesetzes beinhaltet eine umfangreiche Regulierung der Stromverteilmärkte. Zu nennen sind die Bestimmungen zu den Netzgebieten und zur Anschlusspflicht (Art. 5 StromVG), zum Netzzugang (Art. 13 StromVG) und zur Festsetzung der Netznutzungsentgelte (Art. 14 ff. StromVG). Für nähere Ausführungen hierzu sei auf den Bericht der AG Par verwiesen (S. 49 ff.). Gemäss Art. 5 Abs. 5 StromVG kann der Bundesrat transparente und diskriminierungsfreie Regeln für die Zuordnung von Endverbrauchern zu einer bestimmten Spannungsebene festlegen. Er kann entsprechende Regeln für Elektrizitätserzeuger und Netzbetreiber festlegen. Er kann die Endverbraucher und Netzbetreiber beim Wechsel von Anschlüssen zur anteilmässigen Abgeltung von Kapitalkosten nicht mehr oder nur noch teilweise genutzter Anlagen und zeitlich befristet zum Ausgleich der Beeinträchtigung der Netznutzungsentgelte verpflichten. Das StromVG tritt voraussichtlich am 1. Januar 2008 in Kraft. Es bietet jedoch alleine keine Grundlage für das Bestehen einer vorbehaltenen Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG für die Zwecke der vorliegenden Vorabklärung. Insbesondere wären für die Beurteilung des allfälligen Bestehens vorbehaltenen Vorschriften die auf Art. 5 Abs. 5 StromVG basierenden zukünftigen vom Bundesrat zu verabschiedenden Regeln zu prüfen.

23. Es liegt somit hinsichtlich des direkten Anschlusses an eine höhere Netzebene keine vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Art. 3 KG vor.

B.3 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

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

1 KG).

B.3.1 Marktbeherrschende Stellung

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

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

B.3.1.1 Relevanter Markt

a) Sachlich relevanter Markt

27. Die Wettbewerbskommission hat im Elektrizitätsbereich bis anhin folgende sachlich relevanten Märkte abgegrenzt: Stromerzeugung (-produktion), -übertragung, -verteilung, -versorgung und -handel (Rätia Energie AG, RPW 2000/2, S. 235, Rz. 33; EWZ/Enron, RPW 2001/4, S. 707, Rz. 12; NOK/Watt, RPW 2002/2, S. 348, Rz. 23, Swissgrid, RPW 2005/2, S. 351, Rz. 43 ff.; Atel – EOSH-Aktiven, RPW 2006/3, S. 483 f., Rz. 63 ff.). Im vorliegenden Fall kommt als sachlich relevanter Markt der Markt für **Stromverteilung** in Frage.

28. Stromverteilung kann definiert werden als Fortleitung von Elektrizität über Leitungen mittlerer und/oder niedriger Spannung. In der früheren Praxis wurde die Frage offen gelassen, ob möglicherweise weitere Unterscheidungen nach Spannungsstärken vorzunehmen seien (Watt/Migros – EEF, RPW 2001/2, S. 273, Rz. 106). In Atel – EOSH-Aktiven (RPW 2006/3, S. 484, Rz. 68) wurde ausgeführt, dass die Stromfortleitung über das überregionale Verteilnetz (Hochspannungsnetz) ebenfalls dem Markt für Stromverteilung zugeordnet werden müsse. Die Frage, ob die Fortleitung über die verschiedenen Verteilnetze (überregionale, regionale und lokale Verteilnetze) je nach Stromstärke (Hoch-, Mittel- und Niederspannung) eigene sachlich relevante Märkte darstellen, wurde in diesem Entscheid offen gelassen.

29. Die Unterteilung des Stromnetzes in die Übertragungsebene, die verschiedenen Verteilebenen und die dazwischen liegenden Transformationsebenen ist aus Abbildung 1 ersichtlich. Die Transportverluste sind desto geringer je höher die Spannung ist, weshalb für den Transport über grössere Distanzen Leitungen mit höherer Spannung verwendet werden. Über Mittelspannungsleitungen erreicht der Strom Grossverbraucher wie z.B. Industriebetriebe und Transformatorstationen in Quartieren und Dörfern. Dort wird der Strom auf die in Privathaushalten übliche Spannung von 230 bzw. 400 Volt transformiert und gelangt so in die Haushalte.

30. Aus Abbildung 1 sind die verschiedenen Netzebenen ersichtlich⁵. Die mit einer ungeraden Zahl verse-

⁵ Auf die in der Praxis vorgenommene Unterteilung von Netzebene 5 in eine Netzebene 5a und eine Netzebene 5b wird vorliegend verzichtet.

henen Netzebenen bezeichnen die Übertragungsebene und die Verteilebenen, während die mit einer geraden Zahl versehenen Netzebenen der Transformation zwischen den verschiedenen Übertragungs- und Verteilebenen dienen. Als Marktgegenseite des Betreibers einer Verteilebene n sind einerseits die Kunden zu betrachten, die Strom der entsprechenden Spannung abnehmen, andererseits die Betreiber der Spannungsebene $n+2$, auf deren Spannung der Strom der Spannungsebene n auf der Ebene $n+1$ transformiert wird. Im Zusammenhang mit der Stromübertragung kam die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (nachfolgend REKO/WEF) zum Ergebnis, dass Elektrizitäts- und Industriewerke, die Strom ab dem Verteilnetz beziehen, nicht als Marktgegenseite der Übertragungsnetzbetreiber gelten. Die REKO/WEF

stellt vielmehr auf das Bestehen einer Vertragsbeziehung ab (Beschwerdeentscheid Swissgrid, RPW 2006/2, S. 323). Für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens ist eine Unterteilung der Marktgegenseite nach der Netzebene, auf welcher der Bezug erfolgt, nicht zweckdienlich. Die einzelnen Netzebenen stehen primär in einer komplementären Beziehung zueinander. Eine echte Substitutionsbeziehung zwischen verschiedenen Netzebenen dürfte in der Regel nicht gegeben sein. Für die Marktabgrenzung auf der überregionalen Verteilebene ist es somit unerheblich, ob nur die Strombezüger, die direkt von dieser Netzebene beziehen oder auch die Strombezüger, die ab Netzebene 5 oder 7 beziehen als Marktgegenseite zu betrachten sind.

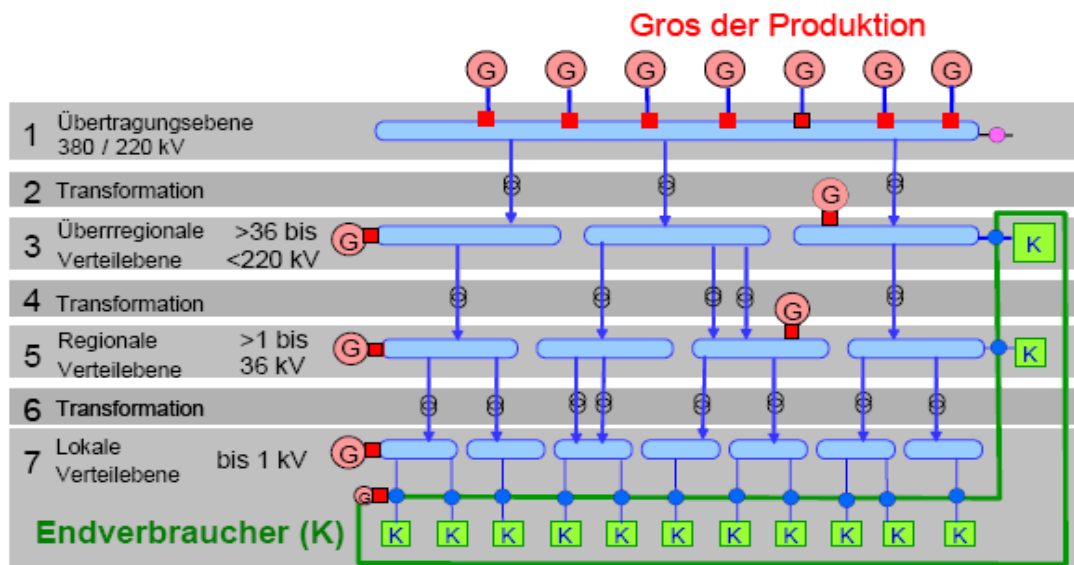


Abbildung 1: Netzebenen, angeschlossene Erzeuger (G) und Endverbraucher (K) (Quelle: Bericht AG Par)

31. Vorliegend stellt sich die Frage, ob ein Abnehmer, der bisher auf Netzebene 5 angeschlossen war, einen kartellrechtlichen Anspruch auf Anschluss auf Netzebene 3 geltend machen kann. Zu betrachten sind somit vorliegend die Netzebenen 3 und 5 sowie die dazwischen liegende Netzebene 4. Die REKO/WEF kam zum Schluss, dass die Alternative „Bau eigener Anlagen zwecks Andocken an das Übertragungsnetz“ keine Ausweichmöglichkeit darstellt (Beschwerdeentscheid Swissgrid, RPW 2006/2, S. 324). Diese Aussage bezieht sich auf das Übertragungsnetz. In Bezug auf die Verteilnetze erscheint es denkbar, dass ein Anschluss an die Netzebene 5 als Ausweichmöglichkeit zu einem Anschluss an Netzebene 3 in Frage kommt. In Bezug auf den konkreten Sachverhalt kann festgehalten werden, dass das überregionale Verteilnetz der NOK unabhängig davon, ob der Anschluss an Netzebene 3 oder Netzebene 5 erfolgt, direkt oder indirekt in Anspruch zu nehmen ist. Als sachlich relevanter Markt kann somit vom Markt für die Stromverteilung auf der überregionalen Verteilebene ausgegangen werden.

b) Räumlich relevanter Markt

32. Der räumliche Markt für die Stromverteilung ist nach konstanter Praxis der Wettbewerbskommission durch die geografische Ausdehnung der entsprechenden Verteilnetze bestimmt. Die Verteilnetze sind untereinander nicht notwendigerweise verbunden. Hierin besteht ein wesentlicher Unterschied zum Übertragungsnetz (vgl. Swissgrid, RPW 2005/2, S. 347 ff. und RPW 2006/2, S. 310 ff.). Es besteht somit kein schweizweites Hoch-, Mittel- oder Niederspannungsnetz (Rätia Energie AG, RPW 2000/2, S. 235, Rz. 38; EWZ/Enron, RPW 2001/4, S. 707, Rz. 15; NOK/Watt, RPW 2002/2, S. 348, Rz. 28; Atel – EOSH-Aktiven, RPW 2006/3, S. 484, Rz. 73).

33. Das überregionale Verteilnetz der NOK erstreckt sich über weite Gebiete der Nordostschweiz. Vorliegend von Interesse ist der Raum Jona-Rapperswil. Eine Unterteilung eines Verteilgebietes in verschiedene Teilregionen macht indes aufgrund der wirtschaftlichen und technischen Gegebenheiten wenig Sinn. Als räumlich relevanter Markt gilt somit das Gebiet, das durch das überregionale Verteilnetz der NOK erschlossen ist.

B.3.1.2 Aktueller und potenzieller Wettbewerb

34. In der Verfügung i.S. Axpo Vertriebspartnerschaften hielt die Weko betreffend die Stromverteilung fest, dass die Kantonswerke bei ihren jeweiligen Netzinfrastrukturen über Monopole verfügen (RPW 2006/2, S. 235, Rz. 75). In der Tat besteht auf dem überregionalen Verteilnetz der NOK quasi per Definition kein aktueller Wettbewerb. Dass aufgrund der Möglichkeit der fallweisen Durchleitung allenfalls Wettbewerb bei der Stromversorgung besteht, ist für die vorliegende Fragestellung nicht von zentraler Bedeutung.

35. Die NOK macht geltend, sie habe auf dem nachgelagerten Verteilmarkt der EWJR keine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG. Als Grund hierfür nennt sie, dass sie zwar im Bereich der Hoch- und Mittelspannungsnetze eine bedeutende Marktstellung inne habe, im Bereich des Niederspannungsnetzes, in dem die EWJR tätig ist, überhaupt nicht aktiv sei. Selbst wenn man davon ausginge, dass die NOK auf dem vorgelagerten Markt eine marktbeherrschende Stellung inne habe und dies ausreiche um Normadressat des Art. 7 KG zu sein, so stehe der Annahme einer solchen marktbeherrschenden Stellung entgegen, dass es alternative Leitungsverbindungen mit Dritten gebe, gegen welche NOK kein Mittel habe, sich zu wehren.

36. Im Rahmen der vorliegenden Vorabklärung wurden selbstverständlich nicht alle Ausweichmöglichkeiten überprüft, die der Marktgegenseite im Verteilgebiet der NOK zur Verfügung stehen. Aufgrund der wirtschaftlichen und regulatorischen Gegebenheiten erscheint es indes fraglich, ob solche Ausweichmöglichkeiten in nennenswertem Umfang bestehen. So wurde von der EWJR zunächst auch ein Anschluss an die 380/220-kV-Leitung des Elektrizitätswerk der Stadt Zürich (nachfolgend EWZ) in Betracht gezogen. Hierzu hätte zwecks Transformation vom Höchstspannungsnetz des EWZ ins Mittelspannungsnetz der EWJR in Jona ein neues Unterwerk (das Unterwerk Hüllistein) gebaut werden müssen. Die diesbezüglichen im Jahre 2002 geführten Verhandlungen wurden ergebnislos abgebrochen. Nach Einschätzung der EWJR wäre dieses Unterfangen vermutlich ohnehin am Plangenehmigungsverfahren gescheitert. Ein erschwerender Faktor bei diesem Projekt bestand in der direkten Transformation vom Höchst- ins Mittelspannungsnetz.

37. SCHALCH/SALLENBACH (AJP 12/2005, Abschied vom Solidaritätsprinzip im Strommarkt durch Rosinenpicker?, S. 1496) vertreten die Auffassung, dass aufgrund der physischen Eigenschaften von Stromnetzen und deren (natürlichen) Monopolstellung sich ohne Weiteres folgern lasse, dass den Netzbetreibern in ihrem Netzgebiet eine marktbeherrschende Stellung betreffend die Verteilung (und Lieferung) von Strom zukomme. Die SAK geht im Übrigen davon aus, dass sie im Bereich ihres eigenen Verteilnetzes eine marktbeherrschende Stellung einnimmt. Die ökonomische Theorie legt nahe, dass das Vorliegen marktbeherrschender Stellungen in der Stromverteilung der Regelfall sein dürfte. Es besteht somit Grund zur Annahme,

dass auch die NOK auf dem überregionalen Verteilnetz eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG einnimmt. Hierbei spielt es im Übrigen keine Rolle, ob die EWJR das überregionale Verteilnetz direkt, d.h. durch einen Anschluss an Netzebene 3, oder indirekt, d.h. durch einen Anschluss an Netzebene 5, in Anspruch nimmt.

38. Es bestehen somit Anhaltspunkte dafür, dass die NOK auf dem Markt für die Stromverteilung auf der überregionalen Verteilebene in ihrem Verteilgebiet über eine marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG verfügt.

B.3.2 Unzulässige Verhaltensweisen

39. 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).

Zu unterscheiden ist zwischen dem Behinderungstatbestand und dem Benachteiligungstatbestand (Ausbeutungstatbestand).

40. Vorliegend ist die Frage zu klären, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Weigerung der NOK zur Gewährung eines Anschlusses auf Netzebene 3 eine missbräuchliche Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens darstellen könnte. Die Problematik lässt sich anhand von Abbildung 2 illustrieren.

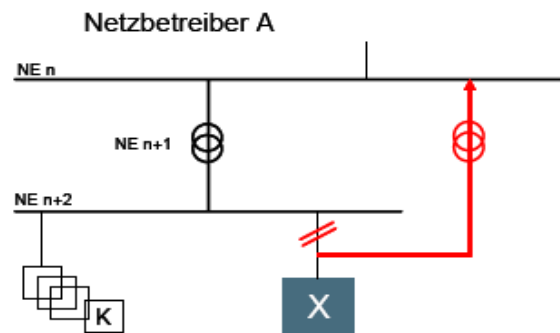


Abbildung 2: Wechsel auf höhere Spannungsebene von A
(Quelle: Bericht AG Par)

41. Im vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt befinden sich die verschiedenen Netzebenen im Eigentum unterschiedlicher Netzbetreiber. Die Leitungen und Anlagen der Netzebenen 1 und 2 sind im Eigentum der NOK. SN besitzt Transformatorenrechte im Unterwerk Grynau. Die 50-kV-Leitungen von Schwanden zum Unterwerk Grynau sind im Eigentum von SN oder mit bestehenden Transportrechten von SN. Die 50-kV-Leitungen zwischen dem UW Jona und dem UW Auholz sind im Eigentum der NOK. Die Trafostationen in den Unterwerken Jona und Auholz sind im Eigentum der SAK. Die 16-kV-Schaltanlagen (Sekundärschalter) in den Unterwerken Jona und Auholz befinden sich im Eigentum von EWJR. EWJR besitzt ein vertragliches Transformationsrecht. Die 16-kV-Leitungen, die von

den Unterwerken Jona und Auholz wegführen und die von EWJR für die Leitung der elektrischen Energie in ihr Verteilnetz benötigt werden, stehen im alleini-

gen Eigentum von EWJR. Einen Überblick hierzu bietet Abbildung 3.

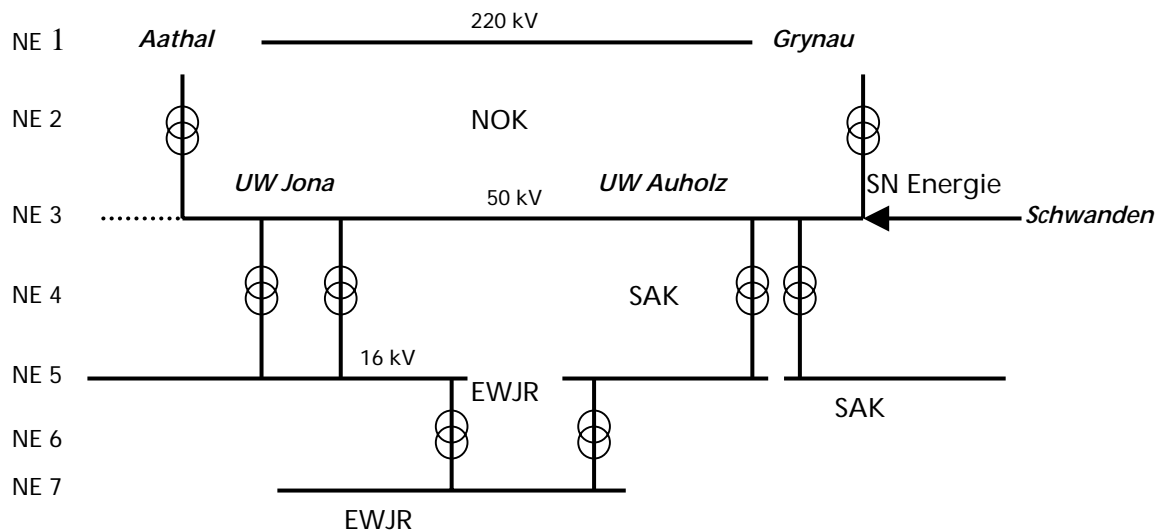


Abbildung 3: Netze und Anlagen NOK, SAK und EWJR

B.3.2.1 Behinderungstatbestand

42. Es ist zu prüfen, ob die NOK durch die Weigerung, der SN oder der EWJR einen Anschluss an ihr überregionales Verteilnetz zu gewähren, andere Unternehmen, namentlich die SN oder die EWJR, in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert. Eine solche Behinderung könnte dann vorliegen, wenn die NOK durch die Verweigerung eines direkten Anschlusses an ihr überregionales Verteilnetz die Belieferung der EWJR durch die SN mit elektrischer Energie behindern oder gar verunmöglichen würde. Liegt eine Behinderung in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs vor, ist weiter zu prüfen, ob diese durch sachliche Gründe (Legitimate Business Reasons) gerechtfertigt werden kann (AxpO Vertriebspartnerschaften, RPW 2006/2, S. 238, Rz. 102 f.).

a) Keine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG

43. Die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen kommt gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG als unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens in Betracht, wobei auch das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung keinen generellen Kontrahierungszwang für das marktbeherrschende Unternehmen schafft.

44. In der internationalen Kartellrechtspraxis wird in Fällen eines verweigerten Zugangs zu Infrastruktureinrichtungen die in der US-amerikanischen Rechtsprechung entwickelte Essential-facilities-Doktrin angewandt. Die schweizerische Praxis bei der Beurteilung der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen lehnt sich an diese – international im Übrigen nicht einheitliche – Praxis an, ohne diese notwendigerweise in jedem Punkt zu übernehmen. Die Essential-facilities-Doktrin besagt im Wesentlichen, dass eine

Einrichtung dann essenziell, und ein diskriminierungsfreier Zugang zu ihr zu gewähren ist, wenn der Marktzutritt zu einem komplementären Markt ohne Zugang zu dieser Einrichtung de facto nicht möglich ist, und wenn es mit angemessenem Aufwand nicht möglich ist, diese Einrichtung zu duplizieren, und wenn keine genügend nahen Substitute bestehen (vgl. MOTTA, Competition Policy – Theory and Practice, Cambridge University Press, 2004, S. 66 ff.). Im juristischen Schrifttum wird dafür plädiert, dass ein Eingriff der Wettbewerbsbehörden nur in Frage kommen kann, wenn auf dem nachgelagerten Markt kein wirksamer Wettbewerb herrscht und dieser durch einen Eingriff der Wettbewerbsbehörden tatsächlich verbessert werden kann (SCHINDLER, Wettbewerb in Netzen als Problem der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht, S. 113; FIALA, Das Verhältnis zwischen Immaterialgüter- und Kartellrecht, 2006, S. 67 ff.; vgl. auch BKW FMB Energie AG, RPW 2000/1, S. 33, Rz. 25; Watt/Migros – EEF, RPW 2001/2, S. 285f., Rz. 175; BGE 129 II 497, E. 6.5.1).

45. Im vorliegenden Fall sind die Kriterien für die Anwendung der Essential-facilities-Doktrin nicht erfüllt. Insbesondere wird durch die Weigerung der NOK zum direkten Anschluss an ihr überregionales Verteilnetz der Zugang zu keinem komplementären Markt de facto verunmöglicht. Als komplementäre Märkte kommen insbesondere die Märkte für Stromversorgung sowie für Stromverteilung auf den tieferen Netzebenen in Betracht. Die EWJR erhält auch ohne Anschluss an eine höhere Netzebene die von den Endverbrauchern in Rapperswil-Jona nachgefragte elektrische Energie. Ebenso wenig wird die EWJR auf den nachgelagerten Verteilmärkten im Wettbewerb behindert. Im gleichen Sinne ist es der SN möglich, den Versorgungsauftrag gegenüber der EWJR zu er-

füllen, ohne an eine höhere Netzebene angeschlossen zu sein, bzw. ein eigenes Unterwerk zu betreiben.

46. Somit liegt keine Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG vor. Der SN und der EWJR wird die Nutzung der Infrastruktur der NOK nicht verweigert. Diese erfolgt ‚indirekt‘, indem der notwendige Transformationsschritt von der SAK besorgt wird.

b) Keine an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG

47. Die Weigerung der NOK, der EWJR resp. der SN einen direkten Anschluss an ihr überregionales Verteilnetz zu gewähren, führt dazu, dass die EWJR resp. die SN de facto die von der SAK betriebene Netzebene 4 in Anspruch nehmen müssen. Zu prüfen ist in diesem Zusammenhang, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Weigerung der NOK eine Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG, nämlich die an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen, darstellen könnte (vgl. SCHALCH/SALLENBACH, Abschied vom Solidaritätsprinzip im Strommarkt durch Rosinenpicker?, AJP 12/2005, S. 1498). Vorliegend handelt es sich um eine spezielle Konstellation. Die von der NOK induzierte Koppelungswirkung betrifft nicht eine Leistung des eigenen Unternehmens, sondern eine Leistung eines anderen Unternehmens, nämlich der SAK. Aufgrund der vertraglichen und finanzielle Verknüpfungen zwischen der NOK und der SAK rechtfertigt es sich dennoch eine Beurteilung vorzunehmen, ob Anhaltspunkte für ein allenfalls unzulässiges Koppelungsgeschäft bestehen.

48. Mit Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG soll verhindert werden, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen ein anderes Unternehmen dadurch benachteiligt oder behindert, dass es den Abschluss eines Geschäfts von Zugeständnissen abhängig macht, die keinen vernünftigen Bezug zum Grundgeschäft haben. Bei der Beurteilung von konkreten Fällen ist zu untersuchen, ob die zusätzlichen Leistungen in einem sachlichen Zusammenhang mit dem Grundgeschäft stehen. Der Vertragspartner eines Anbieters soll nicht gezwungen werden, Waren oder Dienstleistungen anzunehmen, an denen er kein Interesse hat, weil er sie entweder nicht benötigt oder anderweitig günstiger beziehen kann. Als Rechtfertigungsgründe für die Koppelung verschiedener Leistungen sind in der Praxis vor allem zwingende technische oder wirtschaftliche Gründe sowie gewisse Erfordernisse der Qualitätssicherung anerkannt. Ein wichtiger Rechtfertigungsgrund sind auch Sicherheitsaspekte (Botschaft zum Kartellgesetz, BBl 1995, S. 576). Mit der Negativqualifikation derartiger Praktiken soll verhindert werden, dass das marktbeherrschende Unternehmen über Koppelungswirkungen seine besondere Stellung auf Märkte überträgt, auf denen es keine überragende Stellung hat (BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Orell Füssli, 2005, S. 207f., Rz. 27).

49. Es sind grundsätzlich zwei Fälle denkbar, in denen Koppelungspraktiken volkswirtschaftlich schädliche Auswirkungen zeitigen können. Erstens besteht die Möglichkeit, dass Koppelungspraktiken eine Preisdifferenzierung zwischen Konsumentengruppen mit unterschiedlichen Präferenzen bewirken können, wobei die daraus resultierenden Wohlfahrtswirkungen ambivalent und von Fall zu Fall unterschiedlich sind. Zweitens sind Fälle denkbar, in denen ein marktbeherrschendes Unternehmen mit Hilfe von Koppelungspraktiken seine marktbeherrschende Stellung auf einen Markt überträgt, in welchem es bisher über keine derartige Stellung verfügt hat (MOTTA, Competition Policy – Theory and Practice, Cambridge University Press, 2004, S. 460 ff.).

50. Im Fall nicht komplementärer Güter gilt, dass die Möglichkeit zur Übertragung von Marktmacht nicht nur von den Wettbewerbsverhältnissen im ersten, koppelnden Markt, sondern auch von denjenigen im zweiten, gekoppelten Markt abhängt. Nur wenn der Wettbewerb auch im gekoppelten Markt teilweise beschränkt ist, können Koppelungsverträge zu Veränderungen in der Marktstruktur durch das Verdrängen von anderen Konkurrenten führen (vgl. RUFFNER, Unzulässige Verhaltensweisen marktmächtiger Unternehmen. Aktuelle Juristische Praxis 7/1996, 834ff.). WHINSTON (Tying, Foreclosure and Exclusion. American Economic Review, 1990, 80/4, 837ff.) definiert drei Bedingungen, die erfüllt sein müssen, damit Koppelungsverträge wettbewerbsbeschränkende Wirkung entfalten können (siehe auch CARRON, Les Transactions couplées en droit de la concurrence, Analyse économique et juridique comparée, Travaux de la faculté de droit de l'université de Fribourg, 2004, S. 177 ff. und S. 415 ff.):

a) Erstens muss eine beherrschende Stellung im koppelnden Markt vorliegen.

b) Zweitens ist notwendig, dass das Unternehmen ein Festhalten an der Koppelungsstrategie glaubhaft machen kann.

c) Drittens muss die Koppelungsstrategie Marktaustritte im gekoppelten Markt zur Folge haben und diese Austritte zu einer Reduktion des Wettbewerbs (v.a. Erhöhung der Marktzutrittsschranken) im gekoppelten Markt führen.

51. Die bisherige Praxis der schweizerischen Wettbewerbsbehörden im Zusammenhang mit Koppelungspraktiken lässt sich wie folgt zusammenfassen: In der Vorabklärung 'Swiss Online AG' (RPW 1997/3, S. 326, Rz. 27) konnte die kartellrechtliche Beurteilung der Koppelung von Videotex- und Internetzugang aufgrund der bestehenden Ausweichmöglichkeiten offen gelassen werden. In der Untersuchung 'Lokoop AG vs. SBB AG' (RPW 2002/1, S. 75, Rz. 21ff.) ging das Sekretariat davon aus, dass keine Legitimate Business Reasons für das Beharren der SBB auf der Erbringung eines Gesamtpakets bei Rangierleistungen auf verschiedenen Bahnhöfen bestünden. Allerdings verzichtete die Wettbewerbskommission aufgrund einer Verhaltensänderung der SBB auf eine endgültige Beurteilung des Sachverhaltes. In der Untersuchung

"Markt für Schlachtschweine – Teil A" (RPW 2004/3, S. 724, Rz. 130) wurden die Problematik von Koppelungsgeschäften ebenfalls lediglich als *Obiter dictum* abgehandelt, wobei festgehalten wurde, dass die beim Kauf und Verkauf von Schlachtschweinen vereinzelt praktizierten Koppelungsgeschäfte Ausdruck der Knappheitsverhältnisse bei den jeweiligen Schweinekategorien und somit Teil des normalen Marktgeschehens seien. In der Vorabklärung 'Produktbündel "Talk & Surf"' (RPW 2004/2, S. 372 f., Rz. 69 ff.) wurde das Vorhandensein von kartellrechtlich relevanten Koppelungspraktiken verneint, da die gekoppelte Dienstleistung auch einzeln angeboten wird. Die in der Untersuchung 'TicketCorner' (RPW 2004/3, S. 778 ff.) betrachtete Exklusivitätsklausel, wonach TicketCorner den Vertrieb der Tickets einer Veranstaltung davon abhängig macht, auch den Vertrieb der Tickets aller anderen Veranstaltungen desselben Veranstalters zu übernehmen, stellt ebenfalls eine Art Koppelungsgeschäft dar. Das Bestehen von Legitimate Business Reasons wurde von der Wettbewerbskommission in diesem anders gelagerten Fall verneint. In der Vorabklärung TopCard Angebot der Bergbahnen Lenzerheide-Valbella, Klosters-Davos und Flims-Laax-Falera (RPW 2005/1, S. 46 ff.) hielt das Sekretariat fest, dass die Koppelung von Sommer- und Wintersaison der besseren Auslastung der bestehenden Kapazitäten dient und zumindest einem Teil der Nachfrager einen zusätzlichen Nutzen stiftet. Der sachliche Zusammenhang zum Grundgeschäft ist gegeben, weshalb keine missbräuchliche Verhaltensweise vorliege.

52. Im vorliegenden Fall liegt nach Auffassung des Sekretariats keine unzulässige Koppelungspraktik vor. Zwar wird die EWJR quasi gezwungen, den Transformationsschritt zwischen den Netzebenen 3 und 5 durch die SAK vornehmen zu lassen, obwohl sie es vorziehen würde, hierzu ein eigenes Unterwerk zu erstellen. Es liegt vorliegend nicht der Fall vor, dass ein Unternehmen mit einer Koppelung eine marktbeherrschende Stellung von einem Markt auf einen anderen Markt übertragen kann. Vielmehr handelt es sich vorliegend um Infrastruktureinrichtungen, die im Falle der Netzebene 3 im Eigentum der NOK und im Fall der Netzebene 4 (zumindest teilweise) im Eigentum der SAK stehen. Ob die Verweigerung des Anschlusses an die überregionale Verteilebene zu einer Reduktion des Wettbewerbs im gekoppelten ‚Markt‘ (d.h. die Transformationsebene) führt, erscheint im Übrigen ohnehin fraglich. Ein Wettbewerb zwischen verschiedenen Unterwerken ist aufgrund der wirtschaftlichen und technischen Gegebenheiten faktisch nicht möglich.

c) Keine Behinderung anderer Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG

53. Bei der Frage, ob allenfalls ein Behinderungstatbestand vorliegt, ist immer auch die Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG zu prüfen. Ein Behinderungstatbestand könnte vorliegen, wenn die NOK die Durchleitung verweigern würde oder überhöhte Netznutzungsentgelte in Rechnung stellen würde, so dass die SN bei der Belieferung der EWJR gegenüber der SAK

resp. der NOK nicht konkurrenzfähig wäre. Eine Verweigerung der Durchleitung findet nicht statt. Die Höhe der Netznutzungsentgelte ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Diese müssten in erster Linie von der Preisüberwachung und nach Inkrafttreten des StromVG von der ECom überprüft werden. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Verweigerung der NOK, den direkten Anschluss an ihr überregionales Verteilnetz zu gewähren, eine Behinderung anderer Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs darstellen könnte.

B.3.2.2 Ausbeutungstatbestand

54. Als Nächstes ist zu prüfen, ob die NOK durch die Weigerung, der EWJR den Anschluss an ihr überregionales Verteilnetz zu gewähren, die Marktgegenseite benachteiligt. Die Benachteiligung ist als Ausbeutung zu verstehen (Botschaft zum Kartellgesetz, BBI 1995, S. 569; Zäch, Schweizerisches Kartellgesetz, 2. Auflage, 2005, S. 303, Ziff. 619). Der Ausbeutungstatbestand bedingt im Falle eines anbieterseitigen marktbeherrschenden Unternehmens, dass dieses (im Vergleich zur Wettbewerbssituation) seine Produzentenrente zulasten der Konsumentenrente erhöht (Axpo Vertriebspartnerschaften, RPW 2006/2, S. 240, Rz. 120).

a) Keine Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG

55. SCHALCH/SALLENBACH (AJP 12/2005, Abschied vom Solidaritätsprinzip im Strommarkt durch Rosinenpicker?, S. 1498) werfen die Frage auf, ob die Verweigerung des Anschlusses an ein anderes Netz eine Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG darstellen könnte.

56. Hierbei ist zu beurteilen, ob Geschäftsbedingungen in einem vernünftigen Verhältnis zum Wert der von einem marktbeherrschenden Unternehmen angebotenen Leistung stehen. Geschäftsbedingungen sind dann unangemessen, wenn sie aufgrund der Umstände im konkreten Fall offensichtlich unbillig sind. Der Begriff der Geschäftsbedingungen kann auch Handlungsbeschränkungen umfassen, welche das marktbeherrschende Unternehmen seinen Geschäftspartnern auferlegt. Bei der Frage der Unangemessenheit solcher Geschäftsbedingungen ist nicht nur der Schwere des Eingriffs in die Wettbewerbsfreiheit des Vertragspartners Rechnung zu tragen, sondern es sind auch allfällige Behinderungswirkungen zu Lasten dritter Unternehmen zu berücksichtigen (Botschaft zum Kartellgesetz, BBI 1995, S. 572 f.). Als Beispiele nennt die Botschaft hohe Sonderrabatte, die ein nachfragemächtiges Unternehmen erzwingt, sowie unüblich lange Zahlungsfristen. Es kann nicht Sinn der Missbrauchskontrolle sein, Unternehmen zu schützen, die sich aus eigenem Verschulden von einem marktbeherrschenden Unternehmen übervorteilen lassen. Zudem müssen die unangemessenen Geschäftsbedingungen erzwungen werden, was bedeutet, dass ein marktbeherrschendes Unternehmen Mittel anwendet oder anzuwenden droht, mit denen es seiner Forde-

rung nach einer vorteilhaften Geschäftsbedingung Nachdruck verleiht.

57. Im vorliegenden Fall kann jedoch nicht davon gesprochen werden, dass die NOK der EWJR oder der SN allenfalls unangemessene Geschäftsbedingungen aufzwingt. Der Kern des vorliegenden Sachverhalts besteht vielmehr darin, dass die NOK den direkten Anschluss an ihr überregionales Verteilnetz verweigert, was allerdings bereits unter dem Titel des Behinderungsmissbrauchs abgehandelt wurde. Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG ist im vorliegenden Fall somit nicht anwendbar.

b) Keine Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG

58. Nach Auffassung von SCHALCH/SALLENBACH (AJP 12/2005, Abschied vom Solidaritätsprinzip im Strommarkt durch Rosinenpicker?, S. 1498) kann im Einzelfall ebenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass die Verweigerung des Anschlusses an ein anderes Netz eine Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG darstellt. Die in Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG statuierte Gleichbehandlungspflicht besteht lediglich bezüglich Handelspartnern, die sich dem marktbeherrschenden Unternehmen gegenüber hinsichtlich ihrer Leistungen in der gleichen Lage befinden.

59. Im vorliegenden Fall geht es um die Weigerung der NOK, der SN, bzw. der EWJR den direkten Anschluss an ihr überregionales Verteilnetz zu gewähren. Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die NOK Unternehmen, die sich ihr gegenüber hinsichtlich ihrer Leistungen in der gleichen Lage wie die EWJR befinden, bezüglich des Netzanschlusses eine ungleiche resp. bessere Behandlung angedeihen lässt. Solange die bestehenden Unterwerke funktionsfähig sind, kann sich auch SN nicht auf das Diskriminierungsverbot (gegenüber der SAK) berufen, um mit dem Projekt Jona 2 eine parallele Infrastruktur zu errichten. Eine allenfalls unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG liegt somit nicht vor.

c) Keine Ausbeutung der Marktgegenseite im Sinne von Art. 7 Abs. 1 KG

60. Auch die Prüfung der Generalklausel von Art. 7 Abs. 1 KG ergibt keine Anhaltspunkte dafür, dass die Verweigerung des direkten Anschlusses an das überregionale Verteilnetz einen Ausbeutungstatbestand darstellen könnte. Wie in Rz. 54 ausgeführt wurde, besteht eine Voraussetzung für das Vorliegen eines Ausbeutungstatbestandes in der Vergrößerung der Produzentenrente des sich missbräuchlich verhaltenden Unternehmens auf Kosten der Konsumentenrente. Im vorliegenden Fall wirkt sich das Verhalten der NOK primär auf die Rentenverteilung zwischen verschiedenen Konsumentengruppen aus.

61. Ein Ausbeutungstatbestand würde nur vorliegen, wenn die Verweigerung des direkten Anschlusses an das überregionale Verteilnetz ein Mittel darstellen

würde, um überhöhte Netznutzungsentgelte durchzusetzen. In der Tat steht der Frage des Ausbeutungsmisbrauchs in engem Zusammenhang mit der Höhe der Netznutzungsentgelte, die bei der Durchleitung und Transformation des von SN gelieferten Stroms durch die Netze und Anlagen von NOK und SAK fällig werden.

62. Offensichtlich bestehen in Bezug auf die Festlegung der Netznutzungsentgelte Interessenskonflikte zwischen der NOK und der SAK einerseits und der EWJR und der SN andererseits. Die NOK und die SAK sind grundsätzlich bestrebt, das Netz in einem grösseren regionalen Kontext zu optimieren und sind an einer möglichst einheitlichen Umsetzung des Kostenzwälzungsmodells interessiert. Diese Bestrebungen können mit den Interessen von in einem engeren regionalen Umfeld in der Stromproduktion, -versorgung und -verteilung tätigen Unternehmen wie der EWJR und der SN konfliktieren.

63. Es ist nicht auszuschliessen, dass sich aufgrund eines sogenannten Pancaking im Einzelfall überhöhte Preise für die Netznutzung ergeben können. Von Pancaking wird gesprochen, wenn Netze unterschiedlicher Eigentümer innerhalb einer Netzebene hintereinander geschaltet sind, woraus sich die Möglichkeit von Doppelbelastungen der Endverbraucher ergibt. Die Beurteilung, ob diese Tarife angemessen sind, obliegt in erster Linie der Preisüberwachung (nach Inkrafttreten des StromVG der ECom). Die Frage, ob die von der NOK und der SAK in Rechnung gestellten Netznutzungstarife allenfalls unangemessene Preise im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG darstellen könnten, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Somit sind auch keine Anhaltspunkte für einen Ausbeutungsmisbrauch gemäss Art. 7 Abs. 1 KG ersichtlich.

B.3.2.3 Legitimate Business Reasons

64. Da vorliegend weder ein Behinderungs- noch ein Ausbeutungstatbestand vorliegt, wird die Frage, ob Legitimate Business Reasons geltend gemacht werden könnten, nachfolgend nur summarisch geprüft.

65. BÖNI (Die Netzebenenflucht im Strommarkt, Jusletter 26, Februar 2007,, Rz. 28) weist auf die Vermeidung doppelter Investitionen hin. Versuche ein Netzteilnehmer die ihm aufgrund seines Energiemengenbedarfs zugewiesene Netzebene durch den Anschluss an die nächst höhere Netzebene zu umgehen, bedinge dies den Bau zusätzlicher Infrastruktur (Parallelleitungen und Parallel-Transformationsanlagen). Durch die Abwanderung eines Unternehmens entstehe eine Verteuerung des Solidaritätskreises in der entsprechenden Netzebene. Der höher liegende Netzbetreiber erhalte einen zusätzlichen, meist wesentlich schlechteren Teilnehmer als die bereits in dieser Solidaritätsgemeinschaft vorhandenen Teilnehmer. Dies bewirke auch eine Verteuerung in diesem Solidaritätskreis. Die bestehende Infrastruktur werde schlechter genutzt. Eine neue, parallele Infrastruktur müsse finanziert und unterhalten werden. Dies wirke sich einerseits negativ auf die Netzkosten aus und verunmögliche andererseits eine rationellere Nutzung von

Ressourcen. Kostenvorteilen für einzelne Endkunden stünden somit höhere Kostennachteile für viele andere Endkunden gegenüber, insgesamt werde die Stromversorgung teurer.

66. VATERLAUS/WILD (Vollständige oder teilweise Strommarktöffnung? Beurteilung aus Sicht der ökonomischen Theorie und im Licht internationaler Erfahrung, Studie im Auftrag von Swisselectric, Plaut Economics, Bern, November 2003, S. 30), führen aus, dass die Gefahr der Netzebenenflucht bestehe, würde der Bezug ab einer bestimmten Netzebene als Kriterium verwendet. Versorger auf Netzebenen, die keinen Marktzugang erhalten, würden gewisse Netzteile (Trafostationen oder Leitungen) duplizieren und die niedrige Netzebene umgehen, um sich auf der höheren Netzebene anschliessen zu können, die ihnen Marktzugang ermöglicht. Dadurch ergäbe sich einerseits eine ineffiziente Duplizierung von Netzteilen und andererseits eine „Entsolidarisierung“ mit den verbleibenden Netznutzern, die nun höhere Netzkosten zu tragen haben.

67. Auch die NOK und die SAK machen in ihren Eingaben dementsprechende Legitimate Business Reasons geltend. So ist nach Auffassung der NOK die Netzkonfiguration Teil einer übergeordneten Netzplanung, die sich nach Effizienzkriterien am Gesamtinteresse und nicht nach individuellen Sonderbegehren richtet.

68. Selbst wenn die Verweigerung des direkten Anschlusses an eine höhere Netzebene im Einzelfall als Behinderungs- oder Ausbeutungstatbestand taxiert werden sollte, erscheint die Berufung auf Legitimate Business Reasons nicht ausgeschlossen. Dies wäre

dann der Fall, wenn im Einzelfall gezeigt werden könnte, dass die Effizienz des Netzes insgesamt durch Gewährung eines direkten Anschlusses an die höhere Netzebene verringert wird. Der Entwurf zu einem StromVG enthält detaillierte Regelungen über die Netznutzung (vgl. Rz. 22). Bei Entscheiden im Zusammenhang mit dem Unterhalt und dem Ausbau von Netzen und der Gewährung von Anschlüssen ist eine langfristige Perspektive massgebend. Es erscheint daher grundsätzlich legitim, wenn sich Unternehmen bereits heute an den Regelungen orientieren, die der Entwurf des StromVG vorsieht. Abschliessend geklärt werden muss diese Frage allerdings aus den oben dargelegten Gründen nicht.

69. Die Vorabklärung erbrachte somit keine Anhaltspunkte für einen Missbrauch einer allfälligen marktbeherrschenden Stellung der NOK.

C SCHLUSSFOLGERUNGEN

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

1. stellt fest, dass keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt;
2. beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen.
3. teilt den Parteien die Einstellung der Vorabklärung mit.
4. überweist das Dossier dem Preisüberwacher.

B 1.1

2. Konsumkredit**Unzulässige Wettbewerbsabrede; Art. 5 und 7 KG***Accord illicite; art. 5 et 7 LCart**Accordo illecito; art. 5 e 7 LCart***Schlussbericht des Sekretariates der Weko vom 7. Mai 2007 i.S. Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Konsumkredit****A. SACHVERHALT**

1. Am 20. Oktober 2005 erschien in der Zeitung Cash ein Artikel mit dem Titel "Die Schweiz ist ein Paradies für Kreditfirmen" über die in der Schweiz im Vergleich zu den Nachbarländern deutlich höheren Zinssätze für Konsumkredite. Sodann gingen beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) mehrere Anzeigen betreffend die Zentralstelle für Kreditinformation (ZEK) wegen eines angeblichen Austauschs wettbewerbsrelevanter Daten ein. Aufgrund dessen beschloss das Sekretariat, den Konsumkreditmarkt in der Schweiz sowie die Rolle der ZEK umfassend zu analysieren.

2. Im Rahmen einer kurzen Marktbeobachtung wurden zum einen die ZEK sowie drei repräsentative Kreditinstitute zu einem informellen Gespräch eingeladen, nämlich der Marktleader GE Money Bank, die Credit Suisse (Abteilung Consumer Finance)¹ sowie Cashgate, eine seit März 2005 im Konsumkreditgeschäft tätige Bank, welche von vier Kantonalbanken (Zürcher, Graubündner, Schwyzer, Thurgauer Kantonalbank) sowie der Valiant Holding gehalten wird.

3. Die Marktbeobachtung zeigte, dass in der öffentlichen Wahrnehmung der Preiswettbewerb im Konsumkreditbereich bisher eine untergeordnete Bedeutung einnahm. Um die Gründe hierfür und die allfälligen Bedenken eines mangelnden Wettbewerbs zu klären, hat das Sekretariat am 13. Juni 2006 eine Vorabklärung gemäss Art. 26 KG eröffnet. Gegenstand der Vorabklärung bildeten die Entwicklung des Konsumkreditmarktes und namentlich der Zinskonditionen für Konsumkredite in der Schweiz während den letzten Jahren. Im Rahmen der Vorabklärung wurden sämtliche Anbieter von Konsumkrediten in der Schweiz sowie die ZEK schriftlich als auch mündlich befragt.

4. Im nachfolgenden Kapitel wird auf einen möglichen Verstoß gegen das Kartellgesetz als Grund für den wahrgenommenen Mangel an Wettbewerbsbeigegangen (B). Im Anschluss daran wird die Frage der hohen Zinssätze in der Schweiz im Vergleich zum Ausland vertieft analysiert. Gegebenenfalls können höhere Zinssätze namentlich auf Faktoren wie die Regulierungsdichte, die Produktionskosten oder das Konsumentenverhalten zurückgeführt werden (C).

B. KARTELLRECHTLICHE WÜRDIGUNG**B.1 Allgemeines**

5. Aufgrund der im Rahmen der Vorabklärung gesammelten Informationen sind kartellrechtliche Probleme einerseits im Rahmen der Zusammenarbeit mit den Kreditdatenbanken IKO und ZEK denkbar (B.3). Andererseits stellt sich die Frage der Wettbewerbsintensität auf dem Konsumkreditmarkt im allgemeinen (B.4). Eine geringe Wettbewerbsintensität könnte auf eine Abrede oder auf eine marktbeherrschende Stellung der Kreditinstitute zurückzuführen sein. Nachfolgend soll auf diese Punkte eingegangen werden. Vorab gilt es aber, den relevanten Markt abzugrenzen (B.2).

B.2 Konsumkreditmarkt**B.2.1 Sachlicher Markt**

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

7. Der Kredit wird definiert als „Geldsumme, die von einer Person, einem Unternehmen oder einer Bank für eine bestimmte Zeit zur Verfügung gestellt wird. Für die Überlassung dieser Geldsumme muss der Begünstigte ein Entgelt, einen Zins, bezahlen. Meistens muss er der Bank als Garantie für die ausgeliehene Geldsumme auch eine Sicherheit geben. Diese nennt man "Deckung".² Beim Konsumkredit wird keine Deckung verlangt. Er ist somit von den Krediten mit Sicherheit zu unterscheiden (z.B. Hypothek). Demgegenüber verlangt der Kreditgeber für Kredite ohne Deckung einen höheren Zins.

8. Der Begriff "Konsumkredit" wird in der Praxis uneinheitlich für verschiedene Produkte verwendet. Je nach der Kredithöhe (Kleinkredit³), nach der Art der

¹ Die Credit Suisse hat per 03.01.2007 ihr Privatkredit- und Autoleasinggeschäft in einer eigenständigen Gesellschaft mit Banklizenz zusammengefasst. Die neue Bank mit Sitz in Horgen wird unter dem Namen BANK-now AG als spezialisierter Anbieter im Schweizer Markt für Privatkredite und Autoleasing auftreten. Da der vorliegende Schlussbericht noch auf Daten aus den Jahren 2005/2006 basiert, wird im folgenden noch von der Credit Suisse gesprochen.

² Quelle SVRB Bankfach-Glossar; vgl. auch <http://www.moneybasics.ch/mb/gr/Home.html>.

³ Die Schweizerische Nationalbank verwendet für Konsumkredite ebenfalls den Begriff Kleinkredit und umschreibt diesen als „Teilzahlungsdarlehen von höchstens CHF 60'000.-, deren Kosten um mehr als zwei Prozent über dem für Blankokredite (Kredite ohne Einholen von Sicherheiten, nur Bonitätsprüfung) üblicherweise vereinbarten Nettosatz liegen, an Privatpersonen gewährt werden und mit Einschluss des Zinses in regelmässigen Raten zu zahlen sind.“

Bereitstellung (Barkredit, Warenkredit, Autokredit), nach der Bezahlungsart (Ratenkredit, Teilzahlungsverträge, Festkredit und Kontokorrent-Kredit), nach der Einräumungsfrist (Sofortkredit) oder nach der Verwendung (Konsumkredit) können verschiedene Konsumkredite unterschieden werden. Der Begriff „Konsumkredit“ wird in der Regel als Sammelbegriff für alle diese Kreditarten verwendet. Mit diesem Begriff kann aber auch die engere Bedeutung der Konsumkreditverträge gemäss dem Bundesgesetz vom 23. März 2001 über den Konsumkredit (KKG, SR 221.214.1) gemeint sein.⁴

9. Ausgehend von den Statistiken der ZEK können folgende Kategorien der Konsumkredite unterschieden werden.

- Barkredite: Unter "Barkredite" werden Geldkredite verstanden, die in regelmässigen Monatsraten innert der vereinbarten Kreditlaufzeit zurückzuzahlen sind.
- Festkredite: Festkredite sind Kredite, die fix für eine bestimmte Laufzeit gewährt werden, ohne ratenweise Amortisation während der Laufzeit.
- Teilzahlungskredite: Unter Teilzahlungskredite versteht man Abzahlungsverträge (insbesondere für Motorfahrzeuge).
- Kontokorrentkredite: Kontokorrentkredite sind Kredite, die auf kontokorrentmässiger Basis geführt werden (Einräumung einer Kreditlimite mit Ausschöpfung je nach Bedarf des Kreditnehmers; revolvingender Kredit).
- Leasing: Leasingverträge sind langfristige Gebrauchsüberlassungsverträge über bewegliche Konsum- oder Investitionsgüter.

10. Die befragten Kreditinstitute erwähnen noch zwei zusätzliche Kategorien, nämlich die Kontoüberzüge und die Zahlungskartengagements.

11. Obwohl im Rahmen der Gespräche durchwegs von den Banken betont wurde, dass Barkredite, Teilzahlungsverträge, Leasing, Überzugslimiten sowie Kunden- und Kreditkarten zum selben (Konsumkredit-) Markt gehören, bestehen angesichts der stark divergierenden Konditionen und Anwendungsbereiche dieser Produkte Zweifel über ihre wechselseitige Substituierbarkeit. Kredite wie Barzahlungs- und Festkredite, Teilzahlungskredite und Kontokorrentkredite unterscheiden sich nur aufgrund der Auszahlungsart und weisen im Übrigen mehr oder weniger ähnliche Konditionen auf (freier Verwendungszweck, Zinshöhe, Kredithöhe, etc.). Diese Konsumkreditarten dürften somit als substituierbare Produkte qualifiziert werden. Demgegenüber ist die Abgrenzung zwischen einem Konsumkredit und Kreditmöglichkeiten wie Leasing, Zahlungskarten und Kontoüberzüge schwieriger. Auf diese Kreditprodukte wird im Folgenden besonders eingegangen.

12. Allgemein muss vorerst festgehalten werden, dass die Substitutionsmöglichkeiten verschiedener Kreditprodukte in der Regel von der Bonität des Kreditnehmers abhängig sind, welche die Marktgegenseite

der Kreditgeber darstellen. Je nach Bonität wird es dem Kreditnehmer möglich sein, bessere oder schlechtere Zinskonditionen zu erhalten, was die Attraktivität eines Kreditproduktes im Vergleich zu anderen Kreditprodukten erheblich beeinflussen kann. So werden gewisse Konsumenten mit einer schlechten Bonität gar keinen Zugang zu gewissen Kreditprodukten (z.B. Kreditkarte) haben und andere werden gute Konditionen auf verschiedenen Kreditprodukte erhalten, sodass sich die Frage der Substituierbarkeit zwischen verschiedenen Produkten eher stellt (vgl. auch Rz. 56).

B.2.1.1 Abgrenzung Konsumkredit und Leasing

13. Gemäss gängiger Praxis der Wettbewerbskommission ist das Leasing kein Substitut zum Konsumkredit (vgl. z.B. Entscheid General Electric Capital Corporation / Bank Prokredit (GE/Prokredit); RPW 1999/1, S. 147 ff.). Verschiedene Gründe sprechen für das Abgrenzen eines separaten Marktes für Leasingprodukte:

14. Der Leasingvertrag unterscheidet sich vom Konsumkreditvertrag bezüglich des Eigentumserwerbs. Beim Konsumkredit erwirbt der Konsument das Eigentum an der Kaufsache selber, finanziert den Kaufpreis jedoch mittels Kredit beim Kreditgeber und zahlt diesen in Raten während einer bestimmten Dauer ab. Der Kaufgegenstand geht bereits bei Vertragsschluss zwischen Konsument und Verkäufer in das Eigentum des Konsumenten über. Anders beim Leasinggeschäft: Hier erwirbt der Leasinggeber die Leasing Sache vom Lieferanten zu Eigentum und übergibt sie anschliessend (oder lässt sie sogar durch den Lieferanten direkt ausliefern) dem Konsumenten zum Nutzen (analog Miete). Der Konsument entschädigt den Leasinggeber für diese Nutzungsüberlassung über eine feste Vertragsdauer mit in der Regel monatlich zu begleichenden Leasingraten. Mit anderen Worten zahlt der Konsument beim Konsumkredit sein durch Kredit erworbenes Eigentum in Raten ab, während der Leasingnehmer eine ratenweise Nutzungsentschädigung zu entrichten hat, ohne dass er Eigentümer der Leasing Sache wird.

15. Ein weiteres Abgrenzungskriterium ergibt sich aufgrund des Anwendungsbereichs. Konsumkredite lassen sich im Hinblick auf beliebige Geschäfte abschliessen (Ferien, Kreditablösung, Wohnungseinrichtung etc.), da der Kreditvertrag unabhängig vom zu finanzierenden Konsumgeschäft ist (es handelt sich um zwei unabhängige Verträge). Leasingkontrakte sind demgegenüber an eine bestimmte Leasing Sache gebunden, womit der Anwendungsbereich des Leasing massig kleiner ist als bei Konsumkrediten. Während der Konsumkredit aus preislichen Gründen kaum eine Alternative zum Leasing darstellt, stellt dieses umgekehrt für Konsumkredite ein preisgünstiger Ersatz dar, entfällt aber in den meisten Fällen aufgrund des beschränkten Anwendungsbereichs von Leasinggeschäften (das Leasen von Ferien z.B. ist nicht möglich).

⁴Art. 1 KKG

16. Konsumkredite und Leasingverträge unterscheiden sich, wie die Weko im Zusammenschlussvorhaben GE/Prokredit (RPW 1999/1, S. 144 ff.) festgehalten hat, zudem durch die unterschiedliche Kredithöhe. Gemäss Angaben der Branche beliefen sich die durchschnittlichen Konsumkredite 1998 auf CHF 8'000.- bis CHF 12'000.-, währenddem bei Automobilleasingverträgen von Kredithöhen zwischen 27'000 und 32'000 CHF auszugehen war (a.a.O. S. 150). Die im Rahmen dieser Vorabklärung erhobenen Zahlen für das Jahr 2005 geben eine durchschnittliche Kredithöhe für Leasingverträge zwischen 25'000 und 42'000 CHF an. Demgegenüber ist bei den Konsumkrediten von einer durchschnittlichen Kredithöhe im Jahre 2005 von ca. 19'000 CHF auszugehen (vgl. Tabelle 3, Rz. 51). Es ist allerdings fraglich, ob diese Differenz im Hinblick auf die Frage der Substituierbarkeit von Bedeutung ist. In der Regel werden nämlich Konsumkredite bis zu 80'000 CHF gewährt (vgl. Tabelle 4, Rz. 53). Entsprechend besteht die Möglichkeit, auch grössere Summen über einen Konsumkredit zu beziehen. Entscheidend wird in dieser Hinsicht aus Konsumentensicht nicht so sehr die Kredithöhe, sondern vielmehr die Zinshöhe sein. Die durchschnittliche Zinshöhe differiert zwischen Leasing und Konsumkredit nämlich erheblich. Im genannten Entscheid GE/Prokredit wird hinsichtlich der Zinshöhe des Automobilleasings festgehalten, dass dieser durchschnittlich 4-8% p.a. betrage, während Konsumkredite für 9-14% erhältlich seien (a.a.O., S. 151). Gemäss den heute erhobenen Daten kann von einem durchschnittlichen Zinssatz von 5,8% für Leasingverträge ausgegangen werden. Demgegenüber liegt der durchschnittliche Zinssatz bei Konsumkrediten bei 11,3% (vgl. Tabelle 3, Rz. 51). Ein Konsumkredit kann daher kaum als häufige Alternative zu einem Leasingkontrakt angesehen werden - die Kreditkosten sind praktisch doppelt so teuer.

17. Zusammenfassend ist festzustellen, dass ein Leasing aufgrund seiner rechtlichen Konstruktion, seines Anwendungsbereiches, den unterschiedlichen Kredithöhen und den tieferen Zinssätzen kein Substitut zum Konsumkredit darstellt.

B.2.1.2 Abgrenzung Konsumkredit und Zahlungskarten

18. Die Frage, ob die Kreditooptionen der Kredit- und Kundenkarten demselben Markt wie Konsumkredite angehören, wurde im Entscheid GE/Prokredit bejaht. Allerdings wurde in der Folge in verschiedenen Entscheiden bezüglich des Kartenmarktes ein separater Markt für Karten definiert (vgl. Kreditkarten Akzeptanzgeschäft, RPW 2003/1, S. 106 ff.; Kreditkarten Interchange Fee, RPW 2006/1, S. 65 ff.). Dabei wurde sogar festgehalten, dass Kredit-, Debit- und Kundenkarten untereinander nicht substituierbar sind.

19. Was die Frage der Substituierbarkeit mit dem Konsumkredit anbelangt, so liegt bereits ein Unterschied aufgrund der Kreditzinsen vor. Tabelle 1 gibt einen Überblick einiger Kredit- und Kundenkartenkonditionen in der Schweiz. Dabei ist ersichtlich, dass der Zinssatz bei Zahlungskarten in der Regel zwischen 14,75% und 15% liegt und entsprechend höher ist als der

durchschnittliche Zinssatz bei Konsumkrediten, welcher für das Jahr 2005 bei 11,3% liegt (vgl. Tabelle 3, Rz. 51). Einzig die in den letzten Monaten eingeführten sog. low cost Kreditkarten weisen einen tieferen Zinssatz von 9,9% auf. Dabei muss allerdings erwähnt werden, dass nur Kreditnehmer mit erfolgreicher Bonitätsprüfung (z.B. Einkommen höher als 35'000.- CHF) überhaupt eine Kreditkarte erhalten. Zudem hängt auch die Höhe der Kreditlimite von der Bonität ab.

20. Hinsichtlich der Kredithöhe wird aus Tabelle 1 auch ersichtlich, dass diese bei Kredit- und Kundenkarten i.d.R. 10'000.- CHF nicht überschreitet. Je nach Bonität des Karteninhabers wird diese Limite in der Regel noch tiefer sein. Grundsätzlich kann gemäss Angaben der Issuer davon ausgegangen werden, dass die Kreditlimite das Monatseinkommen nicht überschreitet. Wird diese Limite mit der durchschnittlichen Kredithöhe bei Konsumkrediten, welche bei ca. 19'000.- CHF (vgl. Tabelle 3, Rz. 51) liegt, verglichen, so wird ersichtlich, dass eine Substitutionsmöglichkeit zwischen diesen beiden Produkten allenfalls lediglich zwischen kleineren Beträgen gegeben ist.

<i>Kartentyp</i>	<i>Unternehmen</i>	<i>Kredithöhe in CHF⁵</i>	<i>Zinssatz</i>
Kreditkarten	Swisscard MasterCard Standard/ Visa Classic	min. 3'000.- max. 10'000.-	14,75%
	UBS Classic Standard Card Visa und MasterCard	Standard 5'000.- max. 10'000.-	15%
	Cornèr Banca Classic Standard Card Visa und MasterCard	bonitätsabhängig	15%
	Viseca Card Services Basic MasterCard/Visa	min. 3'000.- max. 5'000.-	14,93%
Kundenkarten	Jelmoli (seit 2006 Visa Bonus Card)	min. 500.- max. bonitätsab- hängig	15%
	Manor	min. 1'000.- max. 6'000.-	15%
	GE Money Bank/Migros M-Budget MasterCard	min. 500.- max. 10'000.-	9,90%
	Swisscard/Coop Coop Mastercard SUPER- CARDplus	min. 500.- max. 10'000.-	9,90%
	Viseca/Orange Orange Collect Card Visa	min. 5'000.- max. 10'000.-	9,90%

Tabella 1: Kredithöhe und Zinssatz Kredit- und Kundenkarten

21. Was die Kundenkarten anbelangt, so sind diese auch aufgrund ihres beschränkten Anwendungsbereiches - Kundenkarten sind immer auf Einkäufe in bestimmten Geschäften limitiert - nicht als Substitute zu den Konsumkrediten zu bezeichnen.

22. Schliesslich unterscheiden sich beide Produkte im Hinblick auf ihre Anwendung. Währenddem ein Konsumkredit nach Einreichen eines formellen Antrages und einer positiven Bonitätsprüfung vom Finanzinstitut einmalig an den Kreditnehmer ausbezahlt wird und meist auf längere Zeit rückzahlbar ist, beinhaltet der Kreditkartenvertrag eine Klausel, wonach der Ausstand innerhalb von maximal 30 Tagen ab Rechnungsstellung entweder ganz oder anteilmässig beglichen werden muss. Dadurch erhält der Kreditkarteninhaber stets wieder von neuem die Möglichkeit, seine vom Finanzinstitut gewährte Kreditlimite auszuschöpfen (revolvierender Kredit), ohne dass hierfür ein neuer Antrag erforderlich ist. Auch ist davon auszugehen, dass aus Konsumentensicht ein Konsumkredit erst dann aufgenommen wird, wenn die Konditionen bezüglich Kredit- und Zinshöhe erheblich besser sind oder die Möglichkeit eines Kreditbezuges mit einer Kreditkarte schon gar nicht gegeben ist.

23. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Zahlungskarten mit Kreditoptionen als Finanzie-

rungsmöglichkeit in gewissen Fällen ähnliche Konditionen wie der Konsumkredit vorweisen. In den meisten Fällen werden aber die Konditionen aufgrund des Bonitätsprofils des Kreditnehmers erhebliche Unterschiede aufweisen, sodass sie nicht mehr als Substitute betrachtet werden können. Im Rahmen dieser Vorabklärung kann jedoch auf eine abschliessende Markt-abgrenzung in Bezug auf diese beiden Produkte verzichtet werden. Die oben erwähnten Argumente genügen, um in der Wettbewerbsanalyse von einem engen Markt für Konsumkredite auszugehen. Sollte aufgrund der Wettbewerbsanalyse eine Untersuchung eröffnet werden, müsste diese Frage allerdings anhand von Konsumentenbefragungen noch vertieft werden.

B.2.1.3 Abgrenzung Konsumkredit und Kontoüberziehungslimiten

24. In Anlehnung an den Entscheid GE/Prokredit kann davon ausgegangen werden, dass Überziehungslimiten nicht als Substitutionsmöglichkeit zu betrachten sind (vgl. RPW 1999/1, S. 153 Rz. 53-58). Überziehungs-

⁵ Die Vergabe der Kreditlimite ist abhängig von der Bonität des Kreditnehmers (in der Regel liegt die Limite unter dem Monatseinkommen).

limiten unterscheiden sich in zwei Hauptpunkten vom Konsumkredit. Zum einen liegen die Limiten häufig bei maximal 3'000.- CHF, sodass eine Substituierbarkeit in vielen Fällen schon aufgrund der Kredithöhe scheitert. Zum anderen werden Kredite bei der Benutzung einer Kontoüberziehungslimite für eine kürzere Laufzeit als Konsumkredite gewährt, in der Regel nicht mehr als 3 Monate. Aufgrund von Art. 17 KKG sind nämlich die Banken verpflichtet, bei einer stillschweigend akzeptierten Kontoüberziehung von länger als 3 Monate gewisse Informationspflichten einzuhalten.

B.2.1.4 Zwischenfazit

25. Im Rahmen dieser Vorabklärung kann somit von einem Markt für Konsumkredite ausgegangen werden. Konsumkredite werden unabhängig von ihrer Vertragsform (Barkredit, Festkredite, Teilzahlungskredite, Kontokorrentkredite) definiert. Leasing, revolvingierende Kredite bei Zahlungskarten und Kontoüberziehungslimiten gelten demgegenüber nicht als zum Konsumkredit substituierbare Produkte. Diese Zahlungsarten weisen spezifische Kriterien in Bezug auf die Laufzeit, die Produktabhängigkeit, die Zinshöhe usw. auf. Zwar können sich diese Kriterien aufgrund einer sehr guten Bonität in gewissen Fällen angleichen. In der Regel sind aber die Voraussetzungen bezüglich Zins und Laufzeit derart unterschiedlich, dass für diese Produkte nicht von zum Konsumkredit substituierbaren Produkten gesprochen werden kann.

B.2.2 Räumlicher Markt

26. 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).

27. Räumlich ist der Konsumkreditmarkt auf das Gebiet der Schweiz abzugrenzen. Die Kreditinstitute vergeben Kredite nur an in der Schweiz domizilierte Privatpersonen.⁶ Dies wird damit begründet, dass die Kreditfähigkeitsprüfung sowie die allfällige Eintreibung nicht bezahlter Kredite die Kenntnis der nationalen Regulierung und Rahmenbedingungen voraussetzt. Aus den gleichen Gründen ist es für eine in der Schweiz domizilierte Person nicht möglich, einen Konsumkredit im Ausland zu erwerben.

28. Auf eine engere Marktabgrenzung (regionale oder kantonale Märkte) kann verzichtet werden (vgl. auch RPW 1999/1, S. 159 Rz. 83-90). Dafür spricht zum einen die Tatsache, dass die Kreditinstitute ihre Produkte einheitlich in der ganzen Schweiz anbieten und keine Anhaltspunkte vorliegen, dass in den Konditionen für Konsumkredit regionale Unterschiede bestehen würden. Zum anderen werden Konsumkredite im Gegensatz zu anderen Retailbanking-Dienstleistungen nicht nur über ein Filialennetz, sondern auch über das Internet, Call-Centers und Broker vertrieben. Entsprechend ist keine nahe Bankbeziehung notwendig und das Produkt kann ohne weiteres auf dem ganzen Schweizer Markt bezogen werden.

B.3 Wettbewerbsabreden bzw. abgestimmte Verhaltensweisen im Zusammenhang mit den Kreditdatenbanken IKO und ZEK

B.3.1 Die Rolle der zentralen Datenbanken

29. Kreditdatenbanken gibt es in der Schweiz und in fast allen EU-Ländern, jedoch in unterschiedlicher Ausgestaltung⁷. Allen gemeinsam ist, dass sie verschiedene Informationen im finanziellen Bereich über Einzelpersonen sammeln. Die gesammelten Daten können von einem bestimmten, genau festgelegten Interessentenkreis eingesehen und zur Bewertung der Kreditwürdigkeit potenzieller Kunden herangezogen werden.

30. Das Führen von Kreditdatenbanken hat in mehrfacher Hinsicht positive Auswirkungen. Zum einen vermindern Kreditdatenbanken die negativen Auswirkungen der „adverse selection“, indem einerseits aufgrund der Verminderung des Informationsgefälles zwischen Kreditinstitut und potenziellen Kunden die Ausfallquote gesenkt wird und andererseits den Kreditnehmern aufgrund der möglichen Unterscheidung zwischen guten und schlechten Borgern mehr Kredite zu günstigeren Konditionen zur Verfügung gestellt werden können. Zum anderen wird die Zahlungsmoral der Kreditnehmer gestärkt, da die Aussicht auf Erhalt künftiger Kredite bei Registrierung von Ausfällen beeinträchtigt wird. Sodann kann die Kreditgewährung gestützt auf die registrierten Daten weitgehend standardisiert werden, wodurch von Skalenerträgen profitiert werden kann. Nichtsdestotrotz kann das Führen von Kreditdatenbanken in kartellrechtlicher Hinsicht relevant sein, wie nachfolgend dargelegt wird.

B.3.1.1 Verein zur Führung einer Informationsstelle für Konsumkredit (IKO)

31. Das KKG sieht zur Vermeidung einer Überschuldung der Konsumenten infolge eines Konsumkreditvertrags eine Kreditfähigkeitsprüfung vor, welche jeweils vor Vertragsabschluss durchzuführen ist (Art. 22 i.V.m. Art. 28 Abs. 1 KKG). Gemäss Art. 23 KKG gründen die Kreditgeberinnen eine Informationsstelle für Konsumkredit. Diese gemeinsame Einrichtung, welche ein Bundesorgan im Sinne von Art. 3 Bst. h Datenschutzgesetz (DSG, SR 235.1) ist, hat die Pflicht, die Daten, die im Rahmen von Art. 25-27 KKG anfallen, zu bearbeiten. Meldepflichtige Daten sind die gewährten Konsumkredite, die Höhe, die Vertragsdauer und die monatlichen Raten bei Leasingverträgen sowie der Gebrauch der Kreditoption bei Kredit- und Kundenkartenkonti. Die Kreditinstitute haben dem Gesetzauftrag Folge geleistet und den **Verein zur Führung einer Informationsstelle für Konsumkredit (IKO)** gegründet. Art. 24 KKG regelt den Zugang zu den IKO-Daten. Nur Kreditgeberinnen, die Kredit- und Leasinggeschäfte abschliessen, die dem KKG

⁶ Ausnahmen werden lediglich für Grenzgänger, die in der Schweiz ein festes Arbeitsverhältnis haben, gemacht.

⁷ Vgl. European Commission Directorate-General for Competition, Report on the retail banking sector inquiry, SEC (2007) 106, 31 January 2007, S. 25 ff.

unterstehen, haben Zugang zu den Daten der Informationsstelle; und zwar lediglich insoweit sie die vom KKG vorgeschriebenen Pflichten im Zusammenhang mit der Kreditfähigkeitsprüfung zu erfüllen haben.

B.3.1.2 Zentralstelle für Kreditinformation (ZEK)

32. Neben dem IKO haben die Kreditinstitute bereits 1968 die *Zentralstelle für Kreditinformation (ZEK)*, ein Verein im Sinne von Art. 60 ff. ZGB, gegründet. Das elektronische Informationssystem wurde 1974 eingeführt. Zweck des Vereins ist die Führung einer Meldezentrale über Kredit-, Leasing- und Kreditkarteninteressenten sowie über Verpflichtungen und Bonitäten von Kreditnehmern, Leasingnehmern und Karteninhabern. Die ZEK sammelt als eigenständige Evidenzzentrale neben der neuen IKO weiterhin im bisherigen Rahmen, d.h. weit über die Anforderungen gemäss KKG hinausgehend (u.a. laufende und abgelehnte Kreditgesuche sowie abgemeldete Verträge) Daten und hält diese ihren Mitgliedfirmen zur Verfügung. Das bedeutet, dass ein Kreditinstitut bei der Kreditfähigkeitsprüfung über die Kreditgesuche, die bei anderen Anbietern gestellt wurden (inklusive Höhe des Betrages), informiert wird. Als Vereinsmitglieder können Unternehmen aufgenommen werden, welche gewerbsmässig Kreditverkäufe finanzieren, Kredite in irgendeiner Form gewähren, Miet- und Leasingverträge über bewegliche Güter abschliessen bzw. bevorzugen oder Kreditkarten und Zahlungsverkehrsarten herausgeben. Aus dem Mitgliederverzeichnis geht hervor, dass die führenden Kreditinstitute sowie eine Vielzahl kleinerer Anbieter in der Schweiz dem Verein beigetreten sind.

B.3.1.3 Paralleler Betrieb von zwei Datenbanken

33. Fraglich ist, ob es zulässig ist, dass neben der IKO eine weitere auf privater Basis geführte Datenbank betrieben wird. Den Banken steht es grundsätzlich frei, eine private Datenbank zu führen. Im EU-Raum bestehen in gewissen Mitgliedstaaten sogar mehrere private Datenbanken nebeneinander. So bestehen z.B. in Grossbritannien diverse private "Credit Bureaus" (z.B. Equifax und Experian). In Italien bspw. bestehen zwei "Credit Bureaus", das CTC und das CRIF. Auch die Botschaft zum Konsumkreditgesetz überlässt es den Kreditgeberinnen, ob die ZEK die Informationsstelle für Konsumkredit gemäss Art. 23 KKG betreiben oder ob eine weitere Informationsstelle gegründet werden soll.⁸

34. Die IKO ist wie gesagt gesetzlich vorgesehen und soll die Überschuldung potenzieller Kreditnehmer vermeiden. Zu diesem Zweck sammelt sie die im KKG vorgesehenen Daten. Gemäss Angabe der ZEK können die Banken jedoch gestützt auf diese Daten keine fundierte Bonitätsprüfung vornehmen. Dafür sind sie auf die weiter gehenden Daten angewiesen, welche von der ZEK erhoben werden. Wie nützlich diese Datenbank ist, zeigte sich gemäss ZEK u.a. darin, dass die Ausfallquote in der Schweiz gegenüber dem Ausland relativ gering ist.

35. Sodann können Effizienzgründe für das Weiterbetreiben der ZEK bestehen. Die ZEK erleichtert mit ihrer gegenüber der IKO erweiterten Datensammlung

neuen Marktteilnehmern den Marktzutritt, wie nachfolgend aufgezeigt wird (vgl. Rz. 36 ff). Weiter ist davon auszugehen, dass sich die ZEK durch Effizienzgewinne insgesamt kostensenkend auswirkt (vgl. Rz. 83). Aufgrund dessen ist im Grundsatz das Betreiben der ZEK nicht zu beanstanden.

B.3.2 Diskriminierungsloser Zugang zu einer vollständigen Datensammlung

36. Gemäss dem EU-Report ist für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Führens von Kreditdatenbanken u.a. massgeblich, ob sämtliche relevanten Kreditinstitute ohne Diskriminierung Zugang zu den registrierten Daten haben.⁹ Besonders problematisch sei das Erfordernis einer Banklizenz sowie die Notwendigkeit, eine Niederlassung im fraglichen Land zu haben. In der Schweiz wird für die Mitgliedschaft bei den beiden Kreditdatenbanken lediglich gefordert, dass die Unternehmen gewerbsmässig im Kreditbereich tätig sind. Tatsächlich haben diverse ZEK-Mitglieder keine Banklizenz. Sodann machen weder die IKO noch die ZEK die Mitgliedschaft beim Verein davon abhängig, dass die Kreditgeberin ihren Sitz in der Schweiz hat. Insofern dürften sich deshalb keine Marktabschottungsprobleme ergeben und der Zugang zu den Kreditdatenbanken auf cross-border-Basis gewährleistet sein.

37. Diskriminierungen könnten sich gemäss dem EU-Report auch aufgrund zu hoher Gebühren (Eintritts- und transaktionsabhängige Gebühren) ergeben. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass die ZEK gemäss eigenen Angaben eine "non profit"-Organisation ist. Gemäss Art. 15 der Statuten ist eine einmalige Einkaufsgebühr sowie ein Jahresbeitrag zu leisten. Die Gebühren für den Zugang zu den ZEK-Applikationen sind in der Preisliste ZEK festgelegt.¹⁰ Im Jahr 2006 waren 86 Unternehmen Mitglied des ZEK, d.h. zwei mehr als im Vorjahr. Neben den Marktführern wie z.B. GE Money Bank und Credit Suisse sind auch eine Vielzahl kleinerer Anbietern vertreten. Die von der ZEK verlangten Gebühren scheinen somit kein Hindernis für eine Mitgliedschaft zu sein.

38. Sodann besteht gemäss EU-Report bei Kreditdatenbanken, die von den grossen inländischen Banken gehalten werden, die Gefahr, dass diese relevante Informationen zurückhalten bzw. nicht registrieren, um ihren Konkurrenten die Offertstellung zu erschweren und deren Ausfallquote zu erhöhen, was zu ungünstigeren Angeboten führt.¹¹ Weiter legt der EU-

⁸ Botschaft betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über den Konsumkredit vom 14. Dezember 1998, BBl 1999 S. 3180 f.

⁹ Vgl. European Commission Directorate-General for Competition, Report on the retail banking sector inquiry, SEC (2007) 106, 31 January 2007, S. 32 ff.

¹⁰ Die Preisliste umfasst zahlreiche Positionen, welche vorliegend jedoch nicht dargestellt werden.

¹¹ Vgl. European Commission Directorate-General for Competition, Report on the retail banking sector inquiry, SEC (2007) 106, 31 January 2007, S. 36 f.

Report die Gefahr dar, welche entsteht, wenn gewisse Negativ- oder Positivinformationen willentlich zurückgehalten bzw. nicht registriert werden. Insbesondere neue Marktteilnehmer, welche selber noch nicht über viel Datenmaterial verfügen, sind auf detaillierte und vollständige Informationen der Kreditdatenbanken angewiesen.

39. Die ZEK ist ein Verein mit Kopfstimmprinzip, weshalb er von den grossen Banken nicht gehalten werden kann. Sodann sind die Mitglieder der ZEK *verpflichtet*, sämtliche zu registrierenden Daten zu melden. Aufgrund der Mitgliederliste, welche die Marktführer sowie viele kleinere Anbieter umfasst, kann davon ausgegangen werden, dass die Tätigkeit der kreditaktiven Bevölkerung in der Schweiz nahezu vollständig in der Datenbank der ZEK registriert ist. Weiter registriert die ZEK bezüglich Konsumkrediten und Leasingverträgen sowohl Positiv- als auch Negativinformationen und insbesondere auch die Benützung der Kreditlimite (Angabe in Prozent), welche im EU-Raum offenbar überwiegend nicht angegeben wird. Aufgrund dessen ist vorliegend anzunehmen, dass die von der ZEK registrierten Daten es allen Kreditinstituten – insbesondere auch den neu auf den Markt getretenen – ermöglicht, sich ein detailliertes und vollständiges Bild über die finanzielle Lage eines potenziellen Kunden zu machen.

B.3.3 Unzulässige Wettbewerbsabreden bzw. abgestimmte Verhaltensweisen?

40. Allgemein kann die Frage gestellt werden, ob gegebenenfalls eine unzulässige Wettbewerbsabrede zwischen der IKO und der ZEK besteht. Abgesehen davon, dass im Moment keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, ist eine derartige Wettbewerbsabrede wenig wahrscheinlich. Die IKO und die ZEK sind beide nicht im Bereich Kreditgeschäft tätig und stehen diesbezüglich nicht im Wettbewerb miteinander. Zudem sammeln sie unterschiedliche Daten und bei der IKO handelt es sich um ein Bundesorgan, welches öffentliche Interessen zu wahren hat. Ein Datenaustausch zwischen den beiden Kreditdatenbanken findet nicht statt. Obwohl der Vorstand beider Kreditdatenbanken aus nahezu den gleichen Personen besteht und es sich ausnahmslos um Vertreter von Kreditinstituten handelt, scheinen die IKO bzw. die ZEK gegenüber ihren jeweiligen Mitgliedern genügend unabhängig zu sein, da die Kreditinstitute keinen Zugang zu den Rohdaten haben (vgl. Rz. 43 ff.). Im Zusammenhang mit der IKO wäre schliesslich zu prüfen, ob ein Vorbehalt gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG besteht, da es sich um eine Dienststelle handelt, welche mit öffentlichen Aufgaben des Bundes betraut ist (Art. 22 KKG i.V.m. Art. 3 Bst. h DSG) und die von der IKO zu sammelnden Daten gesetzlich festgelegt sind (Art. 25-27 KKG).

41. Hingegen muss geprüft werden, ob die beiden Kreditdatenbanken nicht als Plattform für den Abschluss von Wettbewerbsabreden zwischen den Kreditinstituten oder für abgestimmte Verhaltensweisen der Kreditgeberinnen missbraucht werden.

42. Eines der wettbewerbsrechtlichen Grundprinzipien besteht darin, dass jeder Wettbewerber seine Preise

und Konditionen eigenständig und unabhängig von den anderen Konkurrenten festlegen muss. Da die Kreditinstitute ihre Preise und Konditionen u.a. gestützt auf die gesammelten Kreditdaten erarbeiten, stellt sich die Frage, ob der Austausch dieser Daten als unzulässige Wettbewerbsabrede zu qualifizieren ist oder zu einer abgestimmten Verhaltensweise führt.

43. Gemäss IKO-Reglement sind bei Barkrediten und Teilzahlungsverträgen oder ähnlichen Finanzierungshilfen sowie bei Leasingverträgen u.a. die folgenden Angaben zu melden: Vertragsbeginn und -ende, Anzahl Raten, Bruttobetrag des Kredits inklusive vertraglich vereinbarte Zinsen und Kosten bzw. Höhe der Leasingverpflichtung sowie die Höhe der Tilgungsraten bzw. der monatlichen Leasingraten. Die ZEK sammelt in einem weiteren Umfang Daten (vgl. ZEK-Reglement), u.a. offene und abgelehnte Kreditanträge, laufende und erfüllte Verpflichtungen aus den Konsumkreditverträgen sowie Angaben zum Zahlungsverhalten (insbesondere erfüllte und nicht erfüllte Verpflichtungen sowie Inkassomassnahmen). Bei diesen Angaben handelt es sich um potenziell wettbewerbsrelevante Daten. Die kartellrechtliche Zulässigkeit des Austausches dieser Daten hängt demnach davon ab, in welcher Form die einzelnen Informationen registriert sind und welche Schlüsse die konkurrierenden Kreditgeberinnen daraus ziehen können.

44. Die Analyse von Registerauszügen der ZEK hat ergeben, dass die Kreditinstitute keinen vollständigen Zugriff auf die von den Konkurrenten gemeldeten Daten (Rohdaten) haben, da die Identität der Kreditgeberin mit einem Code angegeben wird, der von den Vereinsmitgliedern nicht eingesehen werden kann. Sodann werden der Kreditbetrag und der zu bezahlende Zins nicht gesondert angegeben, sondern die gesamte ausstehende Verpflichtung einschliesslich des Zinses. Die dergestalt registrierten Daten ermöglichen es somit nicht, in Erfahrung zu bringen, welche Kreditgeberin einer bestimmten Person welchen Kredit unter welchen Konditionen gewährt hat. Genaue Rückschlüsse auf die Preispolitik und die gewährten Konditionen sind gestützt auf die registrierten Kreditdaten somit nicht möglich. Bei den Kreditgesuchen werden u.a. der Status des Gesuchs sowie der Ablehnungsgrund angegeben. Es erfolgen jedoch keine Angaben zum Gesamtbetrag etc. Die Analyse der registrierten Kreditgesuche ermöglicht oder erleichtert es einem Kreditinstitut somit nicht, das eigene Verhalten im Rahmen eines potenziellen Kreditvertragsabschlusses an die bereits registrierten Angebote der übrigen Konkurrenten anzupassen.

45. Das Sekretariat hat sich schliesslich mit der Anzeige eines potenziellen Kreditnehmers auseinandergesetzt, gemäss welcher die Kreditinstitute einem potenziellen Kunden keine Offerte mehr unterbreiten würden, wenn ein Kreditgesuch in der Datenbank der ZEK bereits registriert sei. Der ZEK und der IKO sind keine Fälle bekannt, in welchen Konkurrenzkreditinstitute einem potenziellen Kunden wegen eines bestehenden Kreditgesuchs keine Offerte unterbreiten hätten. Vielmehr führe eine bestehende Offerte bei Kunden mit guter Bonität zu mehr Wettbewerb, da

andere Konkurrenten bestrebt seien, ein noch vorteilhafteres Angebot zu machen. Gemäss Angaben der befragten Kreditinstitute führt ein bestehendes Kreditgesuch weder zu schlechteren noch zu besseren Konditionen. Zudem verlangen die meisten Kreditinstitute den Rückzug aller anderen Kreditgesuche erst vor der Auszahlung der Kreditsumme und nicht bereits vor der Unterbreitung einer Offerte. Es erscheint daher plausibel, dass der verlangte Rückzug – wie von der ZEK geltend gemacht – tatsächlich der Ausfallverminderung und der Vermeidung der Überschuldung dient.

B.3.4 Zwischenfazit

46. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass keine Diskriminierung beim Zugang zu den registrierten Daten der ZEK erfolgt und dass diese Daten es den Kreditinstituten ermöglichen, sich ein detailliertes und vollständiges Bild über die finanzielle Lage eines potentiellen Kunden zu machen. Weiter liegen keine Indizien vor, wonach die Datenbanken des IKO und der ZEK als Plattform für den Abschluss von Wettbewerbsabreden zwischen den Kreditgeberinnen oder für abgestimmte Verhaltensweisen der Kreditinstitute missbraucht werden. Es wurden in diesem Zusam-

menhang somit keine Indizien für Wettbewerbsbeschränkungen festgestellt, wie sie im EU-Report beschrieben werden.

B.4 Wettbewerb im Konsumkreditmarkt

47. Im Folgenden wird die Wettbewerbsintensität auf dem Konsumkreditmarkt untersucht. Eine geringe Wettbewerbsintensität könnte auf eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 KG oder auf eine (kollektiv) marktbeherrschende Stellung der Kreditinstitute gemäss Art. 4 Abs. 2 und Art. 7 KG zurückzuführen sein. Da die Bestimmungsfaktoren horizontaler Wettbewerbsabreden und kollektiver Marktbeherrschung weitgehend identisch sind, muss bei der Wettbewerbsanalyse nicht zwischen beiden Rechtstatbeständen unterschieden werden.

B.4.1 Aktuelle Konkurrenz

48. Auf dem schweizerischen Markt für Konsumkredite sind zur Zeit verschiedene Anbieter tätig. Das Sekretariat hat im Rahmen der Vorabklärung 11 Anbieter von Konsumkrediten befragt. Aufgrund der eingegangenen Antworten lassen sich die folgenden Marktanteile für die Jahre 2001-2005 berechnen:

<i>Kreditinstitut</i>	<i>2001</i>	<i>2002</i>	<i>2003</i>	<i>2004</i>	<i>2005</i>
GE Money Bank (& Prokredit) ¹²	60%-70%	60%-70%	60%-70%	50%-60%	50%-60%
Credit Suisse (& City Bank) ¹³	20%-30%	20%-30%	20%-30%	20%-30%	20%-30%
Migrosbank	0%-10%	0%-10%	0%-10%	0%-10%	0%-10%
BC Vaudoise	0%-10%	0%-10%	0%-10%	0%-10%	0%-10%
Cashgate	-	-	-	-	0%-5%
Raiffeisen	-	-	-	0%-5%	0%-5%
BC Genève	0%-5%	0%-5%	0%-5%	0%-5%	0%-5%
BC Neuchâteloise	0%-5%	0%-5%	0%-5%	0%-5%	0%-5%
BC Valais	0%-5%	0%-5%	0%-5%	0%-5%	0%-5%
BEKB	0%-5%	0%-5%	0%-5%	0%-5%	0%-5%
BC Fribourg	0%-5%	0%-5%	0%-5%	0%-5%	0%-5%
HHI	4706	4741	4348	3942	3830

Tabelle 2: Marktanteile und HHI

¹² 1997 hat die General Electric Capital Corporation (GECC) von der ehemaligen Schweizerischen Bankgesellschaft die im Konsumkredit aktive Bank Aufina übernommen. Diese Übernahme wurde von der Weko am 18. August 1997 als unbedenklich erklärt (vgl. RPW 1997/3, S. 358 ff.). 1998 hat die GECC sodann auch die Bank Prokredit vom ehemaligen Schweizerischen Bankverein erworben und somit ihre Stellung im schweizerischen Konsumkreditmarkt verstärkt. Trotz dem Erreichen von Marktanteilen von ca. 50%, hat

die Weko diesen Zusammenschluss unter Berücksichtigung der voraussichtlichen Marktentwicklung bewilligt (vgl. RPW 1999/1, S. 168 ff.).

¹³ Credit Suisse hält seit [...] eine Beteiligung an der City Bank AG. [...]. 2007 wurden die Geschäftsbereiche Privatkredit und Leasing der Credit Suisse sowie der City Bank in die BANK-now integriert (vgl. Fn. 1). Der Marktanteil der City Bank beträgt im Durchschnitt für die fünf betrachteten Jahre ca. [...] %.

49. Als erstes kann festgehalten werden, dass die Befragung des Sekretariats als repräsentativ bezeichnet werden kann. Insbesondere wurden die vier wichtigsten Akteure auf dem Konsumkreditmarkt (GE Money Bank, Credit Suisse, Migrosbank, BC Vaudoise) von der Befragung erfasst, welche zusammen in den Jahren 2001-2005 einen Marktanteil von über 90% hatten. Die restlichen Akteure verfügen hingegen über Marktanteile von deutlich weniger als 5%. Der Markt für Konsumkredite kann folglich als sehr konzentriert bezeichnet werden, was auch in den hohen Werten des Herfindahl-Hirschmann Index (HHI) zum Ausdruck kommt.

50. Trotzdem zeigt sich über die betrachteten fünf Jahre eine gewisse Dynamik im Konsumkreditmarkt. So hat der grösste Akteur auf dem Markt, GE Money

Bank, mit einer Reduktion von rund [...] % deutlich an Marktanteilen verloren, während die Credit Suisse ca. [...] % an Marktanteilen dazu gewinnen konnte. Diese Entwicklung widerspiegelt sich auch in der Abnahme des HHI von 4706 Punkten im Jahre 2001 auf 3830 Punkte im Jahre 2005. Auch die erfolgreichen Markteintritte von Raiffeisen im Jahre 2003 und der Cashgate im Jahre 2004 weisen auf eine Zunahme des Wettbewerbs hin, auch wenn diese zwei Akteure zur Zeit noch über keine bedeutenden Marktanteile verfügen.

51. Indizien für die Existenz eines gewissen Wettbewerbs im Bereich der Konsumkredite lassen sich auf aggregiertem Niveau ebenfalls aus nachfolgender Tabelle ersehen:

	<i>Kreditvolumen (in CHF)</i>	<i>Anzahl Kredite</i>	<i>Durchsch. Kredit- höhe (in CHF)</i>	<i>Durchsch. Zinssatz</i>
2001	4'549 Mio.	237'453	19'156	12,45%
2002	5'123 Mio.	256'228	19'993	12,38%
2003	4'831 Mio.	233'002	20'773	12,21%
2004	4'492 Mio.	239'996	18'716	11,78%
2005	4'571 Mio.	237'336	19'259	11,34%

Tabelle 3: Marktentwicklungen

52. Das aggregierte Kreditvolumen in CHF, die Anzahl vergebener Konsumkredite sowie die durchschnittliche Höhe der vergebenen Kredite war in den betrachteten fünf Jahren nur relativ geringen Schwankungen unterworfen. Gleichzeitig sank der durchschnittliche Zinssatz zwischen 2001 und 2005 um etwas mehr als ein Prozent.

53. Um ein besseres Bild des Konsumkreditmarktes zu erhalten, ist es sinnvoll, nicht nur aggregierte Daten zu betrachten, sondern die einzelnen Kreditinstitute miteinander zu vergleichen. Die nachstehende Tabelle erlaubt einen Überblick über die Konditionen der Vergabe von Konsumkrediten per Anfang 2006¹⁴.

¹⁴ Bereits haben einzelne Anbieter in den vergangenen Monaten ihre Zinssätze unter 8% gesenkt (so z.B. [...]).

Kreditinstitut	Zinssatz (%)	Min	Max	Laufzeit (Mt.)
	8,5-14,5	1'000	80'000	6-60
	11,5-13,95	1'000	80'000	12-60
	9,9-12,5	500	60'000	6-60
	10,0-14,5	1'000	80'000	12-48
	8,25-11,0	3'000	80'000	12-60
	10,9	1'000	80'000	6-60
	8,4-9,99	3'000	60'000	12-60
	8,25-9,25	1'000	80'000	6-60
	8,95	--	--	3-60
	8,95	3'000	40'000	12-48
	8,5	2'500	70'000	6-60
	8,5	1'000	50'000	12-60
	8,0	1'000	40'000	12-60

Tabelle 4: Konditionen für Konsumkredite

54. In Tabelle 4 fällt insbesondere die grosse Differenz von 6,5% zwischen dem höchsten Zinssatz von 14.5% [...] und dem niedrigsten Zinssatz von 8% [...] (Stand Anfang 2006) auf. Dies lässt einerseits auf das Bestehen eines gewissen Wettbewerbs zwischen den einzelnen Kreditinstituten schliessen und kann andererseits dahingehend gedeutet werden, dass die Kreditinstitute mit ihren Angeboten nicht alle dasselbe Konsumentensegment ansprechen. So kann angenommen werden, dass Kreditinstitute, welche Kon-

sumkredite nach relativ restriktiven Kriterien der Kreditwürdigkeit und -fähigkeit vergeben, tendenziell Zinssätze unter 10% anbieten. Zinssätze über 10% weisen hingegen auf eine weniger restriktive Kreditvergabepolitik hin, welche ein höheres Ausfallrisiko in sich birgt. Dies bestätigt auch eine Analyse der durchschnittlichen Zinssätze der vier grössten Anbieter von Konsumkrediten, welche eine deutliche Segmentierung des Konsumkreditmarktes aufzeigt (vgl. Abbildung 1).

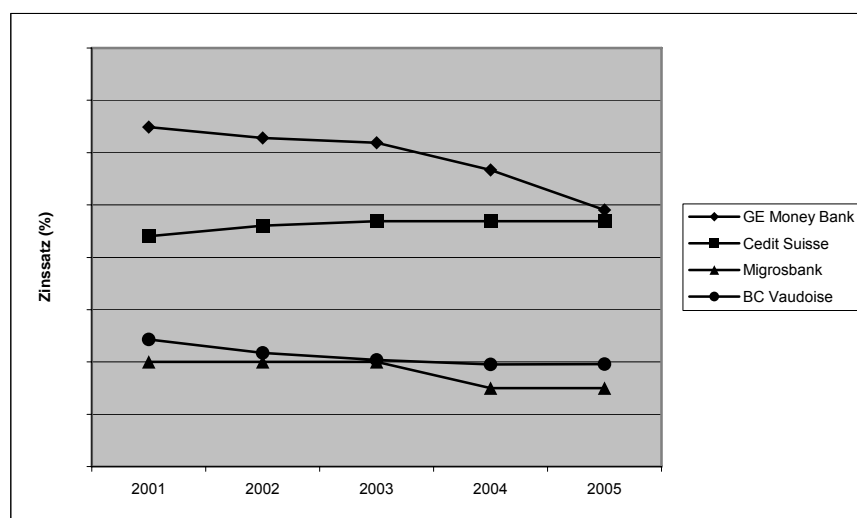


Abbildung 1: durchschnittliche Zinssätze

55. Es lassen sich in der Schweiz folglich grob zwei Gruppen von Konsumkreditanbietern unterscheiden: Zur ersten Gruppe gehören die etablierten Kreditinstitute GE Money Bank, Credit Suisse sowie die kürzlich auf den Markt getretene Cashgate, welche vor allem im "Hochzins-Segment" operieren und zur Zeit über

einen gemeinsamen Marktanteil von über 80% verfügen. Die zweite Gruppe besteht aus den nicht in Cashgate vertretenen Kantonalbanken, der Migrosbank und Raiffeisen, welche sich auf bessere Risiken zu konzentrieren scheinen und in diesem "Tiefzins-Segment" einen Marktanteil von über 10% erreichen.

Dabei kann angenommen werden, dass die Kantonalbanken Konsumkredite in erster Linie zur Vervollständigung ihres Produkteportfolios führen und diese vor allem ihren eigenen Kunden anbieten, was ihren kleinen Marktanteil erklärt. Aufgrund der bereits bestehenden Kundenbeziehung, was eine bessere Einschätzung der Kreditwürdigkeit und -fähigkeit erlaubt, und einer eher restriktiven Kreditvergabepolitik ist es diesen Banken möglich, relativ tiefe Zinssätze anzubieten.

56. Aufgrund dieser Segmentierung könnte sogar die Frage gestellt werden, ob der relevante Markt nicht in ein "Hochzins-" und ein "Tiefzins-Segment" unterteilt werden müsste.¹⁵ So sind insbesondere für Kunden mit einer tiefen Kreditwürdigkeit und -fähigkeit die Angebote aus dem "Tiefzins-Segment" (Migrosbank, Raiffeisen und Kantonalbanken) kaum als Substitute zu betrachten. Umgekehrt können die Angebote aus dem "Hochzins-Segment" für Personen mit einer höheren Kreditwürdigkeit und -fähigkeit nicht als effektive Substitute bezeichnet werden, da kaum jemand bereit wäre, einen teuren Konsumkredit zu beziehen, solange billigere Kredite verfügbar sind. Viel eher wäre im "Tiefzins-Segment" zu prüfen, ob allenfalls andere Kreditformen, wie z.B. Überzugslimiten auf Privatkonti, als Substitute zu Konsumkrediten in Frage kommen. Einen Anhaltspunkt dafür, dass Konsumkredite für Personen mit einer höheren Kreditwürdigkeit und -fähigkeit weniger attraktiv sind und diesen Personen vermutlich in der Regel andere Finanzierungsmöglichkeiten offen stehen, lässt sich auch an den Marktanteilen ablesen. So vereinen die Kreditinstitute im "Tiefzins-Segment", in dem für die Kunden Ausweichmöglichkeiten bestehen dürften, typischerweise einen Marktanteil von weniger als 15% auf sich. Die Frage, ob eine engere Marktabgrenzung vorzunehmen ist, kann jedoch vorliegend offen gelassen werden.

57. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Konsumkreditmarkt zwar stark konzentriert ist, trotzdem jedoch keine hinreichenden Anzeichen für ein koordiniertes Verhalten unter den Marktteilnehmern zu finden sind. Folgende Punkte sprechen für die Existenz von aktueller Konkurrenz im Markt:

- Auf aggregierter Ebene ist in den letzten Jahren das Zinsniveau sowie die Marktkonzentration gesunken.
- Die grosse Differenz von 6,5% zwischen dem höchsten Zinssatz von 14,5% ([...] und [...]) und dem niedrigsten Zinssatz von 8% ([...]; Stand Anfang 2006) lässt ebenfalls auf das Bestehen eines gewissen Wettbewerbs zwischen den einzelnen Kreditinstituten schliessen.
- Im "Hochzins-Segment" hat insbesondere der Marktleader GE Money Bank trotz stetiger Zinsanpassungen nach unten bedeutend Marktanteile eingebüsst ([...]). Gleichzeitig konnte die Credit Suisse ca. [...] % an Marktanteilen dazu gewinnen, was auf eine gewisse Dynamik im Markt hinweist.
- Durch die Markteintritte von Cashgate und Raiffeisen kommen zwei neue Anbieter auf den Markt, welche ebenfalls für mehr Wettbewerb sorgen.

- Zudem ist davon auszugehen, dass aufgrund der beiden Markteintritte von Cashgate mit einem einheitlichen Zinssatz von [...] % und Raiffeisen mit einem maximalen Zinssatz von [...] % die Zinsen im "Hochzins-Segment" tendenziell weiter unter Druck kommen.

- Auch im „Tiefzins-Segment“ zeigt sich eine Tendenz zu sinkenden Zinsen. Im "Tiefzins-Segment" kann zudem davon ausgegangen werden, dass alternative Finanzierungsformen wie z.B. Überzugslimiten auf Privatkonti eine gewisse disziplinierende Wirkung auf den Markt ausüben.

58. Zur weiteren Abklärung der Wettbewerbsintensität auf dem Konsumkreditmarkt wäre auch eine Analyse der Gewinnsituation der Kreditinstitute, insbesondere im Vergleich mit dem Ausland, aufschlussreich gewesen. Aufgrund der identifizierten Faktoren, welche auf einen gewissen Wettbewerb hindeuten, sowie der Schwierigkeit Vergleichsdaten aus dem Ausland zu beschaffen, wurde im Rahmen der vorliegenden Vorabklärung jedoch auf eine solche Analyse verzichtet.

B.4.2 Potenzielle Konkurrenz

59. Im Rahmen der Analyse der potenziellen Konkurrenz im Zusammenhang mit dem Zusammenschluss GE/Prokredit im Jahre 1998 (vgl. Fn. 12) kam die Weko zum Schluss, dass insbesondere aufgrund genügender potenzieller Konkurrenz der Zusammenschluss zugelassen werden kann (RPW 1999/1, S. 164 ff.). In der Zwischenzeit sind effektiv Marktzutritte erfolgt (z.B. Cashgate, Raiffeisen). Diese Entwicklung dauerte jedoch sechs bis sieben Jahre, was in der Regel aus kartellrechtlicher Sicht als eine zu lange Zeitdauer eingeschätzt wird, um sich im Sinne potenzieller Konkurrenz disziplinierend auf den Markt auszuwirken. Deshalb bietet es sich an, die potenzielle Konkurrenz erneut zu beurteilen.

60. Grundsätzlich sind auf dem Markt für Konsumkredite zwei Arten von Markteintritten denkbar: einerseits durch weitere Schweizer Banken, andererseits durch ausländische Kreditinstitute.

61. Betreffend weiterer schweizerischer Anbieter von Konsumkrediten ist davon auszugehen, dass neue Markteintritte in der kurzen Frist eher unwahrscheinlich sind. Mit den Markteintritten von Cashgate und Raiffeisen ist heute der Grossteil der Schweizer Banken, mit Ausnahme der UBS, im Konsumkreditgeschäft vertreten. Letztere hat in der Presse verschiedentlich verlauten lassen, dass sie aus Reputationsgründen derzeit nicht gedenkt, in den Konsumkreditmarkt einzusteigen.

¹⁵ Ähnliche Überlegungen wurden von der Wettbewerbskommission bereits im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens GE/ Prokredit angestellt (vgl. RPW 1999/1, S. 155 ff.).

62. Bezüglich ausländischer Kreditinstitute zeigt die starke Präsenz der GE Money Bank auf dem schweizerischen Konsumkreditmarkt, dass Markteintritte grundsätzlich möglich sind. Es kann jedoch festgehalten werden, dass der schweizerische Konsumkreditmarkt relativ klein ist und verglichen mit anderen europäischen Ländern durch eine geringe Marktpenetration gekennzeichnet ist. Gemäss der Studie "Consumer Credit in Europe"¹⁶ machen Konsumkredite in der Schweiz, gemessen am Bruttoinlandprodukt, nur gerade etwas mehr als 2% aus, während diese Rate in anderen Ländern massiv höher liegt (vgl. Tabelle 5).¹⁷

Land	% von BIP	Land	% von BIP
England	15%-16%	Spanien	7%-8%
Norwegen	12%-13%	Belgien	5%-6%
Deutschland	10%-11%	Holland	4%-5%
Österreich	9%-10%	Italien	3%-4%
Frankreich	8%-9%	Schweiz	2%-3%

Tabelle 5: Anteil Konsumkredit am BIP

Inwiefern Markteintritte für noch nicht etablierte ausländische Kreditinstitute attraktiv wären, kann an dieser Stelle nicht abschliessend beantwortet werden. So kann die geringe Marktpenetration in der Schweiz ein Indiz für einen kleinen, gesättigten Markt sein oder aber auf ein bestehendes zusätzliches Entwicklungspotenzial im Markt hindeuten. Es gibt jedoch einige Anhaltspunkte, welche die Wahrscheinlichkeit von Markteintritten ausländischer Kreditinstitute negativ beeinflussen dürften. Zum Beispiel die vergleichsweise hohen Produktionskosten in der Schweiz, die negative Wahrnehmung von Konsumkreditprodukten in der Bevölkerung, die relativ strengen gesetzlichen Vorschriften oder die Dreisprachigkeit der Schweiz. Die erwähnten Faktoren werden unter Abschnitt C vertieft analysiert.

63. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die potenzielle (inländische und ausländische) Konkurrenz auf dem Markt für Konsumkredite aus den oben ausgeführten Gründen eher schwach sein dürfte.

B.4.3 Zwischenfazit

64. Der schweizerische Konsumkreditmarkt zeichnet sich durch eine sehr hohe Konzentration aus. Die vier wichtigsten Akteure auf diesem Markt (GE Money Bank, Credit Suisse, Migrosbank, BC Vaudoise) erreichen gemeinsam einen Marktanteil von über 90%. Die hohen Werte des Herfindahl-Hirschmann Index (HHI) weisen ebenfalls auf eine starke Konzentration hin.

65. Trotz dieser hohen Konzentration konnten keine hinreichenden Anzeichen auf dem Konsumkredit-

markt identifiziert werden, welche auf ein koordiniertes Verhalten der Akteure schliessen lassen und die Eröffnung einer Untersuchung rechtfertigen würden. Die in der Vorabklärung vorgefundenen Faktoren deuten eher auf eine Zunahme des Wettbewerbs in den letzten Jahren: Erstens ist der Marktanteil des grössten Marktteilnehmers GE Money Bank bei praktisch unverändertem Gesamtkreditvolumen von [...] % in 2001 auf [...] % in 2005 gesunken. Zweitens weisen die Markteintritte der Raiffeisen im Jahre 2003 und der Cashgate im Jahre 2004 auf eine Zunahme des Wettbewerbs hin. Drittens kann im Hinblick auf die Preise im Konsumkreditmarkt festgestellt werden, dass der durchschnittliche Zinssatz für Konsumkredite um mehr als 1% gesunken ist. Schliesslich zeigt die Differenz von 6,5% zwischen dem höchsten Zinssatz von 14,5% und dem niedrigsten Zinssatz von 8% (Stand Anfang 2006), dass die Angebote zwischen Kreditinstitute heterogen sind.

66. Im Unterschied zur aktuellen Konkurrenz, welche auf einen gewissen Wettbewerb im Konsumkreditmarkt hindeutet, wird die potenzielle Konkurrenz durch in- und ausländische Anbieter als eher gering eingestuft.

67. Für das Sekretariat bestehen aufgrund der obigen Ausführungen keine genügenden Anhaltspunkte für eine unzulässige Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG oder eine kollektive Marktbeherrschung im Sinne von Art. 7 KG auf dem Markt für Konsumkredite, welche die Eröffnung einer Untersuchung rechtfertigen würden.

C. PREISDIFFERENZ

C.1 Allgemeines

68. Wie einleitend erwähnt, war einer der Auslöser der vorliegenden Vorabklärung ein Zeitungsbericht, welcher ausführte, dass die Zinsen für Konsumkredite in der Schweiz deutlich höher liegen würden als im vergleichbaren Ausland. Dabei soll gemäss dem Cash Artikel der durchschnittliche Zinssatz im europäischen Raum bei 7,7% liegen. Demgegenüber ist der durchschnittliche Zinssatz in der Schweiz in Höhe von 11,3% tatsächlich deutlich höher. Aus den obigen Ausführungen folgt, dass verschiedene Kriterien auf das Bestehen eines gewissen Wettbewerbs auf dem Schweizer Konsumkreditmarkt hindeuten. Genügend Indizien für das Eröffnen einer Untersuchung konnten weder im Zusammenhang mit den Kreditdatenbanken noch zwischen den Kreditinstituten gefunden werden. Somit stellt sich die Frage, inwiefern weitere Faktoren die Höhe des Zinssatzes in der Schweiz sowie die bestehenden Zinsunterschiede zum Ausland beeinflussen können (C.3). Anschliessend wird kurz auch

¹⁶ Mercer Oliver Wyman, "Consumer Credit in Europe: riding the wave", November 2005.

¹⁷ Unter Konsumkrediten summieren die Autoren „Revolving credits“, „Personal loans and cars“ sowie „Other credits“. Der Anteil der Konsumkredite, wie der Begriff in diesem Bericht verwendet wird, am Bruttoinlandprodukt dürfte folglich in der Schweiz bedeutend unter 2% liegen.

das Verhalten der Konsumenten betrachtet (C.4). Vorab muss allerdings präzisiert werden, dass ein direkter Vergleich von in- und ausländischen Zinsniveaus im Bereich der Konsumkredite mit verschiedenen Problemen behaftet ist (C.2).

C.2 Beschränkte Möglichkeit des Zinsvergleiches mit dem Ausland

69. Im Unterschied zur Schweiz führen die meisten europäischen Zentralbanken Zinsstatistiken im Bereich der Konsumkredite.¹⁸ Aus verschiedenen Gründen lässt jedoch ein Vergleich von in- und ausländischen Zinsstatistiken keine schlüssigen Aussagen über die Wettbewerbsverhältnisse zu. Erstens geht aus diesen Statistiken in der Regel nicht hervor, wie Konsumkredite in den entsprechenden Ländern genau definiert werden. So ist davon auszugehen, dass in verschiedenen Ländern beispielsweise auch pfandgesicherte Kredite (Lombardkredite etc.) in die Statistiken miteinbezogen werden, was das durchschnittliche Zinsniveau sinken lässt. Zweitens ist aus den Statistiken in der Regel nicht ersichtlich, ob es sich um Netto- oder Bruttozinssätze handelt, da Kreditnehmer oftmals neben den Zinskosten andere Kosten, wie Administrationsgebühren etc. tragen müssen (vgl. auch Rz. 91). Drittens ist nicht auszuschliessen, dass sich die Risikoprofile der Kreditnehmer in den einzelnen Ländern fundamental unterscheiden, was einen entscheidenden Einfluss auf die Höhe des durchschnittlichen Zinsniveaus ausüben kann. Für solche Unterschiede im Risikoprofil können einerseits regulatorische Faktoren verantwortlich sein. Die Festsetzung eines gesetzlichen Höchstzinssatzes für Konsumkredite beeinflusst z.B. die Kreditvergabepolitik der Kreditinstitute entscheidend, indem sie beispielsweise gewisse schlechte Risiken aus dem Markt ausschliesst, welche ohne gesetzliche Regelung Kredite zu höheren Zinssätzen bekommen hätten (vgl. Rz. 72 ff.). Andererseits können auch sozioökonomische Faktoren ausschlaggebend sein, wie beispielsweise die Zahlungsmoral, das Image von Konsumkrediten in der Gesellschaft etc (vgl. Rz. 82f.).

70. In verschiedenen Ländern existieren Internetseiten, auf denen nationale Kreditvergleiche angestellt werden können.¹⁹ Auf diese Weise ist es möglich, sich einen Überblick über die Konsumkreditangebote in einzelnen Ländern zu verschaffen. Ein Zinsvergleich mit dem Ausland ist jedoch auch auf diese Weise nicht möglich. So kennt England beispielsweise keine gesetzlichen Höchstzinssätze, was für eine Kreditanfrage von £ 8'000 (ca. CHF 20'000) zu Offerten mit Zinssätzen von 5.6% bis zu über 30% führen kann, während in Deutschland die Zinssätze für eine analoge Anfrage zwischen ca. 7% und 14% variieren. Um einen effektiven Vergleich von Zinssätzen zwischen verschiedenen Ländern zu bewerkstelligen, müsste in jedem Land eine inländische Person mit identischem Risikoprofil bei verschiedenen Kreditinstituten konkrete Offerten einholen. Nur so wäre wohl ein aussagekräftiger Zinsvergleich zwischen der Schweiz und anderen europäischen Ländern möglich.

71. Die Frage, ob die Zinsen für Konsumkredite in der Schweiz effektiv höher liegen als im umliegenden

Ausland, lässt sich folglich ohne eine vertiefte Analyse nicht abschliessend beantworten. Eine vertiefte Analyse wird jedoch durch nicht leicht zugängliche Daten im In- und Ausland erschwert. Unterschiedlich erfasste und dadurch kaum vergleichbare Daten sind ebenfalls ein Problem. Für weitere Untersuchungen wäre es diesbezüglich hilfreich und wünschenswert, wenn zumindest die Durchschnittsinssätze auf dem Konsumkreditmarkt in der Schweiz statistisch erfasst würden (z.B. durch SNB, BfS, etc.).

C.3 Mögliche Faktoren für Zinsunterschiede im Vergleich zum Ausland

72. Obwohl die Frage der relativen Höhe der Schweizer Konsumkreditzinsen im Vergleich zum Ausland nicht abschliessend beantwortet werden kann, soll im Folgenden auf verschiedene Faktoren eingegangen werden, welche sich in der Schweiz gemäss den befragten Kreditinstituten kostensteigernd auswirken können.

C.3.1 Regulierungsdichte in der Schweiz

73. Die meisten befragten Banken argumentierten, dass sich die in der Schweiz im Vergleich mit dem Ausland besonders hohe Regulierungsdichte im Konsumkreditbereich kostensteigernd auswirkt. Diese Aussage gilt es nachfolgend zu beleuchten.

74. Die gesetzliche Grundlage für das Konsumkreditgeschäft in der Schweiz stellt das KKG vom 23. März 2001 dar. Es löste das von 1993 datierende erste KKG ab, welches seinerseits praktisch unverändert der einschlägigen EG-Richtlinie 87/102 nachempfunden war. Diese Richtlinie wurde von den Mitgliedsländern der EU mittlerweile vollständig umgesetzt, so auch von den im Folgenden zu betrachtenden Nachbarländern der Schweiz (vgl. Tabelle 6, Rz. 76). Ferner setzte das Fürstentum Liechtenstein im Oktober 1992 ein mit dem KKG 1993 (und damit auch der europäischen Richtlinie) weitgehend identisches Konsumkreditgesetz in Kraft, das bis heute praktisch unverändert geblieben ist.

75. Die EG-Richtlinie 87/102 stellt sogenannte Mindeststandards für den Konsumentenschutz auf. Ein Rechtsvergleich mit den EU-Staaten erweist sich insofern als einfach. Die EU-Staaten dürfen allerdings auch Landesrecht schaffen, das über die EG-Richtlinie hinausgeht, was die meisten Länder auch getan haben. Genau hier liegt aber auch die Schwierigkeit, die verschiedenen staatlichen Regelungen zu vergleichen: Konsumentenschutz ist ein Querschnittsproblem, so dass sich entsprechende Bestimmungen nicht nur im jeweiligen Konsumkreditgesetz zu finden sind, sondern verstreut auf die gesamte jeweilige Rechtsord-

¹⁸ Die Schweizerische Nationalbank kann in diesem Zusammenhang als eine Ausnahme bezeichnet werden. Sie führt nur Zinsstatistiken von Märkten, in welchen systemische Risiken auftreten können. Das Volumen des Konsumkreditmarktes in der Schweiz ist dafür zur Zeit zu klein.

¹⁹ Vgl. z.B. <http://www.moneysupermarket.com/> für England, <http://www.kredit-magazin.com/> für Deutschland, <http://www.espacecredit.com> für Frankreich oder <http://www.comparis.ch> für die Schweiz.

nung. Eine Übersicht findet sich in der bundesrätlichen Botschaft zum geltenden KKG (BBI 1999, S. 3170 f.). Sie ist allerdings teilweise bereits überholt.

76. Tabelle 6 verschafft einen Überblick mit den wichtigsten Konsumentenschutzbestimmungen einzelner Länder, welche für den Kreditgeber tendenziell kostensteigernd wirken können.

<i>Land/ Schutzbest.</i>	<i>Sanktion bei Gesetzesverletzungen</i>	<i>Widerrufsrecht</i>	<i>Höchstzinsen</i>	<i>Kreditfähigkeitsprüfung</i>
<i>EG-Richtlinie</i>	Nicht geregelt	Nicht geregelt	Nicht geregelt	Nicht geregelt
<i>Schweiz</i>	KK-Vertrag nichtig; Rückzahlung bis Ablauf Kreditdauer ohne Zinsen; Verstoss Kreditfähigkeitsprüfung: Verlust Kreditsumme und Zinsen des Kreditgebers	Widerrufsfrist 7 Tage ab Vertragszustellung; falls Kredit vorzeitig ausbezahlt: Rückzahlung bis Ablauf Kreditdauer ohne Zinsen	Ja, derzeit 15 % (Art. 14 KKG)	Art. 22 ff. KKG (IKO); kantonale Unterschiede hinsichtlich Existenzminimum
<i>Deutschland</i>	KK-Vertrag nichtig; wenn Kredit ausbezahlt, gültig, Fehler bei Zins- Kostangaben: Gesetzlicher Zinssatz geschuldet, nicht offengelegte Kosten sind nicht geschuldet	Widerrufsfrist 14 Tage ab Mitteilung einer deutlich gestalteten Belehrung über das Widerrufsrecht	Keine Regelung im KKG, aber Wucherverbot	Nur Begrenzung Verzugszinssatz und Pflicht, zur Inhaltskontrolle von Verträgen, die Vertragspartner ungewöhnlich stark belasten (Rechtsprechung/BGB)
<i>Österreich</i>	KK-Vertrag gültig; Zins geschuldet, aber (strafrechtliche) Geldstrafe	Widerrufsrecht nur bei Haustürgeschäften	Nicht geregelt	Richterl. Mässigungsrecht der Kreditrückzahlung, falls der Konsument als Dritter für Konsumkredit einsteht
<i>Frankreich</i>	KK-Vertrag nichtig; Zins nicht geschuldet, Kreditgeber muss erhaltene Leistungen verzinst zurückerzahlen	Widerrufsfrist 7 Tage ab Vertragszustellung	Nicht geregelt	Nicht geregelt
<i>Italien</i>	KK-Vertrag gültig; Gesetzlicher oder vom Ministro del tesoro festgelegter Zinssatz geschuldet	Widerrufsrecht nur bei Haustürgeschäften	Keine Regelung im KKG, aber strafrechtliches Wucherverbot: Von der Banca d'Italia berechneter Durchschnittszinssatz darf um die Hälfte überschritten werden	Nicht geregelt
<i>Liechtenstein</i>	KK-Vertrag nichtig; Rückzahlung bis Ablauf Kreditdauer ohne Zinsen; Verstoss Kreditfähigkeitsprüfung: Verlust Kreditsumme und Zinsen	Widerrufsrecht nur bei Haustürgeschäften	Nicht geregelt	Ja, in der Bankenverordnung

Tabelle 6: Vergleich Konsumentenschutzbestimmungen

(Quelle: Botschaft vom 14. Dezember 1998 betreffend die Änderung des Bundesgesetzes über den Konsumkredit, BBI 1999 III 3170 f.)

77. Die Tabelle zeigt, dass die Schweiz mit dem neuen KKG wie alle Nachbarländer ebenfalls über den Mindeststandard der europäischen Richtlinie hinaus ging, indem sie etwa ein Widerrufsrecht der Konsumenten, Höchstzinsvorschriften, eine systematische Kreditfähigkeitsprüfung mit einer vorgängig obligatorisch zu

konsultierenden Informationsstelle zur Kreditvergabe (IKO) einführte.²⁰ Ob diese Änderungen zu einer massiven Verschärfung des Konsumentenschutzes und damit zu einer tendenziellen Verteuerung der Konsumkredite geführt haben, ist umstritten: Der Jahresbericht 2002 des Verbandes Schweizerischer Kreditbanken und Finanzierungsinstitute (VSKF) bezeichnet das neue KKG als das restriktivste in Europa, ohne dies allerdings zu begründen (vgl. Jahresbericht VSKF 2002, S. 2). Im Übrigen steht der VSKF dem KKG jedoch weitgehend positiv gegenüber, abgesehen von dem durch den Bundesrat zu bestimmenden Höchstzinssatz.²¹ Das Bundesamt für Justiz betont hingegen die „Unauffälligkeit des schweizerischen Konsumkreditrechts“ im europäischen Umfeld und bezeichnet die Unterschiede zwischen der schweizerischen und ausländischen Konsumkreditgesetzgebung als marginal.²²

78. Effektive kostenrelevante Unterschiede zwischen den untersuchten Ländern bestehen bei der Kreditfähigkeitsprüfung, die in der Schweiz vergleichsweise streng gehandhabt wird und (im Gegensatz zu den umliegenden Ländern) im KKG selber geregelt ist. Als kostentreibend erweist sich dabei gemäss Angaben der befragten Kreditinstitute vor allem der Umstand, dass für den pfändbaren Teil des Einkommens das Existenzminimum des Wohnsitzkantons des Kreditnehmers zu ermitteln ist. Da das Existenzminimum in den verschiedenen Kantonen unterschiedlich berechnet wird, haben die Kreditinstitute für jeden Kanton eine softwareseitig gesonderte Berechnungsformel zu implementieren und diese bei jeder Änderung entsprechend anzupassen.

79. Die Tatsache, dass die Schweiz einen Höchstzinssatz im Kreditbereich kennt, kann sich kostenmässig indirekt auswirken, indem gewisse (riskante) Kredite, die aufgrund der Ausfallquote einen höheren Zins als die vorgesehenen 15% rechtfertigen, nicht vergeben werden, was das Kreditvolumen und somit allfällige Skalenerträge reduziert. Die einschränkenden Wirkungen eines Höchstzinssatzes können bis zu einem gewissen Grad dadurch gemildert werden, dass riskantere Kredite vergeben werden, deren Risiken aber teilweise durch sicherere Kredite quersubventioniert werden. Eine solche Strategie kann jedoch nur funktionieren, falls die besseren Risiken keine Ausweichmöglichkeiten haben, d.h. nicht bei einem anderen Kreditinstitut einen ihrem Risikoprofil entsprechend billigeren Kredit beziehen können. In Ländern ohne Höchstzinssätze, wie beispielsweise in den USA werden Konsumkredite mit Zinssätzen bis zu über 300% gewährt (z.B. für kleine Kredite, welche bis zum nächsten Gehalt gewährt werden, sogenannte *pay-day-loans*), was ein vollumfängliche, risikogerechte Abdeckung des Marktes erlaubt.

80. Die übrigen gesetzlichen Abweichungen fallen aufgrund der geringen Unterschiede oder der fehlenden Kostenrelevanz kostenmässig nicht ins Gewicht. Insgesamt betrachtet ist somit fraglich, ob allein aufgrund der Gesetzgebung im Bereich des Konsumkreditwesens auf eine gegenüber den Nachbarländern

unterschiedliche Zinshöhe für Konsumkredite in der Schweiz geschlossen werden kann.²³

81. Möglich wäre schliesslich eine Beeinflussung der Zinsen durch die übrigen bankenrechtlichen Gesetzesbestimmungen. Diese wurden jedoch von den befragten Instituten im Vergleich zu den ausländischen Regelungen weder als besonders restriktiv noch als kostentreibend bezeichnet, sodass ein diesbezüglicher Vergleich unterbleiben kann.

C.3.2 Produktionskosten

82. Gemäss den Befragten Instituten ist das höhere Kostenniveau in der Schweiz im Vergleich zu Europa, ein weiterer erklärender Faktor für das höhere Zinsniveau. Einerseits werden dabei die hohen Lohn- und Mietkosten in der Schweiz erwähnt. Andererseits soll die schweizerische Eigenheit der Dreisprachigkeit zusätzliche Kosten verursachen. Im Gegensatz zum Ausland müssen in der Schweiz alle Prospekte, Formulare etc. in allen drei Landessprachen gedruckt werden. Auch der Vertrieb der Produkte wird durch die Dreisprachigkeit teurer, müssen die Internetseiten und die Call-Center jeweils in drei Sprachen zugänglich sein. Dies führt zu einer Beschränkung der Möglichkeit zur Zentralisierung und verringert somit die potenzielle Erzielung von Effizienzgewinnen. Zudem entstehen dadurch auch höhere Investitionskosten in die IT-Infrastruktur. Diesbezügliche Zahlenvergleiche liegen dem Sekretariat nicht vor. Allfällige Differenzen mit dem Ausland dürften nach den von den Instituten vorgelegten Preismodellen allerdings nur einen sehr begrenzten Einfluss auf die Zinshöhe haben, da die Produktionskosten neben der Refinanzierung, der Kosten für *credit losses*, der Eigenkapitalkosten und der Kommissionen, nur einen geringen Anteil des Zinses darstellen.

83. Die Kostenüberwälzung der beiden Zentraldatenbanken IKO und ZEK (vgl. Rz. 31 und Rz. 32) wurde von verschiedenen Kreditinstituten als zusätzliches Argument für höhere Zinssätze angeführt. Dem ist zu entgegnen, dass die Banken insbesondere die ZEK freiwillig betreiben. Es ist folglich davon auszugehen, dass sich der ZEK durch entsprechende Effizienzgewinne, z.B. in Form tieferer Kredit Ausfallquoten, insgesamt kostensenkend auswirkt.

C.3.3 Marktdurchdringung

84. Gemäss den Angaben der befragten Institute ist die Verbreitung von Konsumkrediten in der Schweiz im Vergleich zu Europa gering (vgl. Rz. 62 und

²⁰ Die Schweiz führte ferner (aus der Tabelle 6 nicht ersichtlich) eine Bewilligungspflicht für gewerbliche Kreditanbieter ein.

²¹ Vgl. die Position des VSKF zum KKG unter http://www.vskf.org/de/position_vskf.shtml (besucht am 16.8.2006).

²² Vgl. Referat von Felix Schöbi, Verantwortlicher im Bundesamt für Justiz für das KKG, im Rahmen der VSKF-GV, S. 16 f. (<http://www.vskf.org/de/konsumkreditnormen.shtml> ([besucht am 16.8.2006])).

²³ Zur besseren Vergleichbarkeit der verschiedenen Konsumkreditzinssätzen im In- und Ausland wird angeregt, eine Studie in Auftrag zu vergeben.

Tabelle 5). So liegt die durchschnittliche Verschuldung für Konsumkredite in der Schweiz bei lediglich 924 Euro pro Kopf. In Deutschland sind es dagegen 2798 Euro und in Grossbritannien sogar 4122 (vgl. Panorama Raiffeisen 4/06, S. 19). Dies ist u.a. auf das schlechte Image von Konsumkrediten beim Schweizer Publikum zurückzuführen.²⁴ Zudem führt die Tatsache, dass Konsumkredite nicht landesübergreifend angeboten werden dazu, dass das Kreditvolumen in einem kleinen Land wie die Schweiz nie das Ausmass der grossen Nachbarländer annehmen kann. Die kleineren Volumina haben zur Folge, dass geringere Skalenerträge erzielt werden, was zu höheren Zinsen führen kann.

C.3.4 Ausfallquote

85. Gemäss dem Bericht "Consumer Credit in Europe" (vgl. MERCER OLIVER WYMAN, "Consumer Credit in Europe: riding the wave", November 2005, S. 17) variieren die Ausfallquoten im europäischen Raum erheblich und sind insbesondere von der wirtschaftlichen Stabilität des Landes abhängig. So können die Ausfallquoten in sich noch entwickelnden Märkten wie Ungarn und Polen 7% erreichen. Demgegenüber sind sie in der Regel in stabilen Märkten wie Österreich, Deutschland und Holland im Bereich von 1%. In hoch entwickelten Märkten wie England sind sie wiederum höher, da die Risikobereitschaft der Kreditunternehmen bei der Kreditvergabe viel höher ist.

86. Die befragten Kreditinstitute geben an, dass als Folge des schlechten Ansehens der Konsumkredite in der Schweiz die tieferen Einkommensschichten mit schlechtem Risikoprofil überproportional vertreten sind. Dies führe, verglichen mit anderen Ländern, zu einer höheren Ausfallsrate und somit zu höheren Zinsen. Gemäss den Angaben der Kreditinstitute berechnete das Sekretariat für 2005 eine durchschnittliche Ausfallsrate von ca. 4%, was auf den ersten Blick die Aussage der Kreditinstitute stützen würde. Bei der Interpretation dieser Zahl ist jedoch Vorsicht geboten. Einerseits ist die berechnete Ausfallquote aufgrund unterschiedlicher Definitionen und Erfassungsmethoden der einzelnen Kreditinstitute nur bedingt aussagekräftig. Andererseits wird die Ausfallquote [...] getrieben, [...]. So betrug die durchschnittliche Ausfallquote der befragten Kreditinstitute ohne [...] nur rund 1.5%, was darauf hindeutet, dass die Ausfallquoten in der Schweiz nicht signifikant höher eingeschätzt werden müssen als in anderen europäischen Ländern mit stabilen Märkten.

87. Dies wird auch durch den Jahresbericht 2005 des VSKF unterstrichen, der festhält:

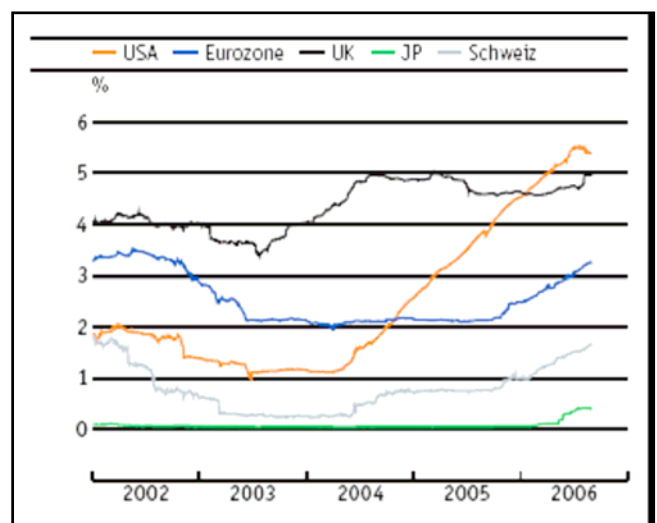
„Die von unseren Mitgliedern gelieferten Zahlen zu den Kreditnehmern mit Zahlungsrückständen im Jahr 2005 zeugen von einer nach wie vor guten Zahlungsmoral und professionellen Kreditfähigkeitsprüfung der Kredit- und Leasinganbieter. So betrug der Anteil der pro Monat im Jahresmittel fälligen Raten, für die eine Betreuung eingeleitet werden musste, 0.29 Prozent (Vorjahr 0.23 Prozent). Ein Fortsetzungsbegehren musste pro

Monat im Jahresmittel für 0.24 Prozent (Vorjahr 0.19 Prozent) gestellt werden.“

88. Zusammenfassend ist also zu bezweifeln, dass die Risikokosten einen Faktor darstellen, welcher zur Erklärung von unterschiedlichen Zinsniveaus in der Schweiz und umliegenden Ländern dienen kann.

C.3.5 Refinanzierung

89. Nebst Faktoren, welche sich im schweizerischen Konsumkreditmarkt möglicherweise kostentreibend auswirken, besteht zumindest ein Faktor, welcher sich im europäischen Vergleich kostensenkend auswirken sollte. Allgemein können sich Kreditinstitute entweder über den Einsatz von Spareinlagen oder den Interbankenhandel refinanzieren. Dabei wird normalerweise davon ausgegangen, dass der Interbankzinssatz die Opportunitätskosten des Kapitals widerspiegelt. Da Konsumkredite vorwiegend in der Landeswährung ausgestellt werden, sind für die Kreditinstitute in erster Linie die Interbankzinssätze in der entsprechenden Währung relevant. Wie aus Abbildung 2 ersichtlich ist, liegen die Interbankzinssätze in der Eurozone für britische Pfund und US-Dollars signifikant höher als in der Schweiz. So betrug die Differenz zwischen kurzfristigen CHF- und Euro-Anlagen in den letzten Jahren immer ca. 1.5 - 2.5%.



(Quelle: SNB, Quartalsheft, September 2006)

Abbildung 2: Internationale Kurzfristzinsen

C.4 Konsumentenverhalten

90. Gemäss Angaben der Kreditinstitute ist der Zinssatz nicht der entscheidende Wettbewerbsfaktor im Konsumkreditmarkt. Konsumenten würden insbesondere wenig Druck auf der Zinsebene machen, weshalb wenig Anreize vorliegen, tiefe Zinssätze anzubieten. Abbildung 3 kann entnommen werden, dass dem Zinssatz im Durchschnitt²⁵ keine herausragende Bedeutung zukommt. Faktoren wie der Service, die

²⁴ Der schlechte Ruf der Konsumkredite in der Schweiz wird z.B. durch die Stellung der UBS bestätigt, welche aus Reputationsgründen aus diesem Geschäft ausgestiegen ist (vgl. auch Rz. 61).

²⁵ Der Durchschnitt wurde nach dem Marktanteil gewichtet (Marktanteil vgl. Tabelle 2, Rz. 48).

Schnelligkeit oder die Diskretion werden von den Kreditinstituten ähnlich stark wie der Zinssatz ge-

wichtet. In der Schweiz ist auch die Werbung von grosser Bedeutung.

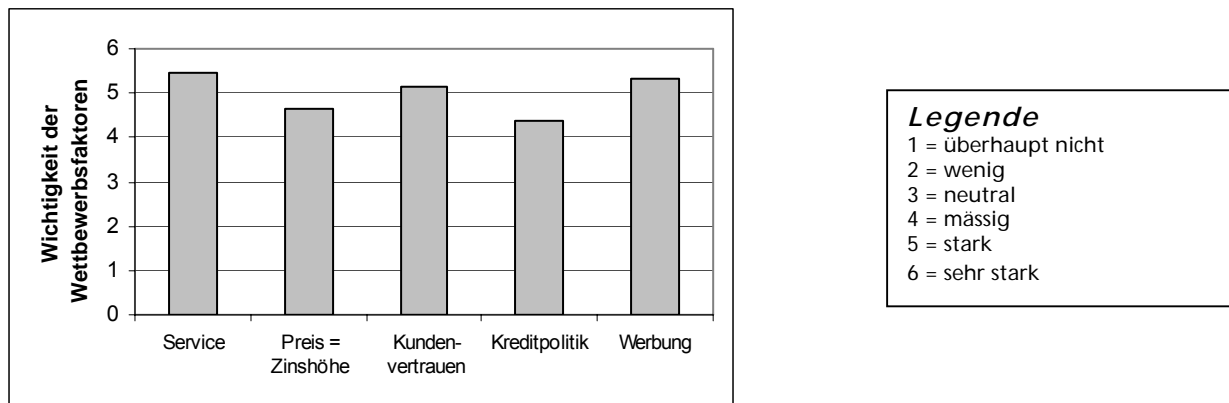


Abbildung 3: gewichtete Übersicht über die Wichtigkeit der verschiedenen Wettbewerbsfaktoren nach Angaben der befragten Institute

91. Nebst der aggregierten Auswertung der Wettbewerbsfaktoren lassen sich jedoch vor allem aus den individuellen Angaben der Institute interessante Schlüsse ziehen: Betrachtet man die drei grössten Anbieter auf dem Konsumkreditmarkt (GE Money Bank, Credit Suisse und Migrosbank) zeigt sich insbesondere, dass die Bewertung des Faktors Zinssatz mit der Zins- und Marktanteilsentwicklung korreliert. D.h. GE Money Bank, welche in den letzten fünf Jahren über [...] % Marktanteil verloren hat und den durchschnittlichen Zinssatz um ca. [...] % senken musste, bewertet den Faktor Zinssatz verglichen mit den anderen erfassten Wettbewerbsfaktoren viel stärker, als die beiden anderen Kreditinstitute, welche ihre Marktanteile halten oder sogar vergrössern konnten und keine nennenswerten Zinskorrekturen vornehmen mussten. Dies steht in einem gewissen Widerspruch zu der Aussage der Institute, dass der Zinssatz in der Schweiz keine entscheidende Grösse darstellt.

92. Im europäischen Raum werden des Weiteren oft hohe "Switching Costs" als Grund für die geringe Preissensibilität der Konsumenten geltend gemacht.²⁶ Als Gründe für hohe "Switching Costs" im Retailbanking Sektor werden dabei unter anderem Verwaltungskosten, Informationsasymmetrien und Preistransparenz, Produktkoppelungen sowie Kontoabschlusskosten geltend gemacht. Allgemeine Überlegungen zum Schweizer Konsumkreditmarkt zeigen aber, dass die Switching Costs in der Schweiz tendenziell tief sein sollten. Erstens besteht in der Schweiz eine hohe Transparenz bezüglich der verschiedenen Angebote. Die Preisbekanntgabeverordnung des Bundes²⁷ gibt nämlich vor, dass die effektiven Preise publiziert werden müssen. Somit können effektive Zinsen verglichen werden. Demgegenüber werden im Ausland oft nur Nettozinse publiziert. Die Transparenz wird zusätzlich durch Internetvergleichsportale gefördert, welche dem Konsumenten einen raschen Offertenvergleich ermöglichen. Zweitens fallen die Eröffnunggebühren für einen Konsumkredit nicht ins Gewicht. Schliesslich gibt es in der Schweiz keine Abschlussgebühren. Gemäss Art. 17 KKG muss eine früh-

zeitige Rückzahlung des Konsumkredits jederzeit möglich sein.

93. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass im Konsumkreditgeschäft nebst dem Zinssatz auch anderen Wettbewerbsfaktoren, wie der Service, das Kundenvertrauen etc., eine gewisse Bedeutung zukommt. Dies mag teilweise dazu führen, dass die Konsumenten in den letzten Jahren weniger preissensitiv waren als in anderen Branchen und Bereichen. Aufgrund der Markt- und Zinsentwicklungen sowie der niedrigen "Switching Costs" im Bereich der Konsumkredite kann jedoch das Argument der fehlenden Preissensitivität kaum zur Erklärung unterschiedlicher Zinsniveaus zwischen der Schweiz und den umliegenden Ländern herangezogen werden.

C.5 Zwischenfazit

94. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die genannten Faktoren einen Einfluss auf die Zinshöhe in der Schweiz haben können. Während die restriktive Kreditvergabepolitik, das Risikoprofil, die schlechte Marktdurchdringung, die kleinen Volumen und die Produktionskosten eher eine kostensteigernde Auswirkung auf die Schweizer Zinsen haben sollten, sprechen der vorteilhafte Refinanzierungssatz sowie die tiefen "Switching Costs" für Schweizer Franken für einen tiefen Zinssatz in der Schweiz.

95. Nur ein Vergleich der jeweiligen Kostenstrukturen im Konsumkreditbereich auf europäischer Ebene könnte zeigen, ob und wie die Kostenstruktur in der Schweiz einen höheren Zinssatz bedingt. Ein solcher Vergleich ist aber im Rahmen dieser Vorabklärung nicht machbar. Es ist zudem fraglich, inwiefern das Sekretariat das für einen Vergleich nötige Zahlen- und

²⁶ vgl. z.B. European Commission Directorate-General for Competition, Report on the retail banking sector inquiry, SEC (2007) 106, 31 January 2007, S. 65 ff.

²⁷ Verordnung vom 11. Dezember 1978 über die Bekanntgabe von Preisen (Preisbekanntgabeverordnung, PBV; SR 942.211)

Datenmaterial im Ausland erheben könnte.

D. ZUSAMMENFASSUNG

96. Die vorliegende Vorabklärung hat gezeigt, dass trotz der sehr hohen Konzentration auf dem Konsumkreditmarkt (die vier wichtigsten Akteure auf diesem Markt erreichen gemeinsam einen Marktanteil von ca. 95%), keine hinreichenden Anzeichen für ein koordiniertes Verhalten unter den Marktteilnehmern bestehen, welche die Eröffnung einer Untersuchung rechtfertigen würden. Eher deuten verschiedene Faktoren auf eine Zunahme des Wettbewerbs. Insbesondere zu erwähnen sind die in den letzten fünf Jahren gesunkenen Zinssätze, der markante Verlust von Marktanteilen des Branchenleaders GE Money Bank, die erfolgreichen Markteintritte der Raiffeisen und der Cashgate sowie die relativ heterogenen Konditionen für Konsumkredite zwischen den Anbietern. Indizien für einen Verstoss gegen das Kartellgesetz konnten weder im Zusammenhang mit den Kreditdatenbanken noch zwischen den Kreditinstituten gefunden werden.

97. Die Frage, ob die Zinsen für Konsumkredite in der Schweiz effektiv höher liegen als im umliegenden Ausland, lässt sich ohne eine vertiefte Analyse nicht abschliessend beantworten. Um einen effektiven Vergleich von Zinssätzen zwischen verschiedenen Ländern zu bewerkstelligen, müsste in jedem Land eine inländische Person mit identischem Risikoprofil bei verschiedenen Kreditinstituten konkrete Offerten einholen. Nur so wäre ein aussagekräftiger Zinsvergleich zwischen der Schweiz und anderen europäischen Ländern möglich. Ob das dafür notwendige Datenmaterial europaweit verfügbar und vergleichbar wäre, ist fraglich. In Bezug auf die Schweiz wäre diesbezüglich wünschenswert, dass wenigstens die Durchschnittzinssätze des Konsumkreditmarktes sowie deren Entwicklung in einer öffentlichen Statistik erfasst würde (z.B. SNB, BfS).

98. Allgemein lässt sich sagen, dass die Zinsen für Konsumkredite von der Kreditvergabepolitik des einzelnen Landes abhängen. Währenddem in der Schweiz Konsumkredite mit Zinssätzen von bis max. 15% vergeben werden, findet man z.B. im Ausland Konsumkredite mit bis zu über 300% Zinsen. Weitere Faktoren, wie das Risikoprofil, die schlechte Marktdurchdringung, die kleinen Kreditvolumen und die Produktionskosten können möglicherweise einen kostensteigernden Effekt auf die Zinsen in der Schweiz ausüben. Demgegenüber sollten sich die tiefen "Switching Costs" und der vorteilhafte Refinanzierungssatz für Schweizer Franken tendenziell zinssenkend auswirken.

99. Aufgrund des Fehlens von stichhaltigen Indizien für einen Verstoss gegen das Kartellgesetz stellt das Sekretariat die Vorabklärung ein. Das Sekretariat geht davon aus, dass sich die beobachteten Marktentwicklungen in Richtung einer Kostensenkung für die Konsumenten fortsetzen. Ein wichtiger Faktor, welcher Innovationen auf dem Konsumkreditmarkt beschleunigen könnte, dürfte in diesem Zusammenhang auch das Konsumentenverhalten, insbesondere auch eine erhöhte Akzeptanz des Konsumkredites in der Schweiz sein. In dieser Hinsicht ist zu erwarten, dass die Konsumenten sei es durch das Einholen verschiedener Offerten oder durch das Ausreizen der unterschiedlichen Finanzierungsmöglichkeiten (z.B. Kreditkarten versus Konsumkredit) einen erhöhten Druck auf der Zinsebene der Konsumkredite ausüben. Sollte sich die Tendenz zur Senkung der Zinskosten in den nächsten Jahren nicht fortsetzen, behält sich das Sekretariat vor, eine vertiefte Untersuchung des Schweizer Marktes durchzuführen.

100. Das Sekretariat nimmt überdies zur Kenntnis, dass die EU derzeit eine Neufassung ihres Rechts zu den Verbraucherkrediten plant. Die hierzu vorgesehene Richtlinie soll die bisher nationalen Märkte in Europa öffnen und zu einer Erhöhung der Transparenz zu Gunsten der Konsumenten führen. Da es sich bei der Marktöffnung und Erhöhung der Transparenz aus wettbewerbsrechtlicher Sicht um zentrale Anliegen für die Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbs handelt, wird auch das Sekretariat das weitere Vorgehen in der EU eng mitverfolgen und falls nötig, entsprechende Empfehlungen an die zuständigen Schweizer Behörden abgeben oder auf die Konsumkreditwirtschaft einwirken.

E. SCHLUSSFOLGERUNG

Das Sekretariat, gestützt auf die erfolgten Sachverhaltsabklärungen und die vorangehenden Erwägungen, beschliesst:

1. Die Vorabklärung wird abgeschlossen.
2. Das Sekretariat behält sich die Eröffnung einer Untersuchung für den Fall vor, dass sich in den nächsten Jahren keine Veränderungen der Wettbewerbsparameter zu Gunsten der Konsumkreditnehmer feststellen lässt.
3. Das Sekretariat regt an, der Nationalbank oder dem Bundesamt für Statistik vorzuschlagen, auch preisbezogene Daten zu den Konsumkrediten zu sammeln und auszuwerten.

B 1.1

3. *Anerkennung von Einbruch- und Überfallmeldeanlagen durch das Schweizerische Institut zur Förderung der Sicherheit*

Unzulässige Verhaltensweise; Art. 7 KG

Pratique illicite; art. 7 LCart

Pratiche illicite; art. 7 LCart

Schlussbericht vom 2. Juli 2007 in Sachen Vorabklärung gemäss Art. 26 KG betreffend Anerkennung von Einbruch- und Überfallmeldeanlagen durch das Schweizerische Institut zur Förderung der Sicherheit wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG

A SACHVERHALT

A.1 Gegenstand der Vorabklärung

1. Das Schweizerische Institut zur Förderung der Sicherheit (Swissi) ist ein Verein im Sinne von Art. 60 ff. ZGB mit Sitz in Zürich. Der Verein bezweckt die Förderung der Sicherheit in Industrie, Gewerbe, Handel und Dienstleistung namentlich in den Gebieten Brand- und Explosionsschutz, Intrusionsschutz, thermische Prozesssicherheit und Arbeitssicherheit. Zu diesem Zweck werden von Swissi Beratungen und Schulungen durchgeführt, gleichzeitig wirkt das Institut auch als Prüf-, Inspektions-, Zertifizierungs- sowie Informationsstelle. Insbesondere erstellt Swissi Sicherheitskonzepte für Unternehmen aller Branchen und führt für diese periodisch Sicherheit-Audits durch. Mitglieder von Swissi sind 17 Sachversicherer, der Schweizerische Versicherungsverband (SVV), der Schweizerische Arbeitgeberverband, *economiesuisse*, 2'900 Unternehmen aus Industrie, Gewerbe und dem Dienstleistungssektor, welche die Dienstleistungen von Swissi in Anspruch nehmen, sowie im Bereich Sicherheit tätige Einzelpersonen.

2. U.a. bietet Swissi die Anerkennung von Einbruch- und Überfallmeldeanlagen (EMA) an, welche es gestützt auf das eigens hierfür aufgestellte Prüfschema (...) vornimmt:

- Die EMA muss durch eine anerkannte Fachfirma erstellt worden sein (anerkannte Fachfirma);

- Für die Erstellung einer EMA dürfen lediglich die anerkannten Produkte verwendet werden (anerkannte Produkte);

- Die Erstellung muss nach den von Swissi aufgestellten Regeln ausgeführt worden sein (anerkannte Ausführung). Dabei stellt die Anerkennung einer EMA der letzte Schritt im Rahmen des Anerkennungsverfahrens zur Ausführung dar.

3. Die Festlegung der Kriterien für die Anerkennung einer Fachfirma oder eines Produkts sowie der Standards für die Anerkennung der Ausführung einer EMA erfolgt durch Swissi in entsprechenden Richtlinien. Gleichzeitig publiziert das Institut Listen mit bereits anerkannten Fachfirmen ("Anerkannte Fachfirmen für Einbruch- und Überfallmeldeanlagen")

respektive anerkannten Produkten ("FFIS-genehmigte Einbruchmeldezentralen und Bedienungsgeräte"). Die Anerkennung einer Anlage durch Swissi hat auf den Versicherungsvertrag des zu versichernden Objekts (z.B. , Bijouterie, Pelzgeschäft, Radio/TV/Hifi-Geschäft, Uhren- und Schmuckfabriken, bestimmte Warenlager, etc.) insofern einen Einfluss, als die Sachversicherer bei fehlender Anerkennung Versicherungsverträge zu ungünstigeren Konditionen abschliessen können.

4. Gegenstand dieser Vorabklärung ist die Frage, ob es Anhaltspunkte dafür gibt, dass Swissi durch die Anerkennung von Fachfirmen und Produkten einschliesslich der Herausgabe von entsprechenden Listen sowie von Richtlinien, u.a. für die Anlageerstellung, seine allfällige marktbeherrschende Stellung missbraucht (Art. 7 KG).

5. Die Anerkennungsverfahren durch Swissi werden nur in einem Risikobereich durchgeführt, in welchem EMA einen entscheidenden Einfluss auf die Risikominderung haben, d.h. in den Risikokategorien „erhöhte Gefährdung“, „grosse Gefährdung“ und „sehr grosse Gefährdung“ (Risikokategorien 1-3). Für den unterhalb der Risikokategorie „erhöhte Gefährdung“ liegenden Risikobereich (z.B. allgemeiner Haushalts- und Risikobereich) bestehen keine Anerkennungsverfahren. Gemäss den Angaben von Swissi machen die im Risikobereich der Risikokategorien 1-3 eingesetzten EMA volumenmässig höchstens 10% des gesamten schweizerischen Marktes für EMA aus. Swissi geht deshalb davon aus, dass die Tätigkeit von Fachfirmen im Risikobereich unterhalb der Risikokategorie 1 wesentlich grösser ist als im Risikobereich der Risikokategorien 1 - 3.

6. Swissi hat seit 1996 über 6'000 Anlagen geprüft, wobei rund 90% davon anerkannt werden konnten. Eine kürzliche Befragung von Fachfirmen für EMA hat ergeben, dass der Tätigkeitsbereich für die Risikokategorien 2 und 3 klein ist und tendenziell schrumpft. Dies hängt gemäss den befragten Fachfirmen unter anderem mit der Strategie der Banken zusammen, immer mehr Niederlassungen zu schliessen. Der grösste Tätigkeitsbereich im erhöhten Risikobereich ist demzufolge jener für die Risikokategorie 1.

A.2 Das Verfahren auf Anerkennung einer EMA

7. Die Richtlinien betreffend die Anlageerstellung (nachfolgend: **EMA-Richtlinien**) enthalten detaillierte Anweisungen, wie eine Anlage – soll sie von Swissi anerkannt werden können – im Einzelnen erstellt werden soll. Die Anweisungen betreffen u.a. den Aufbau der EMA, den Sicherungs- und Überwachungsbereich, die Art der Alarmierung, Einbruch-, Überfall- und Diebstahlmelder, Linien und Leitungen, Schalt- und Verschlusseinrichtungen sowie die Energieversorgung. Damit dienen sie der Qualitätssicherung hinsichtlich dem erwünschten Sicherheitsniveau,

der Verfügbarkeit sowie der Funktionstüchtigkeit von anerkannten Anlagen.

8. Ausgelöst wird das Anerkennungsverfahren für die Anlage-Ausführung dadurch, dass die Fachfirma, welche eine Anlage erstellt hat, der **FFIS** (Fachstelle für Intrusionsschutz) eine sog. Qualitätsmeldung (sog. Eigenüberwachung) zustellt (...). Die FFIS ist eine selbstständige Einheit von Swissi mit eigenem Personal, welche die Anerkennungsentscheide fällt. Sofern die Qualitätsmeldung formell in Ordnung ist, beurteilt die FFIS die Erfüllung der Anerkennungsbedingungen. Sind diese bei der gemeldeten Anlage in der gemeldeten Kategorie erfüllt, stellt die FFIS dem Anlagebesitzer sowie dem Sachversicherer, wenn er in der Qualitätsmeldung angegeben ist, einen Qualitätsnachweis mit positiver Beurteilung ("Anerkannte Anlage") zu. Sind die Anerkennungsbedingungen hingegen nicht erfüllt, orientiert die FFIS die betreffende Fachfirma darüber, dass die Anlage die Anerkennungsbedingungen für eine tiefere als die gemeldete Anlagekategorie erfüllt oder dass die Anlage als nicht erfüllt registriert wurde. In beiden Fällen stellt die FFIS dem betreffenden Sachversicherer einen negativen Qualitätsnachweis zu.

9. Im Rahmen der Fremdüberwachung (...) wählt die FFIS aus den eingegangenen Qualitätsmeldungen einer Fachfirma in Abhängigkeit von Anlagekategorie, Installationsort und Ergebnis vergangener Kontrollen eine Anlage zur Stichprobenkontrolle aus. Die Stichprobenkontrolle wird in Begleitung der Fachfirma an der Anlage im Objekt durchgeführt. Sofern die FFIS anlässlich ihrer Prüfung keine Mängel feststellt, erstellt sie ein Protokoll über die Ausführungskontrolle mit positiver Beurteilung ("Anerkannte Anlage"). Dieses wird in der Folge der betreffenden Fachfirma, dem Anlagebesitzer und, sofern der Sachversicherer in der Qualitätsmeldung angegeben ist, auch diesem zugestellt. Stellt die FFIS hingegen Mängel fest, so stellt sie der Fachfirma einen Inspektionsbericht zu mit dem Hinweis, dass die Anlage die Anerkennungsbedingungen für eine tiefere als die gemeldete Kategorie erfüllt oder dass die Anlage als nicht erfüllt registriert wurde. Die Fachfirma hat anschliessend die Möglichkeit, die Mängel zu beheben und dies der FFIS zu bestätigen. Können die Mängel nicht beseitigt werden, so stellt die FFIS dem Anlagebesitzer und dem Sachversicherer, sofern er auf der Qualitätsmeldung angegeben ist, ein Protokoll mit negativer Beurteilung zu.

10. Wie gesagt braucht es für die Anerkennung einer EMA neben der Einhaltung der Vorschriften betreffend die Erstellung den Beizug einer anerkannten Fachfirma, welche anerkannte Produkte verwendet. Nachfolgend werden die einzelnen Voraussetzungen und Verfahrensabläufe im Rahmen einer EMA-Anerkennung beschrieben:

A.2.1 Anerkennung von EMA-Fachfirmen

A.2.1.1 Anforderungen an die Fachfirmen für die Aufnahme auf die Liste

11. Die Anerkennung als qualifizierter Errichter stützt sich auf spezifische Anforderungen bezüglich der Infrastruktur (Organisation des Betriebs und Technik), der Prozessqualität sowie des Fachpersonals (Ausbildung, Bestehen der EMA-Prüfung sowie Fachkompetenz-Attest). Im Einzelnen bedeutet dies Folgendes:

12. Als Basisvoraussetzung muss eine Fachfirma die Bereitschaft zeigen, die in den Richtlinien enthaltenen Anforderungen zu erfüllen. U.a. muss sie im schweizerischen Handelsregister eingetragen sein. Im Weiteren muss eine Fachfirma über praktische Erfahrung im Erstellen von EMA verfügen, d.h. es müssen einige selbst erstellte Anlagen zur Beurteilung der Fronttätigkeit zur Verfügung stehen: Die Fachfirma muss den Nachweis erbringen, dass sie innerhalb einer 2-Jahresperiode der Anerkennung die geforderte Mindestzahl fachlich korrekt ausgeführter, richtlinienkonformer Anlagen erstellt hat. Dies bedeutet u.a., dass die Fachfirma normalerweise bereits 1-2 Jahre auf diesem Gebiet tätig ist. Die Zeit kann kürzer ausfallen, wenn die Fachfirma den Nachweis erbringt, dass sie bereits über diesbezüglich erfahrenes Personal verfügt. Eine Fachfirma kann z.B. Fachkräfte hinzuziehen, welche aufgrund ihrer Tätigkeit in einer anderen Fachfirma bereits über Erfahrung und der entsprechenden Fähigkeit verfügen. Die Erfahrung ist demnach an die Fachkräfte und nicht an die Fachfirmen gebunden, weshalb sie „eingekauft“ bzw. „eingebracht“ werden kann.

13. In organisatorischer Hinsicht muss die Fachfirma eine Betriebsorganisation aufweisen, die eine korrekte Auftragsabwicklung einer Anlageinstallation inklusive Erstellen der erforderlichen Unterlagen, insbesondere der technischen Dokumentation, sicherstellt. Weiter muss sie über Regelungen und Einrichtungen zur zeitkonformen Instandhaltung (Wartung, Störungsbehebung) von EMA verfügen. U.a. sind folgende Punkte von besonderer Bedeutung:

- Festgelegte Verträge für Wartung und Störungsbehebung;
- Festgelegtes Wartungsprogramm bezüglich Termin und Arbeiten;
- Kontrollblatt bzw. Kontrollbuch für anlageseitigen Einsatz;
- Aktives Aufgebotssystem für die Störungsbehebung, damit spätestens innerhalb 1 Stunde mit der hilfesuchenden Person in Kontakt getreten werden kann.

14. In Bezug auf die Technik muss eine Fachfirma über Räume und Einrichtungen verfügen, die fachkompetentes Erstellen und Unterhalten von EMA gewährleisten. Weiter muss sie über mindestens ein anerkanntes Produktsortiment mit den erforderlichen Bestätigungen für Liefergarantie, technische Unterstützung und Ersatzteillieferung verfügen.

15. Sodann muss die Fachfirma über einen in strafrechtlicher Hinsicht nicht vorbelasteten Hauptverant-

wortlichen als firmenseitigen Kompetenzträger gegenüber dem Sicherheitsinstitut verfügen. Die betreffende Person muss im schweizerischen Handelsregister als Bevollmächtigte eingetragen sein. Zudem muss die Fachfirma eigenverantwortlich sicherstellen und bestätigen, dass im Bereich EMA nur vertrauenswürdigen Personal eingesetzt wird und dass sie über die minimale, kategorienbezogene Anzahl von Fachleuten mit Fähigkeitsnachweis verfügt. Der Fähigkeitsnachweis ist mit dem Nachweis über die erfolgte Ausbildung über das eingesetzte Produktsortiment und dem positiven Abschluss der EMA-Fachprüfung erbracht.

16. Nach Angabe von Swissi steht die Anerkennung als Fachfirma und damit die Aufnahme auf die Liste der Fachfirmen jedem Unternehmen offen, das in der Lage ist, die in den Richtlinien enthaltenen Anforderungen an eine anerkannte Fachfirma zu erfüllen.

A.2.1.2 Verfahren der Anerkennung von Fachfirmen

17. Auf der Liste der Fachfirmen sind sämtliche Unternehmen aufgeführt, die von Swissi für die Erstellung von EMA anerkannt worden sind. Die anerkannten Fachfirmen werden in bestimmte Kategorien eingeteilt, welche in der Liste ausgewiesen werden. Kriterien für die Einteilung der Fachfirmen in Kategorien sind die Grösse der Fachfirmen (Buchstaben A, B und C), deren Fähigkeit sowie Erfahrung. Hinsichtlich der Grösse der Fachfirma werden Kleinfirmen (A), welche über mindestens zwei Fachleute verfügen müssen, mittelgrossen Firmen (B, mit mindestens 3 katego-

rienbezogenen Fachleuten) sowie Grossfirmen (C, mit mindestens 5 kategorienbezogenen Fachleuten) unterschieden. Der Nachweis der Erfahrung und der Fähigkeit bezieht sich auf die in der vergangenen Urteilsperiode erstellten Anlagen und wird durch die Ziffern 1-3 ausgedrückt. Ziffer 1 steht für die Anlagekategorie 1 (erhöhte Gefährdung), Ziffer 2 für die Anlagekategorie 2 (grosse Gefährdung) und Ziffer 3 für die Anlagekategorie 3 (sehr grosse Gefährdung). Die in der Rangfolge erste Ziffer gibt den Nachweis für die Erfahrung an. Diese wird durch die Feststellung, in welcher Anlagekategorie die Hauptaktivität der Fachfirma liegt, ermittelt. Die zweite Ziffer stellt den Nachweis für die Fähigkeit dar und ergibt sich durch die Feststellung, bis zu welcher Anlagekategorie die Fachfirma anhand einzelner erstellter Anlagen richtlinienkonforme und korrekte Installationstechnik bisher nachweisen konnte.

18. Die in der Liste ausgewiesenen Kategorien lauten bspw. B.1.2 oder C.3.3 und geben den interessierten Personen somit einen Hinweis auf die Grösse der anerkannten Fachfirma, auf deren Kerntätigkeit sowie auf die vorhandenen Fähigkeiten. Bei einer Klassifizierung B.1.2 handelt es sich z.B. um eine mittelgrosse Fachfirma mit mindestens 3 kategorienbezogenen Fachleuten, welche den Nachweis der Erfahrung im Bereich erhöhte Gefährdung sowie den Nachweis der Fähigkeit im Bereich grosse Gefährdung erbringt. Folgende Kombinationen finden sich auf der Liste der Fachfirmen des Jahres 2006 bzw. 2007:

Liste 2006 (Total 43 Unternehmen):

A.1.1	17 Unternehmen	B.1.1	1 Unternehmen	C.1.1	
A.1.2	8 Unternehmen	B.1.2	3 Unternehmen	C.1.2	
A.1.3		B.1.3		C.1.3	
A.2.2	7 Unternehmen	B.2.2	2 Unternehmen	C.2.2	
A.2.3		B.2.3	3 Unternehmen	C.2.3	
A.3.3		B.3.3		C.3.3	2 Unternehmen

Liste 2007 (Total 44 Unternehmen):

A.1.1	17 Unternehmen	B.1.1		C.1.1	
A.1.2	10 Unternehmen	B.1.2	3 Unternehmen	C.1.2	
A.1.3		B.1.3		C.1.3	
A.2.2	7 Unternehmen	B.2.2	2 Unternehmen	C.2.2	
A.2.3		B.2.3	2 Unternehmen	C.2.3	
A.3.3		B.3.3		C.3.3	3 Unternehmen

19. Eine anerkannte Fachfirma hat je nach ihrer Grösse (A, B oder C) während der jeweils zweijährigen Beurteilungsperiode sowohl für die erstmalige Anerkennung als auch für die Beibehaltung der Kategorie eine Mindestzahl an in dieser Periode erstellten richtlinienkonformen Anlagen zur Prüfung zu melden. Dieses Mindestinstallationsvolumen beträgt für die erstmalige Anerkennung 10 richtlinienkonforme Anlagen irgendeiner Kategorie für A-Firmen, 20 Anlagen für B-Firmen und 50 Anlagen für C-Firmen. Für das

Beibehalten der Erfahrungs- und Fähigkeitsklasse bzw. das Erlangen einer nächsthöheren entsprechenden Klasse muss die Fachfirma eine geringere Anzahl EMA zur Prüfung melden (für die Erfahrungsklasse: 4, 6 bzw. 10 Anlagen; für die Fähigkeitsklasse: 2, 3 bzw. 5 Anlagen). Ergibt die periodische Prüfung, dass die Richtlinien von Swissi eingehalten sind, wird die Fachfirma unter der ihr entsprechenden Kategorie auf der Liste der Fachfirmen aufgeführt. Nachfolgende Tabelle veranschaulicht das Ausgeführte:

<i>Firmenklasse</i>	<i>A</i>	<i>B</i>	<i>C</i>
<i>Erlangen und Beibehalten der Anerkennung</i>	<i>10 Anlagen</i>	<i>20 Anlagen</i>	<i>50 Anlagen</i>
<i>Erlangen und Beibehalten der Erfahrungsklasse</i>	<i>4 Anlagen</i>	<i>6 Anlagen</i>	<i>10 Anlagen</i>
<i>Erlangen und Beibehalten der Fähigkeitsklasse</i>	<i>2 Anlagen</i>	<i>3 Anlagen</i>	<i>5 Anlagen</i>

20. Bis Januar 2005 fällt die Fachkommission für EMA und Schutzsysteme (FES), in welcher auch der SVV vertreten war, die Anerkennungsentscheide gestützt auf die Anerkennungsempfehlung der Prüf-, Inspektions- und Zertifizierungsstelle von Swissi (PIZ). Aufgrund des vorliegenden Verfahrens haben die Beteiligten das Anerkennungsverfahren modifiziert. Seit Januar 2005 werden die Anerkennungsentscheide durch die FFIS, einer selbstständigen Einheit von Swissi mit eigenem Personal, in welcher der SVV und die einzelnen Sachversicherer nicht mehr vertreten sind, gefällt. Der SVV ist nunmehr lediglich im *Beirat für Intrusionsschutz*, welcher für die Einhaltung des korrekten Verfahrens zuständig ist und die Richtlinien herausgibt, vertreten.

21. Das Anerkennungsverfahren (...) wird durch einen entsprechenden Antrag einer Fachfirma an die FFIS eröffnet. In der Folge prüft diese, ob die den Antrag stellende Fachfirma die oben dargelegten Voraussetzungen gemäss den festgesetzten Richtlinien für eine Erstankennung erfüllt (Anforderungen an Organisation, Technik, Fachkompetenz, Produktsortiment und Anlageerstellung). Sind sämtliche Voraussetzungen erfüllt, fällt die FFIS einen Anerkennungsentscheid, wobei die Fachfirma provisorisch für 2 Jahre anerkannt wird.

22. Während der provisorischen Anerkennungszeit wird die Fachfirma durch die FFIS kontrolliert. Sofern sie die Voraussetzungen für eine definitive Anerkennung erfüllt, wird diese erteilt, wobei die Fachfirma wiederum während der 2-Jahresperiode der definitiven Anerkennung überwacht wird. Erfüllt die Fachfirma in der Folge die Voraussetzungen für die Weiterführung der definitiven Anerkennung in der aktuellen Kategorie, wird sie weiterhin auf der Liste der Fachfirmen aufgeführt. Erfüllt sie diese hingegen

nicht, erteilt die FFIS soweit möglich die definitive Anerkennung in einer tieferen Kategorie oder stellt das Anerkennungsverfahren nach Ausschöpfung der Hilfsmöglichkeit der Rückversetzung ins 1-jährige Provisorium ein. Sofern die Voraussetzungen für eine höhere Kategorie erfüllt werden, erteilt die FFIS der Fachfirma die definitive Anerkennung in der höheren Kategorie, falls die Fachfirma mit der Höherstufung einverstanden ist.

23. Für das Anerkennungsverfahren werden in Abhängigkeit der Anlagekategorie Pauschalkosten in Höhe von CHF 5'200.— (Anlagekategorie 1), CHF 9'200.— (Anlagekategorie 2) und CHF 13'250.— (Anlagekategorie 3) von den Fachfirmen erhoben. Ebenfalls in Abhängigkeit der Anlagekategorie bestehen separate Gebühren für Nachüberprüfungen von erstellten EMA nach Ablauf von 5 Jahren seit der definitiven Anerkennung (zwischen CHF 1'750.— [A.1] und 5'800.— [C.3]) und der Verlängerung der provisorischen Anerkennung um ein Jahr (CHF 520.— [Anlagekategorie 1], CHF 920.— [Anlagekategorie 2], CHF 1'320.— [Anlagekategorie 3]). Die Gebühr für die Prüfung und Nachprüfung von Fachleuten beträgt CHF 320.— bzw. 110.—.

A.2.2 Anerkennung von EMA-Produkten

A.2.2.1 Anforderungen an die Produkte für die Aufnahme auf die Liste

24. Die Voraussetzungen für die Anerkennung von Produkten zur Erstellung anerkannter EMA sind in den Richtlinien des Beirates für Intrusionsschutz festgehalten, welche rein technischen Inhalts sind (nachfolgend: *Produktlinien*). Die Produktlinien werden zur Zeit vom Beirat an die europäische Norm EN 50131 angepasst. Dies bedeutet im Ergebnis, dass Produkte von der FFIS anerkannt werden, wenn sie

den Anforderungen der EN 50131 genügen. Die vollständige Umsetzung der Norm wird voraussichtlich Ende 2007 abgeschlossen sein. Gemäss den Angaben von Swissi sind die für die Umsetzung notwendigen Anpassungen gering. Mit der Umsetzung der EN 50131 sollen für die Schweiz Import und Export aus der bzw. in die EU erleichtert werden.

25. Bei der Norm EN 50131 handelt es sich um eine europäische Norm aus dem nicht geregelten Bereich, d.h. sie ist eine reine Industrienorm (privatrechtliche Vereinbarung). Sie stützt sich somit nicht auf EU-Vorgaben, sondern dient allein der Erleichterung des Handels. Gemäss den Statuten der drei europäischen Normenvereinigungen CEN (Comité Européen de Normalisation), CENELEC (Comité Européen de Normalisation Electrotechnique) und ETSI (European Telecommunications Standards Institute) müssen Normen, welche mittels Abstimmung durch die nationalen Normenvereinigungen über eine breite Akzeptanz in Europa verfügen, zwingend in die nationalen Normenregelwerke aufgenommen werden. Da es sich bei der EN 50131 nicht um eine Norm aus dem geregelten Bereich handelt, ist die Einfuhr von EMA aus den EU-Staaten aus Sicht des Bundesgesetzes über technische Handelshemmnisse (THG) problemlos möglich.

26. Swissi legt zusammen mit verschiedenen SES-Verbandsmitgliedern und Grosskunden, insbesondere den Banken, gewisse Zusatzanforderungen zur EN 50131 fest, welche den schweizerischen Bedürfnissen entsprechen. Die Zusatzanforderungen sind auf unterschiedliche Sicherheitsphilosophien in den einzelnen Ländern zurückzuführen. Gewisse Kunden, z.B. Banken, verfügen zudem über eigene Sicherheitskonzepte, weshalb die Produkthersteller ihre Produkte im Einzelfall auch an diese Sicherheitskonzepte anpassen müssen. Gemäss den Angaben von Produktherstellern sind wenige EMA, insbesondere Anlagen in Grossbanken, von diesen Zusatzanforderungen betroffen, wobei die Realisierung derselben nicht besonders aufwändig ist. Bei den erwähnten Zusatzanforderungen handelt es sich um eine rein privatrechtliche Abrede und somit nicht um technische Handelshemmnisse im Sinne von Art. 2 und Art. 11 THG. Die Einfuhr von EMA-Produkten unterliegt deshalb keinen speziellen Handelsschranken. Den Wettbewerbsbehörden ist es folglich möglich zu prüfen, ob die Vereinbarung von Zusatzanforderungen einer kartellrechtlichen Betrachtung Stand halten kann.

A.2.2.2 Verfahren der Anerkennung von Produkten

27. Auf der Produktliste sind sämtliche Produkte aufgeführt, die von Swissi zur Erstellung anerkannter EMA anerkannt sind. Die Liste enthält folgende Angaben bezüglich der Produkte: Träger der Genehmigung, Nummer der Genehmigung, Bezeichnung des Produkts sowie Ablauf der Genehmigung. Weiter wird für jedes einzelne Produkt angegeben, bis zu welcher Anlagekategorie die Genehmigung erteilt wurde. Sind sämtliche Voraussetzungen erfüllt, wird für ein Produkt eine Genehmigung auf vier Jahre ausgestellt, wobei diese jeweils für weitere vier Jahre verlängert werden kann.

28. Das Anerkennungsverfahren bei der Produktliste wurde ebenfalls modifiziert: Die Anerkennungsentscheide werden seit Januar 2005 durch die FFIS gefällt (...). Der Beirat für Intrusionsschutz ist zuständig für die Festlegung des Anerkennungsverfahrens der EMA-Produkte.

29. Sofern es sich beim Produkt um ein peripheres EMA-Gerät handelt, z.B. um einen Melder, wird das Produkt bereits bei Vorliegen einer Anerkennung durch das deutsche Unternehmen Vertrauen durch Sicherheit Schadenverhütung (VdS; Prüf-, Überwachungs- und Zertifizierungsstelle des Gesamtverbandes der deutschen Versicherungswirtschaft), das deutsche Pendant zu Swissi, anerkannt. Bei Einbruchmeldezentralen (EMZ) und den erforderlichen Zusatzgeräten hingegen ist das Anerkennungsverfahren von Swissi zu durchlaufen. Dieses wird durch einen entsprechenden Antrag eines Produktherstellers an die FFIS eröffnet. In der Folge prüft diese die Produkte im hauseigenen Labor. Sofern diese keine Mängel aufweisen und eine positive Umweltverträglichkeitsprüfung vorliegt, erteilt die FFIS eine definitive Anerkennung auf vier Jahre.

30. Ist ein Produkt mängelfrei, liegt jedoch keine positive Umweltverträglichkeitsprüfung vor, so wird es von der FFIS provisorisch für zwei Jahre zugelassen. Bei Vorliegen einer FFIS-Anerkennung oder einer provisorischen FFIS-Zulassung gilt ein Produkt als von Swissi anerkannt. Die Zulassung kann verlängert werden. Liegen hingegen Mängel vor, so können diese vom Antrag stellenden Unternehmen behoben werden. In der Folge erteilt die FFIS nach Durchführung einer Nachprüfung eine definitive Anerkennung.

31. Bei EMA-Produkten werden separate Gebühren für die Prüfung der Zentrale und der Geräte, für die Umweltverträglichkeitsprüfung sowie der Anerkennung eines Produkts erhoben. Die Gebühr für die Prüfung der Zentrale wird in Abhängigkeit der Risikokategorie 1-3, welcher das Gerät angehört, festgelegt (CHF 1'750.-, CHF 2'770.- bzw. CHF 3'930.-). Die Prüfung weiterer Aspekte in diesem Zusammenhang (z.B. Prüfung der Meldelinien, Stromversorgung) erfolgt ebenfalls in Abhängigkeit der Risikokategorie. Für die Erstanerkennung einer EMZ und eines Geräts wird eine Gebühr von CHF 440.- bzw. 220.- erhoben. Die Gebühren für die Verlängerung einer bestehenden Anerkennung betragen für EMZ CHF 220.- und für Geräte 145.-.

A.3 Verfahren

32. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) hat die vorliegende Vorabklärung auf Anzeige einer Fachfirma betreffend die Liste der anerkannten Fachfirmen Ende Juli 2004 eröffnet (vgl. zum Inhalt der Anzeige Rz. 89 und 109 ff.).

33. Mit Schreiben vom 30. März 2005 meldete Swissi die Versionen 2004 und 2005 der Liste der anerkannten Fachfirmen i.S. der Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003. In diesem Schreiben wird darauf hingewiesen, dass die neue Liste 2005 nicht mehr wie bisher vom SVV, sondern ausschliesslich von Swissi herausgegeben wird. Die

Anerkennungskriterien hätten sich gemäss Swissi jedoch nicht geändert, weshalb es sich um eine Meldung gemäss Übergangsbestimmung handle.

34. Mit Urteil vom 19. August 2005 entschied das Bundesgericht, dass die Meldung gemäss Übergangsbestimmung von Verhaltensweisen, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Revision bereits Gegenstand einer Vorabklärung bilden, nicht zulässig ist¹. Die Liste der anerkannten Fachfirmen konnte vorliegend demzufolge nicht gemäss Übergangsbestimmung gemeldet werden.

35. Anlässlich eines Telefongesprächs und einer Besprechung führte Swissi weiter aus, dass das Verfahren zur Anerkennung von Fachfirmen und EMA-Produkten mit Wirkung ab Januar 2005 verändert worden sei: So sei der SVV nicht mehr Herausgeber der Listen und nicht mehr an der Entscheidungsfindung im Rahmen des Anerkennungsverfahrens beteiligt.

36. Am 23. August 2005 fand eine Besprechung zwischen dem Sekretariat und Vertretern von Swissi statt, an welcher die Anerkennung von Fachfirmen eingehend besprochen wurde.

37. Ende 2005 beschloss das Sekretariat, ebenfalls Abklärungen bezüglich der Liste der anerkannten Produkte und der Standards für die anerkannte Erstellung von EMA zu treffen.

38. Im Rahmen der Vorabklärung wurden Swissi, die Sachversicherer, welche Mitglieder von Swissi sind, der Verband Schweizerischer Errichter von Sicherheitsanlagen (SES) sowie einzelne Fachfirmen und Hersteller von Produkten für EMA befragt.

B. ERWÄGUNGEN

B.1 Geltungsbereich

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

40. 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). Swissi ist als solches Unternehmen zu qualifizieren.

41. Für die Unterstellung unter den Geltungsbereich des Kartellgesetzes ist vorliegend die Ausübung von Marktmacht durch Swissi notwendig. Die marktbeherrschende Stellung stellt eine Form der Ausübung von Marktmacht dar². Wird nachstehend das Vorliegen von Anhaltspunkten für die marktbeherrschende Stellung von Swissi bejaht, wird damit auch das Vorliegen von Anhaltspunkten für die Ausübung von Marktmacht festgestellt. Falls das Vorliegen von Anhaltspunkten für eine marktbeherrschende Stellung verneint werden sollte, ist die Prüfung der Marktverneint obsolet, da in diesem Fall kein kartellrechtsrelevantes Verhalten im Sinne von Art. 7 KG vorliegt.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

B.3 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

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

B.3.1 Marktbeherrschende Stellung

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

45. Um festzustellen, ob sich Swissi tatsächlich in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) unabhängig verhalten kann, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

B.3.1.1 Relevanter Markt

B.3.1.1.1 Sachlich relevanter Markt

46. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17.06.1996 [VKU; SR 251.5], der hier analog anzuwenden ist).

47. Ein Eigentümer respektive Mieter benötigt für die Sicherung seiner Lokalität vor Einbruch und Diebstahl unter anderem eine EMA, welche in den meisten Fällen durch eine entsprechend ausgebildete und ausgerüstete Fachfirma installiert, in Betrieb genommen und gewartet wird. Solche EMA werden von den Sachversicherern in der Regel vorausgesetzt, wenn das zu versichernde Objekt infolge dessen Exponierung ein besonderes Risiko für Einbrüche und Diebstahl aufweist und diesem Risiko im Deckungsumfang der Versicherung Rechnung zu tragen ist. Dies ist bei den in Rz. 3 erwähnten Branchen praktisch immer der Fall.

48. Gemäss Aussagen der befragten Sachversicherer werden Objekte mit erhöhter Exponierung nicht oder nur zu besonderen Konditionen (limitierte Versicherungssumme, Prämienzuschlag, hoher Selbstbehalt) versichert, wenn sie nicht über eine funktionierende EMA verfügen. Diese besonderen Konditionen führen dazu, dass den Versicherungsnehmern der Zugang zum Versicherungsmarkt praktisch nur dann offen

¹ RPW 2005/4 S. 708 ff. (Swisscom).

² Vgl. RPW 2001/2, S. 268 Rz. 79; Botschaft zum Kartellgesetz, Sonderdruck, S. 80 f.

steht, wenn eine EMA fachgerecht installiert, in Betrieb genommen und gewartet wird. Damit ergibt sich bereits eine Abgrenzung zwischen Versicherungsnehmern, für welche der Abschluss eines marktüblichen Versicherungsvertrages nicht von der Installation einer EMA abhängig ist (z.B. ein durchschnittlicher Einfamilienhausbesitzer), und solchen, für welche die Sachversicherer eine EMA zwingend voraussetzen. Für Unternehmen der Risikokategorien 1 – 3 werden solche EMA in der Schweiz von sämtlichen Sachversicherern verlangt. Die vorliegende Vorabklärung betrifft ausschliesslich solche Versicherungsverhältnisse.

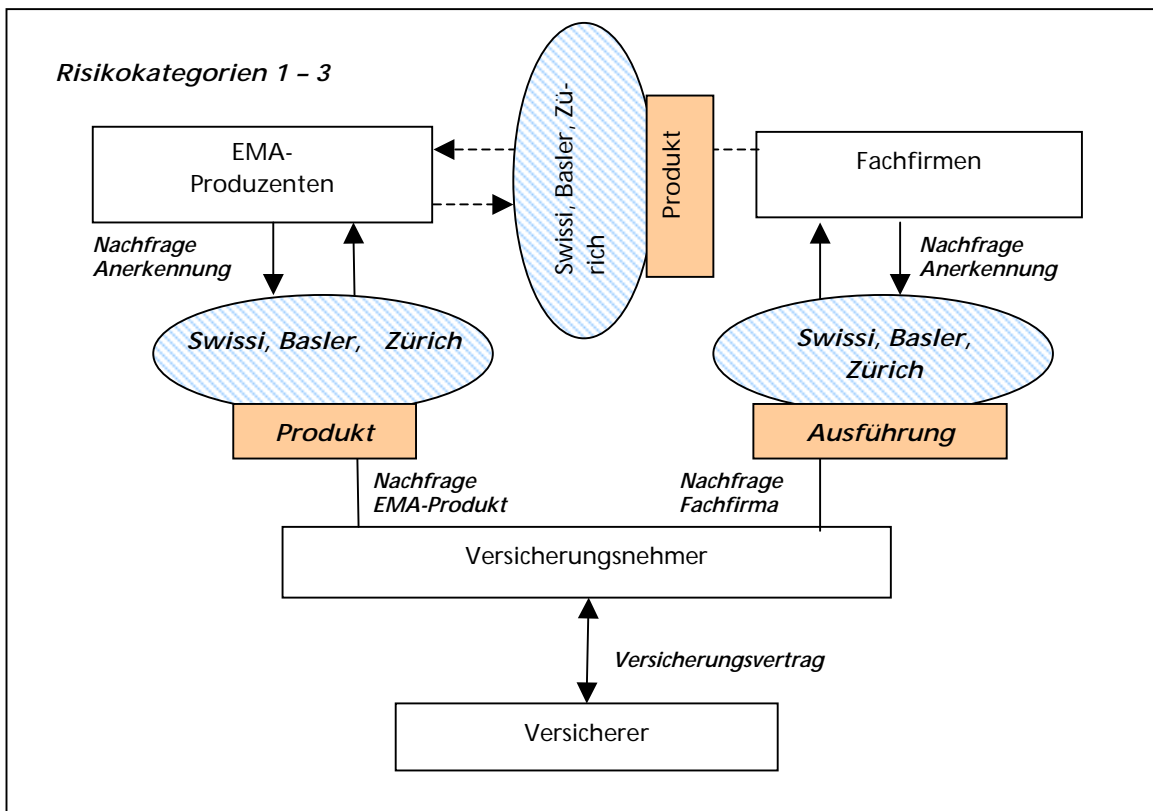
49. Im Bereich dieser Risikokategorien verlangen die Sachversicherer vor Abschluss des Versicherungsvertrages eine Prüfung der installierten EMA. Mit der Prüfung soll festgestellt werden, ob der angestrebte Objektschutz erreicht wird, damit dem Kunden eine Deckungszusage zu den geschäftsüblichen Konditionen angeboten werden kann. Geprüft wird somit, ob das verwendete Produkt dem aktuellen technischen Stand der Entwicklung und den risiko-spezifischen Anforderungen an eine EMA entspricht. Sodann muss geprüft werden, ob die EMA fachgerecht installiert und in Betrieb genommen wurde sowie gewartet wird.

50. Der Versicherungsnehmer ist in seiner Auswahl der EMA und der Fachfirma grundsätzlich frei. Die Sachversicherer definieren lediglich die Mindeststandards, welche eine EMA innerhalb einer besonderen Risikokategorie erfüllen muss, sowie die Anforderungen an eine fachgerechte Installation, Inbetriebnahme und Wartung. Die Auswahl bei den Produkten erfolgt so-

mit zumindest in Abhängigkeit der zutreffenden Risikokategorie. Hingegen spielt die Risikokategorie bei der Auswahl der Fachfirma eine untergeordnete Rolle, da es genügt, wenn die von den Sachversicherern definierten Anforderungen erfüllt werden. Demgegenüber gibt es gewisse Abhängigkeiten zwischen den Produktherstellern und den Fachfirmen, da viele Fachfirmen aufgrund des erforderlichen Know how für die EMA-Produkte maximal über ein oder zwei Produktlinien verfügen. Die Auswahl einer Fachfirma durch den Versicherungsnehmer beeinflusst deshalb oftmals den Entscheid bezüglich der zu verwendenden EMA-Produktlinien.

51. Währenddem die beiden Gesellschaften Zürich Versicherungen und Basler Versicherungen Prüfungen von EMA eigenständig vornehmen, diese aber auf ihre eigenen Versicherungsnehmer beschränken, hat Swissi unter anderem im Auftrag der übrigen Sachversicherer ein standardisiertes Anerkennungsverfahren geschaffen. Letzteres richtet sich sowohl an die Produzenten von EMA als auch an die Fachfirmen. Daneben gibt es nach Angabe von Swissi auch Ingenieurbüros, welche solche Prüfungen im Auftrag der Versicherungsnehmer oder der Versicherer durchführen.

52. Aus dem Gesagten ergeben sich die folgenden Marktverhältnisse (die Pfeile stellen die Nachfrage dar):



Quelle: Sekretariat der Wettbewerbskommission

53. Nachfrager der Produkthersteller sind zum einen die Fachfirmen, welche EMA-Anlagen in ihr Produktsortiment aufnehmen. Diese beschränken sich wie gesagt in der Regel auf ein bis zwei Produktlinien, da die Mitarbeiter über ein besonderes Fachwissen bezüglich Installation, Inbetriebnahme und Wartung verfügen und dementsprechend ausgebildet werden müssen. Innerhalb einer Produktlinie sind jedoch neben den EMA für die Risikokategorien 1 – 3 auch andere EMA (bspw. solche für den Privatgebrauch) erhältlich.

54. Zum anderen sind die Versicherungsnehmer Nachfrager von EMA (Endnachfrager). Versicherungsnehmer entscheiden sich entweder direkt aufgrund von Empfehlungen der Versicherer für eine bestimmte EMA und suchen sich dann eine entsprechende Fachfirma aus, oder der Entscheid erfolgt indirekt über die Auswahl der Fachfirma.

55. In beiden Fällen (Fachfirmen und Versicherungsnehmer) wird der Entscheid für eine EMA durch die Vorgaben der Sachversicherer an die EMA selber beeinflusst. Währenddem die beiden Versicherer Basler und Zürich die Vorgaben selbstständig definieren, übernimmt Swissi diese Rolle für die übrigen Sachversicherer (vgl. Rz. 7 ff.).

56. Bei den Fachfirmen sind ebenfalls die Versicherungsnehmer Nachfrager von deren Dienstleistungen. Allen Versicherungsnehmern gemeinsam ist die Vorgabe von bestimmten Anforderungen an die Installation, die Inbetriebnahme und die Wartung einer EMA für die Risikokategorien 1 – 3. Dabei stellen die Zürich und die Basler Versicherung aber nicht auf die Liste von Swissi ab, sondern akzeptieren auch andere Fachfirmen, sofern diese die gestellten Anforderungen zu erfüllen vermögen. Demgegenüber akzeptieren die übrigen Sachversicherer grundsätzlich nur Fachfirmen, welche die Kriterien von Swissi erfüllen und sich auf dessen Liste befinden.

57. Damit sind sowohl die Fachfirmen wie auch die Produkthersteller von der Nachfrage der Versicherungsnehmer abhängig. Diese wiederum entscheiden in Abhängigkeit der Vorgaben der Sachversicherer. Fachfirmen und Produkthersteller haben deshalb ein wesentliches Interesse, die Bedingungen der Versicherer zu erfüllen, ansonsten die Versicherungsnehmer der Risikokategorien 1 – 3 auf andere Anbieter ausweichen, um eine marktübliche Versicherungsdeckung zu erhalten. Das Anerkennungsverfahren von Swissi bildet somit eine entscheidende Voraussetzung, um überhaupt EMA für die Kunden dieser Sachversicherer verkaufen und erstellen zu können. Somit ergeben sich für die EMA-Produzenten und Fachfirmen folgende Anerkennungsmöglichkeiten:

- Anerkennung mittels einer Einzelfallprüfung durch die Basler oder Zürich Versicherung;
- Anerkennung mittels eines standardisierten Prüfungsverfahrens von Swissi.

58. Ausgehend von dieser Sachlage können für die vorliegende Vorabklärung die folgenden zwei Märkte definiert werden:

- Markt für die Anerkennung von Fachfirmen für die Erstellung von EMA in den Risikokategorien 1 – 3: Sowohl Swissi wie auch die beiden Versicherer Basler und Zürich setzen Vorgaben für die Erstellung, Inbetriebnahme und Wartung einer EMA, welche für die Anerkennung von den Fachfirmen erfüllt sein müssen, fest. Nachfrager dieser Anerkennung sind somit die Fachfirmen. Die Anerkennung erfolgt entweder im Einzelfallprüfungsverfahren (Basler, Zürich), oder im Rahmen eines standardisierten Anerkennungsverfahrens (Swissi).

- Markt für die Anerkennung von Produkten für die Herstellung von EMA in den Risikokategorien 1 – 3: Auch in diesem Fall werden die Bedingungen für eine Anerkennung von den Versicherungen entweder einzeln oder gemeinschaftlich via Swissi definiert. Nachfrager sind die EMA-Produzenten, welche die Anerkennung gleichfalls im Einzelfallprüfungsverfahren (Basler, Zürich), oder im Rahmen des standardisierten Anerkennungsverfahrens von Swissi erhalten.

59. Ob beide Märkte noch enger abzugrenzen sind und namentlich die beiden Anerkennungsverfahren von Swissi je eigenständige Märkte darstellen, ist fraglich. Tatsächlich haben die erwähnten Einzelfallprüfungen nicht die gleiche Marktbedeutung wie die Anerkennung durch Swissi. Fachfirmen, welche bisher nur für die beiden Versicherer tätig waren, erscheinen auf keiner veröffentlichten Liste und werden deshalb mangels Bekanntheitsgrad von Kunden der übrigen Sachversicherer kaum gewählt. Die Einzelfallprüfung ist somit für Fachfirmen, welche sämtliche Kunden der Risikokategorien 1 - 3 abdecken wollen, kein vollwertiges Substitut für die Anerkennung durch Swissi. Gleiches gilt für die EMA-Produkte. Die Frage braucht vorliegend aber nicht abschliessend beurteilt zu werden, da selbst bei einer engeren Marktabgrenzung keine Indizien für eine missbräuchliche Verhaltensweise vorliegen.

60. Von der Frage nach dem relevanten Markt zu unterscheiden ist die Frage, wo sich allenfalls Wettbewerbsbeschränkungen durch missbräuchliche Verhaltensweisen auswirken. Wie bereits gesagt anerkennen Swissi sowie die Versicherer die Fachfirmen und EMA-Produzenten nach Erfüllung ihrer Vorgaben entweder im Rahmen eines standardisierten Anerkennungsverfahrens oder einer Einzelfallprüfung. Der Versicherungsnehmer wird jedoch nicht eine EMA errichten lassen, ohne dass er sich vorher im Zuge der Vertragsverhandlungen mit dem Versicherer über die Voraussetzungen für eine solche Anerkennung in Kenntnis gesetzt hat, da die Erfüllung der Voraussetzungen die Versicherungskonditionen beeinflussen können. Erst im Wissen um diese Kriterien trifft er seine Auswahl unter den geeigneten Fachfirmen und EMA-Produkten. Die Verhaltensweisen von Swissi und der beiden Sachversicherer wirken sich somit direkt auf das Verhältnis zwischen dem Versicherungsnehmer

und den Fachfirmen respektive EMA-Produzenten aus. Allfällige Wettbewerbsbeschränkungen durch diese haben somit nicht auf den beiden definierten relevanten Märkten eine Auswirkung, sondern im Verhältnis zwischen den Fachfirmen und den Inhabern von zu versichernden Objekten bzw. den Produktherstellern und diesen. Dies hat einen Einfluss auf die Missbrauchsprüfung (vgl. Rz. 70 ff.).

B.3.1.1.2 Räumlich relevanter Markt

61. Der räumlich relevante Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Dienstleistungen nachfragt oder anbietet (Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU, der hier analog anzuwenden ist).

62. Die Fachfirmen und EMA-Produzenten haben – wie bereits erwähnt – ein massgebliches Interesse daran, die von Swissi und den Sachversicherern gestellten Anforderungen zu erfüllen und damit anerkannt zu sein. Da diese Anforderungen derzeit nach wie vor nationalen Eigenheiten und Sicherheitsbedürfnissen der Sachversicherer zu entsprechen haben und die betroffenen Versicherungsnehmer der Risikokategorien 1 – 3 ihre Deckungen vorwiegend bei in der Schweiz ansässigen Sachversicherern nachsuchen, ergeben sich für die Fachfirmen und die Produkthersteller keine Vorteile, wenn diese sich durch ausländische Versicherungen oder Prüfgesellschaften nach deren Vorgaben anerkennen lassen. Die Nachfrage nach dem Zugang zu den beiden Märkten erfolgt daher praktisch ausschliesslich über die Anerkennung durch Swissi oder der Basler respektive Zürich Versicherung. Es handelt sich demnach bei beiden Märkten um nationale Märkte.

B.3.1.2 Marktstellung

63. Ein Unternehmen wird sich von anderen Marktteilnehmern nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können, wenn es sich ausreichend starker aktueller und/oder potenzieller Konkurrenz gegenüber sieht.

64. Swissi ist das einzige Unternehmen in der Schweiz, welches sämtliche notwendigen Dienstleistungen zur Durchführung einer standardisierten Risikoprüfung durch die Sachversicherer sozusagen im Bündel anbietet (d.h. die Anerkennung von Fachfirmen sowie von EMA). Bezüglich der Anerkennung von EMA bestehen gewisse Alternativen, wie nachfolgend dargelegt wird.

65. Die Zürich Versicherungen und die Basler Versicherungen führen wie gesagt unabhängig von Swissi ebenfalls Prüfungen durch, um zu ermitteln, ob die verlangten Mindestanforderungen erfüllt sind. Auf die Erhebung der Marktanteile dieser beiden Versicherer im Bereich Diebstahl wurde im Rahmen dieser Vorabklärung verzichtet. Ein Hinweis auf die vermuthungsweise beschränkte Bedeutung der von diesen beiden Versicherern durchgeführten Prüfungen ergibt sich jedoch daraus, dass es sich um Prüfungen im Einzelfall handelt, welche nur den Kunden der Zürich Versicherungen bzw. der Basler Versicherungen und nicht den Kunden anderer Versicherer zur Verfügung

stehen. Weiter erlaubt die Analyse der Statistik des Bundesamtes für Privatversicherungen (BPV) „Gebuchte Prämien brutto“ für das Jahr 2005 gewisse Rückschlüsse bezüglich der Frage, ob von der Zürich Versicherungen und der Basler Versicherungen eine disziplinierende Wirkung auf Swissi ausgeht.

66. Gemäss den in der Schadenversicherungsverordnung vorgesehenen Versicherungszweigen werden die erwähnten Prämien aus der Diebstahlversicherung nicht gesondert erhoben, sondern fallen unter die Kategorie "übrige Sachschäden"³. Entsprechend setzt sich die Gesamtsumme der gebuchten Prämien brutto nicht ausschliesslich aus den Einnahmen aus der Versicherung von sicherheitsgefährdeten Objekten mit EMA zusammen und umfasst weiter auch Versicherer, die möglicherweise keine Versicherungsverträge für Objekte mit erhöhter Sicherheitsgefährdung abschliessen, weshalb genaue Angaben über Marktanteile nicht gemacht werden können.

67. Vorliegend wird angenommen, dass sich die Marktanteile der einzelnen Sachversicherer im Bereich "übrige Sachschäden" im Verhältnis etwa ähnlich verhalten wie im Bereich Diebstahlversicherung. Betrachtet man die Angaben im Bereich "übrige Sachschäden", stellt man fest, dass die Prämieinnahmen der Zürich Versicherungen rund 12% und die Basler Versicherungen 8,5% der Gesamtsumme ausmachen. Wie gesagt verlangen die übrigen Versicherer grundsätzlich eine durch Swissi anerkannte EMA, darunter Schweizerische Mobiliar (23,7% der Prämieinnahmen), Winterthur (rund 15%), Helvetia (rund 9%), Allianz Suisse (9,3%) und Schweizerische National (6%). Aufgrund dieser konzentrierten Inanspruchnahme von Swissi durch bedeutende Sachversicherer und der im Verhältnis nur mittleren Prämieinnahmen durch die Zürich Versicherungen und die Basler Versicherungen muss davon ausgegangen werden, dass diese keine genügende disziplinierende Wirkung auf Swissi haben.

68. Weiter können gemäss Angabe von Swissi Ingenieurbüros mit dem Nachweis, dass die von den Sachversicherern verlangten Mindestanforderungen erfüllt sind, beauftragt werden. Sodann werden bei Spezialanlagen wie z.B. Gefängnisüberwachungsanlagen speziell dafür geeignete Unternehmen beigezogen. Die Prüfungen sind – im Gegensatz zur Anerkennung einer EMA durch Swissi, welche für den Inhaber des zu versichernden Objekts kostenlos ist – vom Inhaber jedoch selber zu bezahlen. Die Ingenieurbüros dürften deshalb selten in Anspruch genommen werden. Aufgrund dessen muss angenommen werden, dass auch von ihnen keine disziplinierende Wirkung auf Swissi ausgeht. Mit neuen Wettbewerbern in der nächsten Zeit ist auch nach Angabe von Swissi nicht zu rechnen.

69. Zusammenfassend ergibt sich, dass es Anhaltspunkte dafür gibt, dass keine disziplinierenden Effekte auf Swissi wirken und sich das Sicherheitsinstitut aufgrund dieser Marktsituation gegenüber anderen

³ Schadenversicherungsverordnung, Anhang 2 (SchVersVo, SR 961.711).

Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann, mit anderen Worten marktbeherrschend ist.

B.3.2 Missbrauch einer allfälligen marktbeherrschenden Stellung

70. 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). Bevor jedoch mit der Prüfung begonnen werden kann, sind einleitend einige Bemerkungen zur Wahrscheinlichkeit missbräuchlicher Verhaltensweisen durch Swissi zu machen.

71. Wie die Abklärungen des Sekretariats ergeben haben, sind keine Wirkungen allfälliger missbräuchlicher Verhaltensweisen auf den beiden relevanten Märkten feststellbar: Es gibt keine speziellen Schwierigkeiten für Fachfirmen, auf die Liste oder in eine höhere Kategorie zu gelangen. Entsprechendes gilt für die EMA-Produkte bezüglich der Produktliste. Sodann wird die Produktbeschaffung selbst für die Fachfirmen nach deren übereinstimmender Meinung weder durch die Anerkennungsverfahren von Swissi respektive die Einzelfallprüfungen der Basler oder Zürich Versicherung noch durch gesetzliche Bestimmungen behindert.

72. Es stellt sich deshalb die Frage, welche Interessen Swissi allenfalls haben könnte, den Wettbewerb auf den beiden sachlich relevanten Märkten zu behindern, um dadurch Einfluss auf das Verhältnis zwischen den Fachfirmen bzw. den Produktherstellern und den Inhabern von zu versichernden Objekten zu nehmen. Dabei steht weniger das Interesse von Swissi als wirtschaftlich breit abgestützter Verein im Vordergrund, sondern vielmehr das Interessen der dahinter stehenden Sachversicherer. Vorliegend ist kein direktes Interesse der Sachversicherer an der Wettbewerbsbehinderung auf den beiden sachlich relevanten Märkten ersichtlich. Zudem sind in den verschiedenen Gremien von Swissi neben den Sachversicherern diverse Interessengruppen vertreten, welche automatisch für einen Interessenausgleich sorgen (Rz. 87, 98, 122 und 134). Die Sachversicherer dürften aufgrund der Organisation und Ausgestaltung von Swissi im jetzigen Zeitpunkt somit auch nicht die Möglichkeit haben, ihre Interessen einseitig durchzusetzen (vgl. aber Rz. 135). Vorliegend geht es einzig um die Standardisierung einer Risikominimierung, anhand welcher das Preisgefüge der einzelnen Versicherer jedoch nicht abgestimmt werden kann.

73. Aufgrund des Gesagten dürfte die Missbräuchlichkeit der von Swissi festgesetzten Standards eher unwahrscheinlich sein. Dennoch wird nachfolgend geprüft, ob es Anhaltspunkte für unzulässige Verhaltensweisen durch Swissi im Zusammenhang mit den beiden Listen einschliesslich der EMA-Richtlinien und der Produktrichtlinien sowie der weiteren Richtlinien gibt.

B.3.2.1 Markt für die Anerkennung von Fachfirmen für die Erstellung von EMA in den Risikokategorien 1 – 3

B.3.2.1.1 Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen

(Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG)

74. Nach Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG ist namentlich die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger Geschäftsbedingungen missbräuchlich. Geschäftsbedingungen sind unangemessen, wenn sie unverhältnismässig sind, d.h. wenn sie keinem gerechtfertigten Interesse dienen bzw. dazu nicht notwendig sind, weil schonendere Mittel zur Verfügung stehen⁴. Bei der konkreten Beurteilung der Unangemessenheit von Geschäftsbedingungen sind die Schwere des Eingriffs in die Wettbewerbsfreiheit der Vertragspartner sowie auch die Behinderungswirkungen zu Lasten dritter Unternehmen zu berücksichtigen.

75. Von zulässigem Verhalten ist auszugehen, wenn marktbeherrschende Unternehmen wettbewerbsneutral handeln, was grundsätzlich auch bei der Festsetzung bestimmter Standards zum Zwecke der Qualitätssicherung der Fall sein kann. Die Tatsache, dass diese Standards in der Folge nicht von allen Unternehmen erreicht werden können, ist als normaler Leistungsdruck zu betrachten, welcher jedes Mal bei der Festsetzung von Minimalanforderungen eintritt. Aus diesem Grund ist die Festsetzung von Standards an sich nicht als negativ zu werten. Problematisch ist sie jedoch, wenn die Standards von Kriterien geprägt sind, welche nur ein marktbeherrschendes Unternehmen fordern kann⁵.

76. Nachfolgend wird geprüft, ob es Anhaltspunkte dafür gibt, dass einerseits die Standards für die Anerkennung von Fachfirmen (Rz. 77 ff.) und andererseits die EMA-Richtlinien (Rz. 94 ff.) als unangemessene Geschäftsbedingungen zu qualifizieren sind. Der Markt für die Anerkennung von Fachfirmen ist in formelle (Anforderungen, um auf die Liste zu kommen) und materielle Voraussetzungen (Anforderungen, die bei der Erstellung einer Anlage eingehalten werden müssen) unterteilt. Da die formellen und materiellen Anforderungen in unterschiedlichen Richtlinien festgehalten werden, erfolgt nachstehende Prüfung in zwei Teilen.

a) Anerkennung von Fachfirmen

77. Die Festsetzung von Standards für die Anerkennung von Fachfirmen führt dazu, dass gewisse Unternehmen, welche ihrer Meinung nach genügend gut für die Tätigkeit im Bereich EMA der Risikokategorien 1-3 sind, gar nicht auf der Liste aufgeführt oder zu niedrig eingestuft sind, was Geschäftsabschlüsse in diesem Bereich erschwert. Die Liste dient gemäss Angabe von Swissi der Qualitätssicherung, wobei diese sowohl zugunsten der Sachversicherer als auch der Inhaber von zu versichernden Objekten im Sinne der Schadensprävention erfolgt. Weiter soll die Liste bei der Erstellung von EMA als Entscheidungshilfe für Käufer und Benutzer von EMA in Bezug auf die Wahl der Fachfirma dienen.

⁴ ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 2005, S. 337.

⁵ RPW 2004/2 S. 466 ff. (Erfahrungsmedizinisches Register EMR).

78. Die Qualitätssicherung beruht grundsätzlich auf den drei folgenden Säulen⁶: Ausbildung (Gewährleistung, dass das notwendige theoretische Wissen erlernt wurde), praktische Tätigkeit (Gewährleistung, dass das durch die Aus- und Fortbildung erworbene theoretische Wissen in der Praxis umgesetzt und angewendet wird) und kontinuierliche Fortbildung (Gewährleistung, dass das theoretische Wissen periodisch aufgefrischt wird und neue Erkenntnisse aus der Wissenschaft berücksichtigt werden).

79. Swissi verfolgt mittels der Liste der Fachfirmen und der EMA-Richtlinien alle drei Säulen der Qualitätssicherung. Jede Fachfirma auf der Liste muss über eine bestimmte Anzahl kategoriebezogener Fachleute verfügen (Ausbildung). Die Fortbildung der Fachleute wird dadurch sichergestellt, dass die EMA-Richtlinien und die übrigen Richtlinien laufend an den neusten technischen Stand angepasst werden und diese von den Fachleuten eingehalten werden müssen. Sodann erfolgt die Gewährleistung, dass das durch die Aus- und Fortbildung erworbene theoretische Wissen in der Praxis umgesetzt und angewendet wird, durch den Nachweis der Erfahrung und der Fähigkeit, Anlagen bestimmter Kategorien zu installieren. Dabei unterscheiden sich der Nachweis der Erfahrung und jener der Fähigkeit inhaltlich nur oberflächlich: Mit dem Nachweis der Erfahrung wird festgestellt, bis zu welcher Anlagekategorie die *Hauptaktivität* der betreffenden Fachfirma liegt. Der Nachweis der Fähigkeit ermöglicht hingegen die Feststellung, bis zu welcher Anlagekategorie eine bestimmte Fachfirma anhand *einzelner* erstellter Anlagen richtlinienkonforme und korrekte Installationstechnik nachweisen konnte. In beiden Fällen ist somit erforderlich, dass Fachfirmen tatsächlich eine bestimmte Anzahl EMA installiert haben. Das rein theoretische Wissen, wie eine Anlage erstellt werden muss, reicht für den Fähigkeitsnachweis nicht aus. Die Angabe der Grösse einer Fachfirma gibt potenziellen Kunden die Möglichkeit, sich eine Vorstellung über die Kapazität einer bestimmten Fachfirma zu machen. Die Grösse der Fachfirmen ist zudem ohnehin einfach feststellbar, z.B. über das Internet. Die von Swissi aufgestellten Kriterien sind somit grundsätzlich *geeignet*, die Qualitätssicherung bei den Fachfirmen zu gewährleisten. Sodann eignen sich diese Kriterien ebenfalls dazu, den Inhabern von zu versichernden Objekten die Wahl einer passenden Fachfirma zu erleichtern.

80. Zu prüfen ist sodann, ob die von Swissi gewählten Kriterien in ihrer konkreten Ausgestaltung *erforderlich* sind. Insbesondere stellt sich die Frage, ob das Erfordernis, eine Mindestanzahl an EMA tatsächlich zu erstellen, sachlich gerechtfertigt ist. Im Bereich Anerkennung von EMA ist der Nachweis der Absolvierung der Ausbildung über das eingesetzte Produktsortiment sowie das Bestehen der EMA-Fachprüfung erforderlich. Im Rahmen der Berufsausübung müssen die Fachfirmen dann aber wie gesagt noch den Nachweis der Erfahrung sowie der Fähigkeit erbringen.

81. In anderen freien Berufen (z.B. Rechtsanwälte oder Ärzte) bestehen nach dem Erwerb der Zulassung keine weiteren Voraussetzungen für die Berufsaus-

übung. Ein Rechtsanwalt beispielsweise kann nach dem Erwerb des Anwaltspatents frei praktizieren und braucht nicht nachzuweisen, dass er jährlich eine bestimmte Anzahl Fälle betreut hat. Ähnlich verhält es sich mit den Ärzten. Auch diese brauchen z.B. nach dem Erwerb des FMH-Titels grundsätzlich nicht nachzuweisen, dass sie jährlich eine bestimmte Anzahl Patienten behandelt haben. Rechtsanwälte und Ärzte müssen sich zwar an Standesregeln halten. Diese enthalten jedoch Verhaltensregeln und schreiben nicht vor, wie ein Rechtsanwalt im Einzelfall vorgehen soll oder wie ein Patient zu behandeln ist.

82. Die von Swissi festgesetzten Standards hingegen regeln im Einzelnen sämtliche technischen Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit eine EMA anerkannt werden kann. Will man das Aufstellen derartiger Standards zulassen, so muss auch deren Einhaltung überprüft werden können. Dabei gibt es kein milderes Mittel als die Festlegung eines gewissen Mindestmasses an Aktivität.

83. In diesem Zusammenhang ist sowohl für die Sachversicherer als auch für die Inhaber von zu versichernden Objekten durchaus von Interesse, in welcher Anlagekategorie eine bestimmte Fachfirma hauptsächlich tätig ist. Insofern könnte das Kriterium "Erfahrung" ebenso gut "Hauptaktivität" genannt werden. Der Nachweis der Fähigkeit stellt im Verhältnis zum Nachweis der Erfahrung eine Erleichterung dar, indem einzelne erstellte Anlagen, deren Gesamtzahl die Schwellenwerte für den Nachweis der Erfahrung nicht erreicht, trotzdem im Rahmen des Nachweises der Fähigkeit gewürdigt werden können. Die von Swissi in der Liste der Fachfirmen verwendeten Kriterien sowie die dazugehörigen Richtlinien sind weder vage, unpräzise noch wertend. Weiter deutet nichts darauf hin, dass Swissi die Kriterien unter dem Vorwand der Qualitätssicherung und der Kundeninformation aufgestellt hat, in Tat und Wahrheit jedoch die Beeinträchtigung des Wettbewerbs unter den Fachfirmen bezweckt. Eine Gesamtbetrachtung ergibt vielmehr, dass die Kriterien ein vernünftiges Interesse und Bewusstsein Swissis gegenüber den Sachversicherern und Inhabern von zu versichernden Objekten widerspiegeln.

84. Auch die Analyse der Entscheidungspraxis von Swissi zeigt nichts anderes: Das Erfüllen der Kriterien ist gemäss den Angaben von Swissi und einzelnen Fachfirmen nicht einfach. Dennoch sind bezüglich der Neuanerkennung und der Höherstufung seit Herausgabe der Liste der Fachfirmen keine ablehnenden Entscheide ergangen. In den letzten Jahren hat es jährlich ca. 1-2 Aberkennungsentscheide gegeben. Auch aufgrund dessen kann davon ausgegangen werden, dass die von Swissi festgelegte Anzahl EMA für die Erbringung des Nachweises der Erfahrung und der Fähigkeit verhältnismässig ist.

85. Des Weiteren ist fraglich, ob es Anhaltspunkte dafür gibt, dass durch die Einwirkung der Sachversicherer auf die Festsetzung der Standards der Wett-

⁶ RPW 2004/2 S. 467 (Erfahrungsmedizinisches Register EMR).

bewerb unter den Fachfirmen beeinträchtigt wird. Vorliegend könnten die Sachversicherer dazu verleitet werden, zur Durchführung einer übertriebenen Schadensprävention oder zur Bevorzugung gewisser Fachfirmen zu strenge Kriterien festzusetzen. Die Frage stellt sich u.a. auch, weil die Sachversicherer mit drei Vertretern im Beirat für Intrusionsschutz einen erhöhten Einfluss ausüben und bis vor kurzem der SVV Herausgeber der Liste der Fachfirmen und in der die Anerkennungsentscheide fallenden FES vertreten war. Die Sachversicherer sind somit in massgeblicher Weise an der Entstehung und waren bis vor kurzem an der Durchführung der Liste, der EMA-Richtlinien sowie der übrigen Richtlinien beteiligt.

86. Allgemein ist es unzweifelhaft, dass personelle Verflechtungen ein beachtliches Potential für Wettbewerbsverzerrungen bergen (vgl. B.3.3). Der Beirat für Intrusionsschutz setzt sich aus Vertretern folgender Stellen zusammen und umfasst 9-12 Personen: Sachversicherer, Swissi, Herstellerverband der Sicherheitsbranche, Anwender von Intrusionsschutzmassnahmen, kriminalpolizeiliche Beratungsstellen und Ingenieurvereinigung der Sicherheitsbranche sowie der Baubranche. Die Sachversicherer sind mit drei Personen stärker als die übrigen Interessengruppen vertreten. Die einzelnen Vertreter haben je eine Stimme beim Erlass der Richtlinien von Swissi sowie bei den übrigen Beschlüssen, wobei das einfache Mehr der anwesenden Mitglieder massgeblich ist. Der Beirat ist beschlussfähig, wenn mindestens die Hälfte seiner Mitglieder anwesend ist. Wenn dieses Quorum nicht erreicht wird, wird eine neue Sitzung einberufen. An dieser können auch dann Beschlüsse gefasst werden, wenn weniger als die Mehrheit der Mitglieder des Beirates anwesend sind. Aus der stärkeren Vertretung der Sachversicherer ergibt sich eine erhöhte Einflussnahme derselben bei der Beschlussfassung. Es muss jedoch davon ausgegangen werden, dass die drei Sachversicherer höchst selten in der Lage sind, alleine die Mehrheit für einen Entscheid zu bilden.

87. In diesem Zusammenhang nimmt das Sekretariat weiter zur Kenntnis, dass die Sachversicherer gemäss den Angaben von Swissi wegen fehlender Sachkenntnis nicht in der Lage sind, auf der technischen Ebene Einfluss zu nehmen. Dem Sekretariat ist weiter nicht bekannt, dass Sachversicherer namhafte Beteiligungen an Fachfirmen halten würden. Die Sachversicherer verfolgen demnach einzig das Ziel der Schadensprävention, weshalb bei ihnen keine Interessenkonflikte entstehen. Aufgrund der beschriebenen Interessenlage ist vorliegend nicht davon auszugehen, dass die Sachversicherer die Beeinflussung des Wettbewerbs unter den Fachfirmen bezwecken oder bewirken. Sodann ist anzunehmen, dass durch die übrigen im Beirat für Intrusionsschutz vertretenen Interessengruppen automatisch für ein Interessenausgleich gesorgt wird.

88. Sodann ist zu prüfen, ob die vorliegend eingesetzten Mittel (Liste und Richtlinien) mit dem angestrebten Zweck (Qualitätssicherung und Kundeninformation) in einem *vernünftigen Verhältnis* stehen. Die Zwecke der Qualitätssicherung und der Kundeninfor-

mation sind vorliegend objektiv und vernünftigerweise nicht mit wettbewerbswidrigen Zwecken in Verbindung zu bringen. Zudem erfolgt die Anerkennung der Fachfirmen in einem methodischen Verfahren, wobei jede Fachfirma die Möglichkeit hat, auf die Liste aufgenommen zu werden, wenn sie sämtliche Voraussetzungen erfüllt. Weiter werden die Anerkennungsentscheide durch die FFIS, einer frei von Interessenvertretern selbstständigen Einheit von Swissi mit eigenem Personal, gefällt. Auch bei den Entscheiden der damaligen FES, in welcher neben dem SVV und einzelnen Sachversicherern eine polizeiliche Beratungsstelle und Swissi vertreten waren, dürfte für ein Interessenausgleich gesorgt worden sein.

89. Die Anzeige erstattende Fachfirma bringt u.a. vor, dass die Liste nicht sämtliche Sicherheitsbereiche umfasse, insbesondere nicht die Videoüberwachung und Zugangskontrolleinrichtungen, was Fachfirmen, welche vorwiegend in diesem Bereich tätig sind, benachteilige. Die Liste der Fachfirmen beschränkt sich in der Tat auf die Risikokategorien erhöhte bis sehr grosse Gefährdung. Da es jedoch nicht erforderlich ist, in den übrigen Sicherheitsbereichen, welche im Vergleich weniger komplex sind, eine derart intensive Qualitätssicherung durchzuführen, entspricht diese Beschränkung dem Verhältnismässigkeitsprinzip. Eine übertriebene Qualitätssicherung, welche sich auf den ganzen Sicherheitsbereich erstreckt, könnte im Gegenteil auf eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung deuten. Es liegt an den Fachfirmen, welche unterhalb der Risikokategorie 1 tätig sind, die Kunden z.B. mit Werbung auf ihre Dienstleistungen aufmerksam zu machen.

90. Die Fachfirmen, welche nicht auf der Liste aufgeführt sind oder ihrer Meinung nach zu niedrig eingestuft sind, werden dadurch nicht vom Markt ausgeschlossen. Denn die Einhaltung der Liste der Fachfirmen wird weder vom Gesetz noch von Swissi zwingend vorgeschrieben. Sodann bestehen die Sachversicherer ebenfalls nicht auf die Einhaltung der Liste, was von den Fachfirmen bestätigt wurde. Es ergibt sich aus der Natur der Sache, dass festgesetzte Standards gewisse Fachfirmen von der Liste ausschliessen, weil diese die Standards unterschreiten. Ebenfalls ist nicht auszuschliessen, dass sich Swissi im Einzelfall bei der Beurteilung irrt. Dies führt jedoch nicht dazu, dass die Festsetzung von Standards als System vorliegend unverhältnismässig wäre. Vielmehr scheint insgesamt ein vernünftiges Verhältnis zwischen den Interessen aller Beteiligten zu bestehen.

91. Schliesslich ist zu prüfen, ob als Folge der Festsetzung von Standards die Wahlfreiheit der Inhaber von zu versichernden Objekten auf unverhältnismässige Weise eingeschränkt wird. Anhaltspunkte für unangemessene Geschäftsbedingungen oder die Diskriminierung von Handelspartnern (vgl. Rz. 100 ff.) liegen nicht vor. Die Tatsache, dass nur bestimmte Fachfirmen beauftragt werden können, wenn die EMA anerkannt werden soll, stellt deshalb keine wettbewerbsrechtlich relevante Einschränkung der Wahlfreiheit dar.

92. Tatsächlich ist die Wahlfreiheit der Inhaber von zu versichernden Objekten nicht eingeschränkt, da die Wahl einer Fachfirma aus der Liste wie gesagt nicht zwingend ist. Dass die Wahl von Alternativen mit höheren Kosten verbunden sein kann (z.B. kann die Wahl einer nicht anerkannten Fachfirmen zu höheren Prämien oder einem geringeren Versicherungsschutz führen), hat auf diese Beurteilung keinen Einfluss, da es sich der Kunde selber zuzuschreiben hat, wenn er eine nicht standardisierte Variante wählt. Massgeblich ist einzig, dass ihm überhaupt valable Alternativen zur Verfügung stehen.

93. Zusammenfassend liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die von Swissi im Zusammenhang mit der Liste der Fachfirmen festgesetzten Kriterien unangemessene Geschäftsbedingungen im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG darstellen.

b) EMA-Richtlinien

94. Nachfolgend ist zu prüfen, ob es Anhaltspunkte dafür gibt, dass die EMA-Richtlinien als unverhältnismässige Geschäftsbedingungen für die Anerkennung von Fachfirmen zu qualifizieren sind. Dies könnte der Fall sein, wenn die von Swissi festgesetzten Standards zu hoch sind. Die Nichteinhaltung der EMA-Richtlinien hat einerseits zur Folge, dass die installierte Anlage von Swissi nicht anerkannt wird. Andererseits verliert die betreffende Fachfirma möglicherweise ihre Anerkennung und wird schliesslich von der Liste der Fachfirmen gestrichen, wenn sie den Nachweis, dass sie die geforderte Mindestanzahl richtlinienkonformer Anlagen erstellt hat, nicht mehr erbringen kann.

95. Die EMA-Richtlinien enthalten allgemeine Anweisungen betreffend die Erstellung von EMA. Dabei handelt es sich um Anforderungen rein technischer Natur. In Einzelfällen unterscheiden sich diese Anweisungen je nach Risikokategorie. Die EMA-Richtlinien dienen gemäss Angabe von Swissi der Qualitätssicherung, wobei diese sowohl zugunsten der Sachversicherer als auch der Inhaber von zu versichernden Objekten im Sinne der Schadensprävention erfolgen. Aufgrund der Durchsicht der EMA-Richtlinien und der Angaben von Swissi ist davon auszugehen, dass diese grundsätzlich *geeignet* sind, die Qualitätssicherung bezüglich der Erstellung von Anlagen zu gewährleisten.

96. Bezüglich der Frage, ob die von Swissi festgesetzten Anweisungen in ihrer konkreten Ausgestaltung *erforderlich* sind, kann Folgendes ausgeführt werden: Die heute geltenden EMA-Richtlinien wurden durch die damalige FES erarbeitet und herausgegeben. Die neuen EMA-Richtlinien werden durch den Beirat für Intrusionsschutz verabschiedet. Die derzeitige Überarbeitung der Richtlinien wird durch die gleiche Arbeitsgruppe vorgenommen, welche für die Umsetzung der EN 50131 zuständig ist (vgl. Rz. 121), wobei Swissi dafür mit dem VdS und dem belgischen Anerkennungsinstitut zusammenarbeitet. Zumindest auf der Expertenebene besteht somit ein Konsens über die Erforderlichkeit der konkreten Ausgestaltung der Anweisungen.

97. Die von Swissi in den EMA-Richtlinien verwendeten technischen Anweisungen sind weder vage, unpräzise noch wertend. Wie bei der Liste der Fachfirmen ergibt eine Gesamtbetrachtung, dass die technischen Anweisungen ein vernünftiges Interesse und Bewusstsein Swissis gegenüber den Sachversicherern, Fachfirmen und Inhabern von zu versichernden Objekten widerspiegeln (vgl. Rz. 83). Sodann sind in den letzten Jahren wenige ablehnende Entscheide aufgrund der Nichteinhaltung der EMA-Richtlinien ergangen.

98. Auch vorliegend ist zu prüfen, ob es Anhaltspunkte dafür gibt, dass die Einwirkung der Sachversicherer auf die Festsetzung der Standards über die damalige FES den Wettbewerb unter den Fachfirmen beeinträchtigte. Dass die Sachversicherer zur Verwirklichung der Schadensprävention dazu verleitet werden könnten, die Einhaltung zu hoher Standards zu fordern, ist aus folgenden Gründen unwahrscheinlich: Das Sekretariat nimmt zur Kenntnis, dass gemäss den Angaben von Swissi die Sachversicherer wegen fehlender Sachkenntnisse nicht in der Lage sind, auf der technischen Ebene Einfluss zu nehmen. Sodann ist davon auszugehen, dass die Fachfirmen durch ihren Einfluss im Beirat für Intrusionsschutz für einen Interessenausgleich sorgen. Weiter entsprechen die EMA-Richtlinien im Ergebnis den in anderen EU-Ländern geltenden Anforderungen.

99. Bezüglich der Frage nach der Zweck-Mittel-Relation ist der Zweck der Qualitätssicherung vorliegend objektiv und vernünftigerweise nicht mit wettbewerbswidrigen Zwecken in Verbindung zu bringen. Wie bei der Liste der Fachfirmen sprechen weitere Punkte für die Verhältnismässigkeit der festgesetzten Standards (Anerkennung erfolgt in einem methodischen Verfahren durch eine selbstständige Einheit von Swissi, vgl. Rz. 88). Sodann werden Fachfirmen, welche die EMA-Richtlinien nicht einhalten, nicht vom Markt ausgeschlossen (vgl. Rz. 90).

B.3.2.1.2 Diskriminierung von Handelspartnern (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG)

100. Die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen ist eine unzulässige Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG. Unter Diskriminierung ist u.a. die Ungleichbehandlung gleichartiger Sachverhalte zu verstehen. Wettbewerbsrechtlich relevant ist eine derartige Verhaltensweise, wenn die ungünstiger behandelten Marktpartner Wettbewerbsnachteile erleiden. Das Verbot der Diskriminierung zielt auch auf Situationen ab, bei welchen das marktbeherrschende Unternehmen zwar alle Vertragspartner gleich behandelt, die Gleichbehandlung sich aber wegen der konkreten Faktenlage diskriminierend auswirkt⁷.

101. Vorliegend werden alle Fachfirmen gleich behandelt, indem nur jene Unternehmen auf der Liste in einer bestimmten Kategorie aufgeführt sind, welche die in den Richtlinien dafür notwendigen Voraussetzungen erfüllen. Insofern ist in casu die unterliegende

⁷ ROBERTO DALLAFIOR, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1997, Art. 7 N 109 ff.

Gruppe von Fachfirmen eine einzige, nämlich die Gesamtheit jener Fachfirmen, welche auf der Liste in einer bestimmten Kategorie erscheinen wollen, die entsprechenden Voraussetzungen aber nicht erfüllen. Dies stellt keine Diskriminierung dar, da keine gleichartigen Sachverhalte vorliegen. Fraglich ist jedoch, ob sich die Gleichbehandlung der Fachfirmen aufgrund der in der Liste der Fachfirmen und in den Richtlinien verwendeten Kriterien diskriminierend auswirkt, was nachfolgend geprüft wird.

102. Durch die Kombination der Kriterien "Grösse der Fachfirma", "Erfahrung" und "Fähigkeit" mit den Risikokategorien 1-3 ergibt sich automatisch eine Vielzahl an Gruppen (vgl. Rz. 18). Anhaltspunkte dafür, dass das Aufstellen dieser Kriterien unangemessene Geschäftsbedingungen darstellen, sind nicht vorhanden (vgl. Rz. 74 ff.). Aus diesem Grund ist die unterschiedliche Stellung der einzelnen Fachfirmen auf dem Markt, welche rein auf die Bildung dieser Gruppen zurückzuführen ist, nicht diskriminierend im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG. Ansonsten müsste das Aufstellen von Standards an sich als kartellrechtlich unzulässig qualifiziert werden.

103. Für kleine und mittlere Unternehmen, d.h. Fachfirmen der Kategorie A und B mit mindestens 2 bzw. 3 Fachleuten, ist es wegen der geringeren Kapazität im Vergleich zu grossen Unternehmen (Kategorie C mit mindestens 5 Fachleuten) schwieriger, innerhalb der zweijährigen Beurteilungsperiode eine proportional zur Grösse der Fachfirma gleiche Anzahl anerkannter Anlagen zu installieren. Dies wird in den Richtlinien berücksichtigt, indem die für die verschiedenen zu erbringenden Nachweise geforderte Mindestanzahl fachlich korrekt ausgeführter, richtlinienkonformer Anlagen für grosse Fachfirmen im Verhältnis höher ist (vgl. Rz. 19).

104. Gemäss Angabe der befragten Fachfirmen – befragt wurden v.a. mittlere und kleine Unternehmen – ist es grundsätzlich kein Problem, die Anzahl geforderter Anlagen zu erreichen. Gewisse Fachfirmen verzichten sogar darauf, alle erstellten Anlagen zu melden, wenn kein Interesse daran besteht, in eine höhere Kategorie eingestuft zu werden. Die Auftragslage unterliegt gewissen Schwankungen, wenn z.B. die Banken generell die Strategie verfolgen, die Anzahl Niederlassungen zu reduzieren. Die befragten Fachfirmen habe angegeben, dass Swissi ihnen in derartigen Situationen die Möglichkeit eingeräumt hätte, die fehlende Anzahl EMA zu ergänzen. Demzufolge sind auch im Zusammenhang mit der geforderten Mindestanzahl zu erstellender anerkannter Anlagen keine Anhaltspunkte für eine Diskriminierung von z.B. kleinen und mittleren Unternehmen gegenüber grossen Fachfirmen gegeben.

105. Die Fachfirma, welche im vorliegenden Fall eine Anzeige beim Sekretariat eingereicht hat, erhebt den Vorwurf, dass die geforderten Mindestanzahlen regional tätige Fachfirmen gegenüber national tätigen Unternehmen benachteiligen, da die Mindestanzahl für die nächsthöhere Kategorie aufgrund der auf einem regionalen Markt beschränkten Nachfrage nicht erreicht werden kann.

106. Diesem Problem wird bereits dadurch Rechnung getragen, dass kleine und mittlere Unternehmen – um solche handelt es sich in der Regel bei regional tätigen Fachfirmen – eine geringere Mindestanzahl EMA installieren müssen (vgl. Rz. 103). Eine zusätzliche Erleichterung speziell für regional tätige Fachfirmen erscheint vor diesem Hintergrund nicht angebracht, wenn man wie vorliegend davon ausgehen kann, dass die Liste der Qualitätssicherung dient und keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sie unangemessene Geschäftsbedingungen enthält. Mit anderen Worten können allfällige Schwierigkeiten regional tätiger Fachfirmen nicht durch zusätzliche Erleichterungen berücksichtigt werden, sofern die für die verschiedenen Nachweise festgesetzte Mindestanzahl für die Gewährleistung der Qualitätssicherung erforderlich ist, wovon in casu ausgegangen wird. Denn dies würde die Verfolgung der Qualitätssicherung möglicherweise gefährden.

107. Der Kategorienwechsel innerhalb der Liste ist gemäss Swissi immer möglich, wenn die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind. Fraglich ist, ob derartige Kategorienwechsel in der Praxis jedoch möglich sind, da Fachfirmen aufgrund ihrer Klassifizierung in einer bestimmten Kategorie gegebenenfalls keine Aufträge für höhere Kategorien erhalten und so nie in die Lage versetzt werden, die Voraussetzungen für einen Kategorienwechsel zu erfüllen.

108. Mit dem Nachweis der Fähigkeit wird es den Fachfirmen ermöglicht zu belegen, dass sie auch in einer höheren Kategorie tätig geworden sind. Dadurch haben sie eine gute Ausgangslage, um neue Kunden für EMA in einer höheren Kategorie zu gewinnen. Die Analyse der Liste ergibt denn auch, dass Fachfirmen durchaus Aufträge in höheren Kategorien erhalten. Auf der Liste 2006 sind 1/3 der Fachfirmen, d.h. 14 Fachfirmen von insgesamt 42, bei der Fähigkeitsklasse höher eingestuft als bei der Erfahrungs-kategorie. Auf der Liste 2007 sind es ebenfalls 1/3 (15 von 44 Fachfirmen). Der Nachweis der Fähigkeit setzt wie gesagt voraus, dass zwar eine geringere, aber immerhin eine Mindestanzahl anerkannter EMA tatsächlich installiert wurde. Auch in diesem Zusammenhang ist somit keine Diskriminierung von bestimmten Fachfirmen feststellbar.

109. Die Anzeige erstattende Fachfirma erhebt noch eine Reihe weiterer Vorwürfe, welche jedoch – wie nachfolgend dargelegt wird – alle nicht stichhaltig sind.

110. Das betreffende Unternehmen macht geltend, dass es einer kleinen Fachfirma nicht möglich sei, im Bereich der höchsten Risikokategorie tätig zu sein. Dies trifft jedoch nicht zu. Zum einen können auch kleine Fachfirmen in der höchsten Risikokategorie eingestuft werden (d.h. A.3.3), sofern sie die entsprechenden Voraussetzungen erfüllen. Dass es auf der Liste derartig eingestufte Fachfirmen nicht gibt, ist nicht auf die diskriminierende Wirkung der Liste zurückzuführen, sondern auf die mangelnde Kapazität der kleinen Unternehmen. In der Tat ist es schwer vorstellbar, dass eine kleine Fachfirma über genügend Kapazität verfügt, um z.B. EMA in einer schweizeri-

schen Grossbank zu installieren und zu unterhalten. Zum anderen ist die Anwendung der Liste der Fachfirmen weder rechtlich noch faktisch zwingend, da die Sachversicherer auch bei Beauftragung einer listenfremden oder einer niedriger eingestuften Fachfirma – gegebenenfalls mit Anpassung der Prämie oder des Versicherungsschutzes – Versicherungsverträge abschliessen.

111. Weiter wird geltend gemacht, dass die Kunden der Fachfirmen die Liste als Qualitätsrangliste wahrnehmen. Dass die Kunden gestützt auf die Liste gewisse Rückschlüsse bezüglich der Qualität einer Fachfirma ziehen, entspricht dem Zweck der Liste und ist nicht diskriminierend. Die auf der Liste aufgeführten Fachfirmen jeder Kategorie haben bereits ein Selektionsverfahren hinter sich. Es ist den Kunden deshalb zuzutrauen, dass sie nicht fälschlicherweise davon ausgehen, allgemein seien die Unternehmen mit der Qualifizierung C.3.3 die besten und jene mit der Qualifizierung A.1.1 die schlechtesten. Vielmehr ist anzunehmen, dass die Kunden anhand der Liste die räumlich und bezüglich der Gefährdung des zu versichernden Objekts geeignete Fachfirma aussuchen. Sodann beruht die Liste der Fachfirmen auf einem offenen System: Jede Fachfirma hat die Möglichkeit, auf der Liste zu erscheinen, Kategorie zu wechseln oder in einer anderen Kategorie tätig zu sein. Die Liste stellt somit einen Anreiz für die Fachfirmen dar, sich zu verbessern. Demzufolge haben es die Fachfirmen in der Hand, die von den Kunden gezogenen Rückschlüsse durch Verbesserung der eigenen Dienstleistungen zu beeinflussen.

112. Gemäss den Richtlinien von Swissi muss eine Fachfirma als eine der Basisvoraussetzungen im schweizerischen Handelsregister eingetragen sein und über einen Hauptverantwortlichen verfügen, der ebenfalls im schweizerischen Handelsregister eingetragen ist. Fraglich ist, ob dieses Erfordernis eine Diskriminierung von Fachfirmen darstellt, wodurch z.B. der schweizerische Markt abgeschottet würde.

113. Swissi macht geltend, dass der Handelsregistereintrag einer Fachfirma ausschliesslich dem Nachweis der ordentlichen Geschäftstätigkeit diene. Weiter zeige sich dadurch, dass mehrere ausländische Unternehmen durch Tochtergesellschaften in der Schweiz vertreten seien (z.B. Siemens, Tyco), dass der schweizerische Markt nicht abgeschottet sei. Sodann handelt es sich gemäss Swissi bei fast sämtlichen Antrag stellenden Fachfirmen um Unternehmen, die regelmässig einen Jahresumsatz in der Schweiz von mehr als CHF 100'000.- erzielen. Sobald ein Unternehmen diese Umsatzschwelle überschreitet, ist es gemäss Art. 934 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 54 HRegV gesetzlich verpflichtet, sich im schweizerischen Handelsregister eintragen zu lassen. Demnach bestehe für diese Unternehmen von Gesetzes wegen eine Pflicht zur Eintragung ins Handelsregister. Diese Ausführungen sind zutreffend.

114. Gemäss Swissi wird das Erfordernis des Handelsregistereintrags bei Unternehmen, welche diese Umsatzschwelle nicht erreichen, nicht strikt durchgesetzt. Tatsächlich sind auf der Liste 2006 zwei Fachfirmen mit Sitz im Fürstentum Liechtenstein aufgeführt. Für

die Leistungserbringung (z.B. Piquetdienst für Störungsbehebungen) ist eine gewisse räumliche Nähe der Fachfirmen zu den Kunden erforderlich. Die Aufnahme von Fachfirmen aus weiter entfernten Ländern als dem benachbarten Ausland ist wegen mangelnder räumlicher Nähe, welche wie gesagt im Zusammenhang mit EMA jeweils notwendig ist, weder sinnvoll noch erforderlich. Aufgrund der Rechtslage und der Praxis von Swissi ergeben sich somit keine Anhaltspunkte für die Abschottung des schweizerischen Marktes bezüglich der Fachfirmen.

115. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass es keine Anhaltspunkte dafür gibt, dass sich die in der Liste der Fachfirmen verwendeten Kriterien diskriminierend im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG auswirken.

B.3.2.2 Markt für die Anerkennung von Produkten in den Risikokategorien 1-3

B.3.2.2.1 Erzwungung unangemessener Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG)

116. Vorliegend könnte Swissi seine allfällige marktbeherrschende Stellung nutzen, um unverhältnismässige Standards bezüglich der Produkte festzusetzen, was dazu führen könnte, dass allgemein an sich genügende EMA-Produkte nicht auf der Liste aufgeführt sind oder zu niedrig eingestuft werden. In der Produktliste dient insbesondere die Angabe, bis zu welcher Risikokategorie eine Genehmigung erteilt wurde, der Kategorisierung der anerkannten Produkte. Bezüglich des Zwecks der Liste wird auf Rz. 77 verwiesen.

117. Die Produktrichtlinien enthalten allgemeine Anforderungen an alle EMA, welche für die Erstellung anerkannter Anlagen eingesetzt werden. Weiter setzen die Produktrichtlinien bezüglich spezifischer Aspekte in Abhängigkeit der Risikokategorie unterschiedliche Anforderungen an die Produkte voraus (z.B. bezüglich der Energieversorgung, der Kontrolle der Berechtigung zum Bedienen einer Anlage und der Sabotageschutz-Massnahmen). Es handelt sich ausnahmslos um Anforderungen technischer Natur. Diese sind grundsätzlich *geeignet*, die Transparenz und Qualitätssicherung bezüglich der EMA-Produkte sowie die diesbezügliche Information von Fachfirmen und ihren Kunden zu gewährleisten.

118. Zu prüfen ist weiter, ob die von Swissi festgesetzten technischen Anforderungen auf der Produktliste und den Produktrichtlinien in ihrer konkreten Ausgestaltung *erforderlich* sind. Ein Hinweis darauf, dass dies der Fall ist, ergibt sich daraus, dass die Standards weitgehend der europäischen Norm EN 50131 entsprechen bzw. laufend an diese Norm angepasst werden. Über die Erforderlichkeit der fraglichen technischen Kriterien besteht demzufolge ein breiter europaweiter Konsens.

119. Ähnlich wie bei der Liste der Fachfirmen sind die von Swissi in den Produktrichtlinien verwendeten technischen Anforderungen weder vage, unpräzise noch wertend (vgl. Rz. 83). Eine Gesamtbetrachtung ergibt auch hier, dass diese ein vernünftiges Interesse

und Bewusstsein Swissis gegenüber den Sachversicherern, den Fachfirmen und den Inhabern von zu versichernden Objekten widerspiegeln. Dies geht auch aus der Entscheidungspraxis von Swissi hervor: Bezüglich der Neuankennung und der Höherstufung sind seit Herausgabe der Produktliste keine ablehnenden Entscheide ergangen. In den letzten Jahren hat es keine Aberkennungsentscheide gegeben.

120. Fraglich ist, ob es Anhaltspunkte dafür gibt, dass die Einwirkung der Produkthersteller und gewisser Kunden von Fachfirmen auf die Festsetzung der Standards den Wettbewerb unter den Produktherstellern beeinträchtigt (vgl. Rz. 85 ff.). Die Produkthersteller könnten vorliegend durchaus ein Interesse daran haben, dass möglichst hohe Zusatzanforderungen vereinbart werden, so dass die Produkte gewisser Konkurrenten von der Liste ausgeschlossen sind.

121. Vorliegend erfolgt die Umsetzung der EN 50131 durch eine paritätisch zusammengesetzte Arbeitsgruppe bestehend aus einer Untergruppe des SES (Vertretung der Interessen der Anlageersteller) und der FFIS (Vertretung der Interessen der Anlagebetreiber und Sachversicherer). Aufgrund der unterschiedlichen Interessen der Mitglieder der Arbeitsgruppe ist in casu davon auszugehen, dass sich ein Interessenausgleich von selber einstellt. Weiter sind die Zusatzanforderungen speziell auf die Bedürfnisse gewisser Grosskunden zugeschnitten. Diesen ist – v.a. vor dem Hintergrund, dass sie ihrerseits Versicherungsverträge abzuschliessen haben und auf möglichst einfache Weise zu einer von Swissi anerkannten EMA kommen wollen – zuzutrauen, dass sie ihren Einfluss auf die Arbeitsgruppe dergestalt ausüben, dass nicht über ihre Bedürfnisse hinausgehende technische Anforderungen festgelegt werden. Sodann ist dem Sekretariat nicht bekannt, dass Grosskunden von Fachfirmen wie z.B. Banken an Produktherstellern beteiligt wären. Aufgrund der gegensätzlichen Interessenlage der Grosskunden und der Produkthersteller ist davon auszugehen, dass letztere keine über die Erforderlichkeit hinausgehende Zusatzanforderungen zur EN 50131 festsetzen können.

122. Sodann könnten die Sachversicherer zur Verwirklichung der Schadensprävention dazu verleitet werden, die Einhaltung zu hoher Standards zu fordern. Das Sekretariat nimmt zur Kenntnis, dass diese gemäss Swissi jedoch auch hier wegen fehlenden Know-Hows nicht in der Lage sind, auf der technischen Ebene Einfluss zu nehmen. Weiter ist wie auch im Verhältnis zu den Produktherstellern davon auszugehen, dass die Grosskunden wie bspw. die Banken für einen Interessenausgleich sorgen.

123. Bezüglich der *Verhältnismässigkeit im engeren Sinn* sind die Zwecke der Transparenz, der Qualitätssicherung und der Fachfirmen- und Kundeninformation auch hier objektiv und vernünftigerweise nicht mit wettbewerbswidrigen Zwecken in Verbindung zu bringen. Sodann ergibt sich die Verhältnismässigkeit im engeren Sinn auch aus der Tatsache, dass die Anerkennung von Produkten in einem methodischen Verfahren erfolgt und die Anerkennungsentscheide durch eine selbstständige Einheit von Swis-

si, der FFIS, gefällt werden. Auch hier werden die Produkthersteller, deren Produkte nicht auf der Liste aufgeführt sind oder ihrer Meinung nach zu niedrig eingestuft sind, nicht vom Markt ausgeschlossen (vgl. Rz. 90).

124. Als Folge der Festsetzung von Standards könnte sich ergeben, dass die Wahlfreiheit der Inhaber von zu versichernden Objekten auf unverhältnismässige Weise eingeschränkt wird. Anhaltspunkte für unangemessene Geschäftsbedingungen oder die Diskriminierung von Handelspartnern (vgl. Rz. 126 ff.) liegen in casu nicht vor. Die Tatsache, dass nur bestimmte Produkte verwendet werden können, wenn die EMA anerkannt werden soll, stellt deshalb keine wettbewerbsrechtlich relevante Einschränkung der Wahlfreiheit dar. Die Wahl eines EMA-Produkts aus der Liste ist nicht zwingend. Schwierigkeiten in der Produktbeschaffung bestehen nach übereinstimmender Angabe mehrerer Fachfirmen sowie nach der Einschätzung von Swissi nicht. Dem Kunden stehen somit valable Alternativen zur Verfügung. Aufgrund dessen ist die Wahlfreiheit der Inhaber von zu versichernden Objekten der Risikokategorien 1-3 auch vorliegend nicht eingeschränkt (vgl. Rz. 91 f.).

125. Wie bei der Liste der Fachfirmen informieren sich die Fachfirmen, deren Kunden und die Sachversicherer bei Swissi über die EMA-Produkte und verlassen sich auf dessen Beurteilung. Dadurch erhält Swissi einen erheblichen Einfluss auf den Markt. Da die Erstellung einer anerkannten Anlage weder tatsächlich noch rechtlich zwingend erscheint, ist jedoch nicht anzunehmen, dass die Gefahr besteht, dass Swissi seinen Einfluss auf dem Markt zur Einschränkung des Wettbewerbs nutzt.

B.3.2.2.2 Diskriminierung von Handelspartnern (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG)

126. Dass die geforderten Standards durch gewisse Produkthersteller erfüllt werden können, durch andere hingegen nicht, stellt keine Diskriminierung dar, da keine gleichartigen Sachverhalte vorliegen (vgl. Rz. 101). Es ist jedoch zu prüfen, ob sich die in der Liste und in den Produktrichtlinien verwendeten Kriterien diskriminierend auf die Produkthersteller auswirken.

127. Durch die Angabe, bis zu welcher Risikokategorie die Genehmigung für ein bestimmtes Produkt erteilt wurde, werden letztere automatisch in drei Gruppen eingeteilt. Anhaltspunkte dafür, dass die technischen Anforderungen bezüglich der Produkte in den Produktrichtlinien unangemessene Geschäftsbedingungen darstellen, sind nicht vorhanden (vgl. Rz. 116 ff.). Aus diesem Grund ist die unterschiedliche Stellung der einzelnen Produkthersteller auf dem Markt, welche rein auf die Bildung dieser Gruppen zurückzuführen ist, nicht diskriminierend im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG, da sonst insgesamt auf das Aufstellen von Standards verzichtet werden müsste.

128. Im Zusammenhang mit der Produktliste sehen die Richtlinien von Swissi nicht vor, dass die Produkthersteller im schweizerischen Handelsregister eingetragen sein müssen. Auf der Produktliste ist ein Hersteller mit Sitz im Fürstentum Liechtenstein aufgeführt. Es

ergeben sich somit keine Anhaltspunkte für die Abschottung des schweizerischen Marktes bezüglich der EMA-Produkte.

B.3.3 Entflechtungsmassnahmen

129. Die Standards von Swissi haben einen "gesetzgeberischen" und einen "rechtsprechenden" Zug, indem die Richtlinien erlassen und gestützt auf diese die Anerkennungsentscheide getroffen und die beiden Listen erstellt werden. Historisch bedingt – Swissi ist als Dienstleistungserbringer für die angeschlossenen Sachversicherer primär in der Schadensprävention tätig und letzteren aufgrund dessen nahe stehend – bestanden und bestehen bezüglich der beiden Listen sowie der Richtlinien diverse Verflechtungen in finanzieller und personeller Hinsicht zwischen Swissi und dem SVV.

130. Im Zuge einer kartellrechtlichen Überprüfung der ganzen Tätigkeit im Zusammenhang mit der Anerkennung von EMA, welche durch diese Vorabklärung ausgelöst wurde, haben Swissi und der SVV die bestehenden Strukturen verändert. Eine vollständige Entflechtung wurde bezüglich der Anerkennungsentscheide, d.h. der "Rechtsprechung", getroffen: Wie bereits gesagt, werden die Liste der Fachfirmen und die Produktliste nicht mehr vom SVV, sondern allein von Swissi herausgegeben. Sodann ist der SVV in der FFIS nicht mehr vertreten und somit an den materiellen Entscheiden im Anerkennungsverfahren nicht mehr beteiligt.

131. Weitere Verflechtungen sind jedoch bestehen geblieben. Die Richtlinien, gestützt auf welche die Anerkennungsentscheide erfolgen, werden durch den Beirat für Intrusionsschutz verabschiedet, in welchem die Sachversicherer vertreten sind. Sodann ist der SVV im Vorstand von Swissi vertreten. Weiter kommt den Sachversicherern bei Swissi allgemein ein grosses Gewicht zu, indem diese den bedeutenden Teil der stimmberechtigten Mitglieder darstellen und die einzigen Mitglieder mit Nachschusspflicht sind.

132. Vorliegend stellt sich die Frage, ob die erwähnten finanziellen und personellen Verflechtungen kartellrechtlich problematisch sind. Private Standards, welche von privaten Organisationen zum Zwecke der Qualitätssicherung festgesetzt werden, können eine wettbewerbsfördernde Wirkung haben (insbesondere Standardisierung der Prüfung von EMA, wodurch von einer Effizienzsteigerung durch Skalenerträge profitiert werden kann). Voraussetzung dafür ist, dass sie gestützt auf objektive Expertenentscheide im Rahmen eines Festsetzungsverfahrens aufgestellt werden, welches nicht durch Mitglieder mit wirtschaftlichen Interessen dergestalt beeinflusst werden kann, dass die Standards wettbewerbsverzerrende Wirkungen auf den relevanten und den benachbarten Märkten ausüben.

133. In casu ist unbestritten, dass die von Swissi erlassenen Richtlinien praxisbezogen sein und laufend an die neuen technischen Anforderungen angepasst werden müssen, wenn die Qualitätssicherung tatsächlich gewährleistet werden soll. Dies bedingt, dass die Richtlinien unter der Mitarbeit sämtlicher Betroffener,

d.h. Swissi als Experte, der Fachfirmen, der Produkthersteller, der Sachversicherer und gegebenenfalls des SVV und der polizeilichen Beratungsstelle festgelegt werden. Fraglich ist jedoch, ob die Sachversicherer, einzeln oder über den SVV, direkt oder indirekt übermässigen Einfluss auf die Richtlinien nehmen können.

134. Das Sekretariat nimmt zur Kenntnis, dass die Sachversicherer gemäss Swissi wegen fehlender Kenntnisse nicht in der Lage sind, in technischer Hinsicht Einfluss auf die Richtlinien zu nehmen. Zudem ist vorliegend davon auszugehen, dass aufgrund der Interessenlage der an der Festsetzung der Richtlinien Beteiligten automatisch ausgewogene und angemessene Richtlinien vereinbart werden, was sich u.a. darin äussert, dass in casu keine Anhaltspunkte für Wettbewerbsbeschränkungen vorliegen. Insofern besteht kein Grund zur Annahme, dass die Sachversicherer die Richtlinien ohne sachliche Gründe zu ihren Gunsten beeinflussen können. Weiter ist die Geschäftsleitung von Swissi gemäss eigenen Angaben in der Festlegung der Strategie von Swissi frei und insbesondere nicht an den Verwaltungsrat gebunden.

135. Sollte das dargelegte Gleichgewicht zwischen den Betroffenen (Swissi, Produkthersteller, Sachversicherer, Fachfirmen, Grosskunden) nicht mehr bestehen, würde die aktuelle Vereinsorganisation Wettbewerbsbeschränkungen zumindest begünstigen. In einem solchen Fall wäre zu überlegen, ob weitere Entflechtungsmassnahmen vorgenommen werden müssen, wie z.B. eine lediglich beratende Stimme der Sachversicherer im Beirat für Intrusionsschutz, der Verzicht der Vertretung des SVV im Verwaltungsrat von Swissi oder eine andere Ausgestaltung der Mitgliedschaft von Swissi, welche den Sachversicherern weniger Gewicht beimisst.

B.3.4 Fazit

136. Die Vorabklärung hat dazu beigetragen, die Rolle und die Interessen der Sachversicherer zu klären und hat zu verschiedenen Entflechtungsmassnahmen bei Swissi geführt.

137. Die Abklärungen des Sekretariats haben ergeben, dass keine Wirkungen allfälliger missbräuchlicher Verhaltensweisen auf den relevanten Märkten feststellbar sind: Es gibt keine besonderen Schwierigkeiten für Fachfirmen und Produkthersteller, auf die entsprechende Liste oder in eine höhere Kategorie zu gelangen.

138. Im Einzelnen hat sich ergeben, dass die Liste der Fachfirmen und die Produktliste in erster Linie der Qualitätssicherung dienen. Die Sachversicherer sind nach Durchführung von Entflechtungsmassnahmen nicht mehr an der Anerkennung oder Höherstufung von Fachfirmen bzw. Produkten beteiligt. Ablehnende Entscheide in diesem Zusammenhang sind keine ergangen. Sodann wird die Produktbeschaffung für die Fachfirmen nach deren übereinstimmender Meinung weder durch die Anerkennungsverfahren von Swissi respektive die Einzelfallprüfungen der Basler oder Zürich Versicherung noch durch gesetzliche Bestimmungen behindert.

139. Zusammenfassend ist das Sekretariat zum Schluss gekommen, dass der Zutritt zum Markt für die Fachfirmen und Produkthersteller nicht beschränkt wird und dass keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die von Swissi festgesetzten Standards unangemessene Geschäftsbedingungen darstellen oder diskriminierend sind. Sollte sich das Gleichgewicht zwischen den verschiedenen in Swissi vertretenen Interessengruppen verändern – insbesondere zugunsten der Sachversicherer – sind weitere Entflechtungsmassnahmen ins Auge zu fassen.

C. SCHLUSSFOLGERUNGEN

140. Zusammenfassend ergibt sich, dass es keine Anhaltspunkte dafür gibt, dass im Zusammenhang mit der Anerkennung von EMA Wettbewerbsbeschränkungen bestehen.

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

1. stellt fest, dass keine Anhaltspunkte für die Eröffnung einer Untersuchung vorliegen;
2. beschliesst, die Vorabklärung einzustellen;
3. teilt den Parteien die Einstellung der Vorabklärung mit.

B 2

Wettbewerbskommission
Commission de la concurrence
Commissione della concorrenza

B 2	2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste
B 2.2	1. Teleclub AG/Cablecom GmbH/Swisscable

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 4. Juni 2007 i.S. Untersuchung gemäss Artikel 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251) betreffend Teleclub AG/Cablecom GmbH/Swisscable wegen (allenfalls) unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 und Art. 5 KG.

Einstellung des Verfahrens wegen Gegenstandslosigkeit; Abgrenzung zuständigkeitvorbehaltene Vorschriften; keine Sanktionierung aufgrund des Wegfalls des Untersuchungsgegenstands vor Ablauf der Übergangsfrist; kein ausreichendes öffentliches Interesse an der Fortführung der Untersuchung.

Clotûre de la procédure en raison de l'extinction de l'objet de la procédure; Délimitation compétence - normes réservées; non-sanction en raison de la disparition de l'objet de l'enquête avant le terme de la période transitoire; intérêt public insuffisant à la poursuite de l'enquête.

Chiusura della procedura in quanto priva di oggetto; delimitazione competenza - prescrizioni riservate, nessuna sanzione a causa della decadenza dell'oggetto dell'inchiesta prima della fine del periodo transitorio; interesse pubblico insufficiente per continuare l'inchiesta.

A Sachverhalt und Verfahren

1. Am 10. April 2002 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) ein Gesuch der Teleclub AG, Zürich ("Teleclub") um Eröffnung einer Untersuchung nach Art. 27 KG und Erlass vorsorglicher Massnahmen gegen Cablecom GmbH, Winterthur und die Unternehmungen der Cablecom Gruppe, ("Cablecom") und Swisscable, Bern ("Swisscable") ein.

Im Einzelnen wurde beantragt:

"Gegen die Cablecom GmbH und die zur gleichen Gruppe gehörenden Unternehmungen gemäss Beilage B (insbesondere die Cablecom Management GmbH und die Cablecom Business AG) (zusammen nachfolgend Cablecom) sowie den Verband Swisscable sei eine Untersuchung wegen unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen zu eröffnen."

Die Gesuchstellerin beantragt den Erlass der folgenden

vorsorglichen Massnahmen:

1. Es sei der Cablecom GmbH und der Cablecom Management GmbH unter Androhung der Bestrafung ihrer verantwortlichen Organe gemäss Art. 292 StGB mit Haft oder Busse im Widerhandlungsfalle zu befehlen,

a) die digitalen Fernsehsignale der Teleclub AG unverändert auf dem von ihnen direkt oder indirekt kontrollierten Backbone-Netz zu gegenüber dem eigenen Programmangebot unter der Bezeichnung "SwissFun" nicht diskriminierenden Geschäftsbedingungen, insbesondere zum gleichen Preis pro beanspruchte Bandbreite, zu übertragen;

b) die digitalen Fernsehsignale der Teleclub AG unverändert auf den von ihnen direkt oder indirekt kontrollierten Ortsnetzen zu gegenüber dem eigenen Programmangebot unter der Bezeichnung "SwissFun" nicht diskriminierenden Geschäftsbedingungen, insbesondere zum gleichen Preis pro beanspruchte Bandbreite, zu übertragen.

2. Es sei der Cablecom GmbH und der Cablecom Management GmbH unter Androhung der Bestrafung ihrer verantwortlichen Organe gemäss Art. 292 StGB mit Haft oder Busse im Widerhandlungsfalle zu verbieten,

a) für die digitale Übertragung der Teleclub-Programme den Zugang zum von ihnen direkt oder indirekt kontrollierten Cablecom-Backbone-Netz von einer Einigung über den Zugang zu den von ihnen direkt oder indirekt

kontrollierten Ortsnetzen abhängig zu machen;

b) die digitale Übertragung der Teleclub-Programme in den von ihnen direkt oder indirekt kontrollierten Ortsnetzen von der Bedingung der Abgabe der Kundenverwaltung an Cablecom abhängig zu machen;

c) die Teleclub AG zu behindern, die vom U-VEK gemäss Verfügung vom 8. März 2002 genehmigte ADB Set-Top-Box einzusetzen.

3. Es sei dem Verband Swisscable unter Androhung der Bestrafung seiner verantwortlichen Organe gemäss Art. 292 StGB mit Haft oder Busse im Widerhandlungsfalle zu verbieten,

a) seine Mitglieder aufzufordern, bezüglich der digitalen Übertragung der Fernsehsignale der Teleclub AG mit dieser in keine Geschäftsbeziehung zu treten;

b) die Geschäftsbeziehung von der Bedingung der Abgabe der Kundenverwaltung abhängig zu machen;

c) die Teleclub AG zu behindern, die vom U-VEK gemäss Verfügung vom 8. März 2002 genehmigte ADB Set-Top-Box einzusetzen."

Die Gesuchstellerin stellt ferner den

prozessualen Antrag:

"Es sei bei Gutheissung der beantragten vorsorglichen Massnahmen einer allfälligen Beschwerde der Gesuchsgegnerinnen gegen die Verfügung betreffend Anordnung vorsorglicher Massnahmen die aufschiebende Wirkung gemäss Art. 55 Abs. 2 VwVG zu entziehen."

2. Am 12. April 2002 wurden die Cablecom und Swisscable durch das Sekretariat zur Stellungnahme aufgefordert. Die Gesuchsantworten sind am 17. bzw. 21. Mai 2002 eingetroffen.

3. Mit Datum vom 4. Juni 2002 stellte das Sekretariat im Rahmen der Prüfung der Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen dem Bundesamt für Kommunikation (nachfolgend: BAKOM) ein Auskunftsbegehren zur Abklärung der technischen Fragen zu. Dieser Fragebogen wurde den Parteien mit gleichem Datum zugestellt.

4. Die Auskünfte des BAKOM gingen beim Sekretariat am 22. Juli 2002 ein und wurden den Parteien zur Stellungnahme zugestellt.

5. Am 13. und 30. August 2002 und am 2. September 2002 gingen die Stellungnahmen der Parteien zu den Auskünften des BAKOM ein.

6. Mit Datum vom 18. September ging beim Sekretariat eine Ergänzung des BAKOM zur Auskunft vom 19. Juli 2002 ein.

7. Mit Datum vom 23. September 2002 erliess die Wettbewerbskommission vorsorgliche Massnahmen gegen Cablecom und eröffnete gleichzeitig eine Untersuchung gegen Cablecom und Swisscable, um zu

prüfen, ob sich Cablecom und Swisscable im Sinne von Art. 5 KG und Art. 7 KG unzulässig verhalten.

8. Cablecom wurde im Sinne einer vorsorglichen Massnahme verpflichtet, ab sofort die digitalen Fernsehsignale der Teleclub AG auf dem Cablecom Kabelnetz zu übertragen, und es wurde Cablecom untersagt, die Übertragung der digitalen Fernsehsignale über das Cablecom Kabelnetz von der Abgabe der Kundenverwaltung an Cablecom abhängig zu machen. Zudem wurde Cablecom verboten, die Übertragung der digitalen Fernsehsignale über das Cablecom Kabelnetz vom Einsatz der SwissFun Set-Top-Box abhängig zu machen.

9. Cablecom focht mit Datum vom 7. Oktober 2002 die Verfügung an. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (nachfolgend: Reko/Wef) wies die Beschwerde mit Entscheid vom 20. März 2003 ab. Dagegen erhob Cablecom Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht. Mit Entscheid vom 5. September 2003 hob das Bundesgericht den Entscheid der Reko/Wef vollständig und die Verfügung der Wettbewerbskommission teilweise auf.

10. Am 10. Oktober 2002 ersuchte Cablecom um Erläuterung der Verfügung vom 23. September 2002 betreffend vorsorgliche Massnahmen.

11. Ebenfalls mit Datum vom 10. Oktober 2002 reichte Teleclub gegen Cablecom und deren verantwortlichen Organe eine Anzeige ein mit namentlich dem Begehren, es sei zur Vollstreckung von Ziffer 2 des Dispositivs der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 23. September 2002 die Ersatzvornahme auf Kosten der Cablecom GmbH anzuordnen.

12. Am 11. Oktober 2002 ersuchte Cablecom das Sekretariat, die Behandlung des eingangs erwähnten Erläuterungsgesuchs einstweilen auszusetzen und den Zwischenentscheid der Reko/Wef abzuwarten. Cablecom behielt sich zugleich vor, nach Erlass des Entscheids über die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nötigenfalls auf das Gesuch um Erläuterung zurückzukommen.

13. Gleichentags teilte das Sekretariat Teleclub mit, dass auf ein Gesuch um Einleitung eines Sanktionsverfahrens nicht eingetreten werden könne, solange die Reko/Wef nicht über das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung entschieden habe. Sie stellte Teleclub eine entsprechende Verfügung in Aussicht, falls Teleclub an ihrem Gesuch festhalte.

14. Am 14. Oktober 2002 teilte das Sekretariat Cablecom seine Auffassung mit, wonach im vorliegenden Fall kein Raum für die Erläuterung der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 23. September 2002 bestehe und stellte Cablecom eine entsprechende Verfügung in Aussicht, falls sie an ihrem Erläuterungsgesuch und ihrem Sistierungsbegehren festhalte.

15. Am 18. Oktober 2002 erklärte Cablecom, sie halte sowohl an ihrem Erläuterungsgesuch als auch an ihrem Sistierungsbegehren fest.

16. Am 4. November 2002 eröffnete das Sekretariat Cablecom, dass im erstinstanzlichen Verfahren kein Anspruch auf Erläuterung besteht und teilte den Verzicht auf den Erlass einer Verfügung mit.

17. Mit Datum vom 7. November 2002 ersuchte Teleclub beim Sekretariat um Vermittlung bei der detaillierten Umsetzung der verfügten vorsorglichen Massnahmen. Cablecom schloss sich diesem Begehren mit dem Schreiben vom 8. November 2002 an. Gestützt darauf fand zwischen Cablecom, Teleclub und Vertretern des Sekretariats am 25. November 2002 eine Besprechung statt.

18. Im Dezember 2002 wurden die digitalen Fernsehsignale der Teleclub gemäss den von der Wettbewerbskommission angeordneten vorsorglichen Massnahmen auf dem Cablecom Kabelnetz aufgeschaltet. In der Folge konnten sich die Parteien über die Modalitäten der Verbreitung der Teleclub Signale jedoch nie einigen. Cablecom verzichtete dennoch während der gesamten Dauer des Untersuchungsverfahrens auf die Abschaltung der Teleclub Fernsehsignale.

19. Mit Datum vom 12. Februar 2003 und 7. März 2003 wurden dem BAKOM ein Auskunftsbegehren betreffend Koppelung von Abonnementsfernsehangebot und Set-Top-Box zugestellt und Cablecom und Teleclub befragt. Am 18. März 2003 erhielt Canal+ einen Fragebogen. Mit Datum vom 10. April wurde dem BAKOM ein weiterer Fragebogen zugestellt.

20. Am 11. April 2003 ging beim Sekretariat die Antwort des BAKOM auf das Auskunftsbegehren ein, wonach der vorliegende Sachverhalt ausserordentlich komplex und nicht zuletzt aufgrund seiner Entwicklungsdynamik für eine Regulierungsbehörde schwer nachvollziehbar sei. Das BAKOM stehe mit der Hochschule für Technik und Architektur in Biel in Kontakt, die bei den technischen Abklärungen Unterstützungsarbeit leiste, zunächst aber selbst Vorarbeiten zum Aufbau des Know-hows leisten müsse. Längerfristig werde man kaum umhin kommen, auf eine einvernehmliche Lösung der beiden Anbieter hinzuwirken, um den Bestand des Pay-TV auf dem Schweizer Markt zu gewährleisten.

21. Am 16. April 2003 teilte das Sekretariat dem BAKOM mit, dass es davon ausgehe, dass ein Aufsichtsverfahren wegen allfälliger Konzessionsverletzung durch Cablecom eingeleitet werde.

22. Gestützt auf dieses Schreiben ersuchte Cablecom am 12. Mai 2003 das Sekretariat, bei der Wettbewerbskommission den Antrag zu stellen, dass das vorliegende Verfahren mangels Zuständigkeit der Wettbewerbskommission eingestellt werde und dem Bundesgericht mitzuteilen, dass das Verfahren betreffend Anordnung vorsorglicher Massnahmen mangels Zuständigkeit der Wettbewerbskommission als gegenstandslos abzuschreiben sei, da der Verfahrensgegenstand vor der Wettbewerbskommission und dem BAKOM identisch seien.

23. Mit Schreiben vom 14. Mai 2003 erklärte das Sekretariat, weshalb kein identischer Verfahrensgegenstand vorliege und gab Cablecom die Gelegenheit, ein

begründetes Gesuch einzureichen, falls Cablecom an ihrer Auffassung festhalte.

24. Teleclub reichte am 19. Mai 2003 die Antworten auf den Fragebogen des Sekretariats ein.

25. Cablecom bekräftigte in ihrem begründeten Gesuch vom 26. Mai 2003 den Antrag, wonach das vorliegende Verfahren mangels Zuständigkeit der Wettbewerbskommission bzw. mangels Anwendbarkeit des Kartellgesetzes einzustellen sei.

26. Am 27. Mai 2003 und 23. Juni 2003 gingen die Antworten von Canal+ und des BAKOM auf die Fragebogen des Sekretariats ein.

27. Am 7. Juli 2003 reichte Cablecom ihre Antwort auf den Fragebogen des Sekretariats vom 7. März 2003 ein.

28. Mit dem Entscheid vom 5. September 2003 hiess das Bundesgericht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde von Cablecom gut und hob Ziffern 2 und 4 des Dispositivs der Verfügung der Wettbewerbskommission betreffend vorsorgliche Massnahmen vom 23. September 2002 auf.

29. Mit Datum vom 11. September 2003 teilte das Sekretariat Cablecom mit, das Bundesgericht habe sich an der öffentlichen Urteilsberatung zur Zuständigkeit der Wettbewerbskommission dahingehend geäussert, dass die Wettbewerbskommission zur Durchführung der eingangs erwähnten Untersuchung zuständig sei. Deshalb erachte das Sekretariat den Antrag vom 12. bzw. 26. Mai 2003, das Verfahren mangels Zuständigkeit einzustellen, als gegenstandslos und werde deshalb die Instruktion des Verfahrens weiterführen.

30. Am 23. September 2003 bekräftigte Cablecom ihre Auffassung hinsichtlich Zuständigkeit der Wettbewerbskommission und beantragte einen formellen Entscheid der Wettbewerbskommission.

31. Mit Schreiben vom 9. Oktober 2003 beantragte Teleclub, "die Untersuchung mit Bezug auf die Verpflichtung der Cablecom die digitalen Fernsehsignale der Teleclub zu übertragen und die Übertragung der digitalen Fernsehsignale über ihre Kabelnetze nicht vom Einsatz der SwissFun Set-Top-Box abhängig zu machen, von der Untersuchung darüber, ob die Cablecom ihre marktbeherrschende Stellung in anderer Weise missbrauche oder sich mit Swisscable im Sinne von Art. 5 KG unzulässig verhalte, abzutrennen und vordringlich die Untersuchung mit Bezug auf die Verpflichtung der Cablecom zur Aufschaltung des digitalen Teleclub-Programms fortzuführen und abzuschliessen".

32. Am 4. November 2003 und 17. Dezember 2003 stellte das Sekretariat Nagravision Auskunftsbegehren, welche am 26. November 2003 bzw. 5. Dezember 2003 und 5. April 2004 beantwortet wurden.

33. Teleclub bat das Sekretariat mit Schreiben vom 8. Januar 2004 um die Durchführung einer Mediationsverhandlung mit Cablecom, was Cablecom mit Schreiben vom 15. Januar 2004 ablehnte.

34. Das Sekretariat informierte am 25. März 2004 Swisscable und Cablecom über die Inkraftsetzung des revidierten Kartellgesetzes und die Möglichkeit, Wettbewerbsbeschränkungen während der Übergangsfrist bis 1. April 2005 aufzulösen, um eine allfällige Sanktionierung zu vermeiden.
35. Am 19. Mai 2004 fand eine Besprechung zwischen Cablecom und einer Delegation des Sekretariats statt.
36. Am 26. Mai 2004 wurden die Parteien aufgefordert, zwecks Akteneinsicht bei sämtlichen eingereichten Akten allfällige Geschäftsgeheimnisse zu deklarieren.
37. Am 25. Juni 2004 reichte Cablecom eine Eingabe ein, welche am 29. Juni 2004 Teleclub zur Stellungnahme unterbreitet wurde.
38. Teleclub reichte mit Eingabe vom 1. Oktober 2004 den Antrag ein, es sei das Untersuchungsverfahren gegen die Cablecom GmbH auf die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Hinblick auf Pay-Per-View Dienste auszudehnen.
39. Die Eingabe wurde Cablecom am 14. Oktober zur Stellungnahme unterbreitet.
40. Am 8. Februar 2005 ging die Vernehmlassung von Cablecom zum Antrag von Teleclub auf Ausdehnung der Untersuchung ein mit dem Begehren auf Abweisung des Antrags.
41. Am 31. März 2005 reichte Cablecom eine Meldung gemäss Übergangsbestimmung ein. Deren Eingang wurde am 6. April 2005 bestätigt mit dem Hinweis darauf, dass die Frage, inwiefern ein laufendes Verfahren im Sinne der Schlussbestimmung des Kartellgesetzes gemeldet werden könne, Gegenstand eines Beschwerdeentscheids der Reko/Wef sei.
42. Mit Datum vom 2. Juni 2005 reichte Cablecom ein Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen gegen Teleclub ein. Cablecom verlangte im wesentlichen, Teleclub sei zu verpflichten, alle nötigen Handlungen vorzunehmen, um die unverzügliche Migration der Verbreitung ihres Pay-TV-Programms an Kunden, welche das Teleclub-Signal über das Kabelnetz der Cablecom oder eines ihrer Partnernetze beziehen, auf die Digital-Plattform der Cablecom zu ermöglichen.
43. Am 1. Juli 2005 nahm Teleclub zum Gesuch Stellung und beantragte, auf das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen sei nicht einzutreten bzw. es sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei.
44. Am 18. Juli 2005 wurde die Stellungnahme von Teleclub Cablecom zur Kenntnis gebracht und der Schriftenwechsel für abgeschlossen erklärt.
45. Die Wettbewerbskommission wies das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen am 7. November 2005 ab und eröffnete den Entscheid den Parteien am 11. November 2005.
46. Dieser Entscheid wurde von Cablecom an die Reko/Wef und anschliessend an das Bundesgericht weitergezogen. Nach Abweisung der Verwaltungsbeschwerde durch die Reko/Wef am 28. Juni 2006 wurde die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht am 7. Juli 2006 zurückgezogen.
47. Cablecom wurde am 13. Dezember 2005 darüber informiert, dass nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine Meldung gemäss Schlussbestimmung mit sanktionsausschliessender Wirkung ausgeschlossen ist, wenn der gemeldete Sachverhalt bereits Gegenstand einer Untersuchung oder Vorabklärung war.
48. Am 12. April 2006 stellte Cablecom den Antrag, aufgrund von Art. 63 Abs. 1 des revidierten RTVG sei die Untersuchung der Wettbewerbskommission mangels Zuständigkeit einzustellen bzw. es lägen vorbehaltene Vorschriften gemäss Art. 3 Abs. 1 KG vor.
49. Am 2. Juni 2006 teilte das Sekretariat mit Bezug auf das Schreiben vom 13. Dezember 2005 seine Absicht mit, nicht auf die als Meldung bezeichnete Eingabe abzustellen.
50. Mit Datum vom 13. Oktober 2006 zog Teleclub ihre Anzeige zurück und stellte den Antrag auf Einstellung der Untersuchung.
51. Das Sekretariat informierte Teleclub am 19. Oktober 2006 darüber, dass die Einstellung eines Kartellverfahrensverfahrens nicht alleine vom Rückzug der Anzeige abhängt. Teleclub wurde deshalb aufgefordert darzulegen, inwiefern das kartellrechtlich relevante Verhalten weggefallen sei.
52. Die Stellungnahme von Teleclub ging am 17. November 2006 ein.
53. Am 28. November 2006 ersuchte Swisscable um Verfahrensabschluss, da sie seit dem 20. Dezember 2004 nicht länger an der Empfehlung festhalte, wonach die Kabelnetzbetreiber nicht mit Teleclub Verträge abschliessen sollten.
54. Schliesslich gingen am 2. April 2007 die vom Sekretariat geforderten Erläuterungen von Teleclub zum am 16. November 2006 eingereichten Vergleich zwischen den Parteien (Teleclub und Cablecom) ein.
55. Den Parteien wurde mehrmals im Verlauf des Untersuchungsverfahrens Einsicht in die Akten gewährt.
56. Am 9. Mai 2007 wurde den Parteien der Antrag des Sekretariats zur Stellungnahme unterbreitet. Die Stellungnahmen gingen ohne formelle oder materielle Einwände am 24. Mai 2007 bzw. 29. Mai 2007 ein.

B ERWÄGUNGEN

B.1 Zuständigkeit und vorbehaltene Vorschriften

57. Cablecom machte im Verlauf des Untersuchungsverfahrens mehrfach geltend, die Wettbewerbskommission sei nicht zuständig zur Durchführung eines Verfahrens in Bezug auf den vorliegenden Sachverhalt, bzw. das Bundesgesetz über Radio und Fernsehen (RTVG) enthalte vorbehaltene Vorschriften. So ersuchte Cablecom das Sekretariat, bei der Wettbewerbskommission den Antrag zu stellen, dass das vorliegende Verfahren mangels Zuständigkeit eingestellt werde und dem Bundesgericht mitzuteilen, dass

das Verfahren betreffend Anordnung vorsorglicher Massnahmen mangels Zuständigkeit der Wettbewerbskommission als gegenstandslos abzuschreiben sei, da der Verfahrensgegenstand vor der Wettbewerbskommission und dem BAKOM identisch seien. Obwohl das Sekretariat dargelegt hatte, weshalb kein identischer Verfahrensgegenstand vorliegt, bekräftigte Cablecom den Antrag, wonach das vorliegende Verfahren mangels Zuständigkeit der Wettbewerbskommission bzw. mangels Anwendbarkeit des Kartellgesetzes einzustellen sei.

58. An dieser Haltung hielt Cablecom auch nach den Äusserungen des Bundesgerichts am 11. September 2003 im Rahmen der öffentlichen Urteilsberatung fest (und in der Begründung des Entscheids vom 5.9.2003), wonach die Wettbewerbskommission zur Durchführung der eingangs erwähnten Untersuchung zuständig sei und das RTVG keine vorbehaltenen Vorschriften enthalte.

59. In ihrem Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen vom 2. Juni 2005 bejahte Cablecom entgegen bisheriger Auffassung die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission für den Erlass vorsorglicher Massnahmen in dem vom Bundesgericht in seinem Entscheid vom 5. September 2003 definierten Umfang. In der von Cablecom angeführten Erwägung 4.1.3 hatte das Bundesgericht in Bestätigung seiner Rechtsprechung im Fernmelderecht ausgeführt, dass eine sektorielle Regulierung wie das Rundfunkrecht zur allgemeinen preis- und wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutrete und diese nicht ausschliesse (vgl. RPW 2003/4, S. 912 ff.).

60. Am 12. April 2006 stellte Cablecom den Antrag, aufgrund von Art. 63 Abs. 1 des revidierten RTVG sei die Untersuchung der Wettbewerbskommission mangels Zuständigkeit einzustellen, bzw. lägen vorbehaltene Vorschriften gemäss Art. 3 Abs. 1 KG vor.

61. Nachdem Cablecom mit ihrem Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission anerkannt hatte, scheint Cablecom erneut mit dem behaupteten Vorliegen einer vorbehaltenen Vorschrift (Art. 63 Abs. 1 RTVG) den Wegfall der Zuständigkeit der Wettbewerbskommission zu verknüpfen: Cablecom verneint die Zuständigkeit der Wettbewerbskommission bzw. ihres Sekretariats, weil im vorliegenden Fall Art. 3 Abs. 1 KG zur Anwendung gelange.

62. Richtigerweise ist jedoch die Frage der Zuständigkeit von derjenigen vorbehaltenen Vorschriften zu trennen¹. Der Geltungsbereich des Kartellgesetzes regelt die Frage der Unterstellung eines unternehmerischen Verhaltens unter das Gesetz und damit die Frage der Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörde. Die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes ergibt sich erst im Rahmen der materiellen Prüfung eines unternehmerischen Verhaltens. Deshalb muss Art. 3 KG, der sich über die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes äussert, auch den materiellen Vorschriften des Kartellgesetzes zugeordnet werden. Diese Qualifikation als materiellrechtliche Bestimmung hat wiederum zur

Folge, dass er sich nicht über die Zuständigkeit der Wettbewerbsbehörden äussert.

63. Gemäss Art. 3 Abs. 1 KG sind Vorschriften vorbehalten, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften:

- a) die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen;
- b) die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten.

64. Vorbehaltene Vorschriften nach Art. 3 Abs. 1 KG sind nicht leichthin anzunehmen. Nur dort, wo es tatsächlich die Absicht des Gesetzgebers war, das Wettbewerbsprinzip für den fraglichen Wirtschaftsbereich auszuschalten, darf eine staatliche Markt- oder Preisordnung oder die Verleihung besonderer Rechte angenommen werden. Die Eingriffe erfolgen durch den verfassungsmässig legitimierten Gesetzgeber und finden in Bereichen statt, in denen der Markt als Regelsystem der Wirtschaftsbeziehungen seine Funktionen nicht oder nicht hinlänglich zu erfüllen vermag. Wo ein solches Marktversagen anzunehmen ist, bestimmt der angerufene Gesetzgeber. Die Prognose des Marktversagens ist ein wirtschaftspolitischer Entscheid, weshalb es nicht Aufgabe der Kartellbehörde ist, zu prüfen, ob wissenschaftlich von einem Marktversagen gesprochen werden kann. Die Rolle der Wettbewerbsbehörden beschränkt sich hier vielmehr auf den Nachweis, dass der Gesetzgeber tatsächlich von einem Marktversagen ausgegangen ist und den Wettbewerb im fraglichen Bereich bewusst ausschalten wollte².

65. Es stellt sich demnach die Frage, ob Art. 63 Abs. 1 RTVG eine solche vorbehaltene Vorschrift darstellt.

66. Art. 63 Abs. 1 RTVG lautet folgendermassen:

Programmveranstaltern ist der Zugang zur Aufbereitung zu chancengleichen, angemessenen und nicht diskriminierenden Bedingungen zu gewähren. Entspricht die Aufbereitung durch die Vorrichtungen der Fernmeldedienstanbieterin im Wesentlichen dem Stand der Technik, so besteht kein Anspruch des Programmveranstalters auf den Betrieb eigener Vorrichtungen zur Aufbereitung.

67. Gemäss Materialien ist dies nach Auffassung der Wettbewerbskommission zu verneinen: Die Bestimmung wurde durch den Ständerat als Zweitrat anlässlich der Sitzung vom 3. März 2005 geändert³.

68. Es bestand Befürchtung einzelner Ratsmitglieder, dass mit der Formulierung, wonach ein System "dem Stand der Technik"

¹ RPW 2001/2, S. 293 ff., S. 298 ff. Zwischenverfügung der Wettbewerbskommission vom 7. Mai 2001 i.S. "Watt/Migros - EBL"; RPW 2002/4, S. 648 ff., S. 665 ff. Beschwerdeentscheid der Reko/Wef i.S. "Elektra Baselland"; RPW 2003/3, S. 695 ff., S. 704 ff. Bundesgerichtsentscheid vom 17. Juni 2003 i.S. "Elektra Baselland Liestal EBL".

² RPW 2002/4, S. 648 ff., S. 666 ff. "Elektra Baselland".

³ Vgl. www.parlament.ch/ab/data/d/s/4707/119508/d_s_4707_119508_119829.htm

entspricht, auch ein proprietäres System gemeint sein könnte. Es wurde zur Bedingung gemacht, dass der Bundesrat jetzt bekräftigen würde, dass er mit den Mitteln, die er aufgrund der folgenden Artikel hat, dafür sorgen würde, dass hier offene Systeme angewendet werden müssen.

69. Diesen Befürchtungen trat Bundesrat Leuenberger mit folgenden Ausführungen entgegen: *"Ich kann diese Erklärung abgeben. Gemäss Artikel 72 kann der Bundesrat Vorschriften über die technische Ausgestaltung solcher Aufbereitungssysteme erlassen, d. h., er kann einen offenen Standard definieren, wenn der Markt selbst nicht für Offenheit sorgt. Diese Standards möchten wir aber bewusst nicht von vornherein definieren. Denn das könnte uns als Innovationsfeindlichkeit ausgelegt werden, weil wir von Anfang an gewisse technische Entwicklungen unterbinden würden. Aber ich kann diese Garantie zur Offenheit abgeben und in diesem Sinne sagen: Fürchten Sie sich nicht, denn der Bundesrat ist bei Ihnen."*

70. Aus diesen Voten ergibt sich, dass die Bestimmung von Art. 63 Abs. 1 RTVG erstens nicht isoliert auszulegen ist, sondern im Zusammenhang mit den nachfolgenden Bestimmungen. Zweitens war es ein Anliegen, mit dem revidierten RTVG keine Standards zum Vornherein zu definieren, sondern primär den Markt spielen zu lassen.

71. Nach Auffassung der Wettbewerbskommission ist deshalb der oben geforderte Nachweis nicht zu erbringen, wonach der Gesetzgeber tatsächlich von einem Marktversagen ausgegangen ist und den Wettbewerb im fraglichen Bereich bewusst ausschalten wollte.

72. Deshalb ist Art. 63 Abs. 1 RTVG nicht als vorbehalten Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG zu qualifizieren. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen.

B.2 Vorbemerkungen zur Einstellung des Verfahrens

73. Im Rahmen dieser Erwägungen ist zu prüfen, ob die am 23. September 2002 eröffnete Untersuchung einzustellen ist, da

- Cablecom kurz nach den von der Wettbewerbskommission angeordneten vorsorglichen Massnahmen die digitalen Fernsehsignale der Teleclub über das Cablecom-Kabelnetz übertrug - und zwar unter Zulassung der Verwendung der Teleclub Set-Top-Box und unter Verzicht auf die Abgabe der Kundenverwaltung - und die Übertragung seit diesem Zeitpunkt trotz der oben erwähnten Differenzen und rechtlichen Interventionen nie unterbrach,
- Swisscable seit Dezember 2004 nicht länger an der Empfehlung an die dem Verband angeschlossenen Kabelnetzbetreiber festhielt, wonach mit Teleclub kein Vertrag über die Übertragung ihrer digitalen Fernsehsignale zu unterzeichnen seien,
- sich die Parteien über den Streitgegenstand geeinigt haben.

74. Eine Abschreibungsverfügung (definitive Einstellung) eines hängigen Kartellverwaltungsverfahrens der Wettbewerbskommission kommt zum Beispiel infolge Gegenstandslosigkeit in Betracht. Ein Verfahren wird namentlich dann gegenstandslos, wenn das Objekt wegfällt, das Gegenstand des kartellrechtlichen Untersuchungsverfahrens bildet⁴. Nach der Praxis der Wettbewerbskommission ist eine Untersuchung im Sinne von Art. 27 KG mittels Verfügung einzustellen, wenn die Parteien, gegen welche die Untersuchungshandlungen gerichtet sind, ihre beanstandeten Handlungen im Laufe des Verfahrens aufgeben und kein ausreichendes öffentliches Interesse an der materiellen Beurteilung des aufgegebenen Verhaltens besteht⁵.

75. Es gilt indessen zu berücksichtigen, dass seit der Einführung der direkt sanktionierbaren Tatbestände (vgl. Art. 49a Abs. 1 KG) das Verfahren nicht mehr eingestellt werden kann, wenn die beteiligten Unternehmen ihr wettbewerbsrechtlich relevantes Verhalten während eines laufenden Verfahrens ändern oder aufgeben. Vielmehr ist die wettbewerbsrechtliche Unzulässigkeit des Verhaltens mittels Verfügung festzustellen und gegebenenfalls eine direkte Sanktion auszusprechen⁶. Folglich ist die Einstellung des Verfahrens grundsätzlich nur möglich, wenn keine Verstösse gegen sanktionsbedrohte Bestimmungen bestanden bzw. bestehen oder nachweisbar sind⁷.

76. Eine direkte Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG könnte für die Zeit ab Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes am 1. April 2004 verhängt werden, vorausgesetzt ein Unternehmen beteiligt sich an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG oder verhält sich unzulässig nach Art. 7 KG. Cablecom schaltete die digitalen Fernsehsignale von Teleclub im Dezember 2002 auf und hielt deren Übertragung während der gesamten Dauer des vorliegenden Verfahrens aufrecht. Dies obwohl das Bundesgericht am 5. September 2003 die Verpflichtung aufgehoben hatte, Teleclub über das Kabelnetz der Cablecom unter Verwendung der eigenen Plattform zu übertragen und obwohl sich die Parteien über die Modalitäten der Verbreitung nicht einigen konnten. Cablecom versuchte stattdessen, mittels vorsorglicher Massnahmen die Migration auf die eigene Plattform durchzusetzen.

-

⁴ RPW 2000/3, S. 320 ff., S. 331 "Vertrieb von Arzneimitteln/Sanphar"; RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel/Frankfurt a.M. 1996, Rz. 887; ferner THOMAS MERKLI/ARTHUR AESCHLIMANN/RUTH HERZOG, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, N. 2 zu Art. 39 VRPG.

⁵ RPW 2002/1, S. 72 ff., S. 75 "Lokoop AG vs. SBB AG"; RPW 2000/1, S. 29 ff., S. 32 "BKW FMB Energie AG";

⁶ CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, Indirekte Auswirkungen der KG-Revision auf einzelne Rechtsinstitute, in: Jusletter 17. Oktober 2005, Rz. 10 mit Hinweis auf STEFAN BILGER, Das Untersuchungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Diss.

Fribourg 2002, S. 343 und S. 377 f.

⁷ ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. Bern 2005, Rz. 1000.

77. Swisscable hielt seit Dezember 2004 nicht länger an der Empfehlung an die dem Verband angeschlossenen Kabelnetzbetreiber fest, mit Teleclub keine Verträge über die Übertragung ihrer digitalen Fernsehsignale zu schliessen.

78. Sowohl Cablecom als auch Swisscable gaben, wie nachstehend näher zu erläutern ist, vor dem für die Ausfällung einer Sanktion massgebenden Zeitraum das im vorliegenden Verfahren zu beurteilenden Verhalten auf, welches möglicherweise als kartellrechtswidrig eingestuft worden wäre. Damit liegt in der fraglichen Zeit auch kein Verstoß gegen eine sanktionsbedrohte Bestimmung des Kartellgesetzes vor. Art. 49a Abs. 1 KG steht der Einstellung der Untersuchung somit nicht entgegen.

B.3 Beendigung der beanstandeten Verhaltensweise

79. Gegenstand der Untersuchung ist im Wesentlichen die ursprüngliche Weigerung von Cablecom, die digitalen Fernsehsignale von Teleclub über ihr Kabelnetz zu übertragen, ohne dass die Cablecom-Plattform verwendet und die Kundenverwaltung an Cablecom abgegeben wird. Weiterer Gegenstand ist die ursprüngliche Aufforderung von Swisscable an die dem Verband angeschlossenen Kabelnetze, bezüglich der digitalen Übertragung der Fernsehsignale der Teleclub mit dieser in keine Geschäftsbeziehung zu treten bzw. die Geschäftsbeziehung von der Bedingung der Abgabe der Kundenverwaltung abhängig zu machen und Teleclub zu behindern, die eigene Set-Top-Box einzusetzen. Aus diesem Verhalten resultierte die Verunmöglichung der Ausstrahlung des Teleclub-Programms über Kabelnetz in digitaler Form, wodurch Teleclub als einziger Wettbewerber in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert wurde. Damit bestanden Anhaltspunkte für eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 KG und evt. 5 KG.

80. Teleclub machte in ihrer Anzeige vom 9. April 2002 mehrere angeblich unzulässige Verhaltensweisen von Cablecom im Sinne von Art. 7 KG geltend: Im Einzelnen beklagte sie:

- Die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG), indem sich Cablecom weigere, digitale Fernsehsignale von Teleclub auf ihr Backbone-Netz einzuspeisen und über ihr Backbone-Netz den angeschlossenen eigenen und auch den fremden, am Backbone angeschlossenen Kabelnetzen zuzuführen,
- unzulässige Koppelungsgeschäfte (Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG), indem Cablecom den Zugang zum Backbone und den lokalen Kabelnetzen an die Bedingung kopple, dass Teleclub ihr Signal über die Cablecom eigene SwissFun-Plattform verbreite und diese statt der eigenen ihren Kunden zur Verfügung stelle und Teleclub die Kundenverwaltung abgebe,
- die Einschränkung der technischen Entwicklung (Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG), indem Cablecom Teleclub daran hindere, ihre Kunden mit der eigenen modernen Set-Top-Box auszurüsten,

- die künstliche Verknappung von Kabelkapazitäten (Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG), indem Cablecom neben der bereits heute belegten Kapazität von acht analogen Kanälen zusätzlich die Kapazität von mindestens vier weiteren analogen Kanälen für sich reserviere und damit Mitbewerbern den Zugang verweigere,
- die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG) und die Unterbietung von Preisen (Art. 7 Abs. 2 Bst. d KG), indem Cablecom für die Einspeisung und Verbreitung des digitalen Fernsehsignals von Teleclub überhöhte Preise verlange, die einerseits ein Mehrfaches dessen betragen würden, was Cablecom für ihre eigenen Pay-TV-Aktivitäten verlange und andererseits ein Vielfaches davon, was bisher für die gleiche Bandbreite bei analoger Einspeisung gefordert wurde.

81. Im Rahmen des Massnahmeverfahrens wurden die Vorwürfe der Verweigerung von Geschäftsbeziehungen, der Koppelungsgeschäfte und der Einschränkung der technischen Entwicklung geprüft. Die Wettbewerbskommission beschloss im Massnahmeentscheid vom 23. September 2002, dass auf die übrigen Tatbestände im Untersuchungsverfahren zurückzukommen sein werde.

82. In Bezug auf Swisscable machte Teleclub in ihrer Anzeige vom 9. April 2002 auch mehrere angeblich unzulässige Verhaltensweisen im Sinne von Art. 7 KG geltend: Im Einzelnen beklagte sie:

- unzulässige Koppelungsgeschäfte (Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG), indem Swisscable die dem Verband angehörenden Kabelnetze auffordere, Geschäftsbeziehungen mit Teleclub zu verweigern, sofern Teleclub nicht die Kundenverwaltung abgebe,
- Die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG) und die künstliche Verknappung von Kabelkapazitäten (Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG), indem Swisscable die dem Verband angehörenden Kabelnetze auffordere, freie Kapazitäten auf den Kabelnetzen mit keinen Marktbedürfnis entsprechenden Programmen zu blockieren, um die Aufschaltung von Programmen durch das BAKOM nach Art. 47 RTVG zu vermeiden,
- die Einschränkung der technischen Entwicklung (Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG), indem Swisscable die dem Verband angehörenden Kabelnetze auffordere, Teleclub daran zu hindern, ihre Kunden mit der eigenen modernen Set-Top-Box auszurüsten.

83. Teleclub machte abschliessend geltend, dass Swisscable und Cablecom Art. 5 Abs. 1 KG verletzen, weil Swisscable in Absprache mit Cablecom Teleclub boykottiere, indem sie die dem Verband angehörende Kabelnetzbetreiber auffordere, bezüglich digitaler Verbreitung nicht mit Teleclub in Geschäftsbeziehung zu treten, solange Teleclub nicht die Vertragsbedingung von Cablecom erfülle und die Netzzugangskonditionen in Verletzung von Art. 5 Abs. 3 KG vereinheitliche.

84. Mit Datum vom 23. September 2002 erliess die Wettbewerbskommission vorsorgliche Massnahmen gegen Cablecom und eröffnete gleichzeitig eine Un-

tersuchung gegen Cablecom. Das Dispositiv (ohne Kostenpunkt, Rechtsmittelbelehrung und Eröffnungsformel) lautete folgendermassen:

1. Es wird eine Untersuchung im Sinne von Art. 27 Abs. 1 KG gegen die Cablecom GmbH eröffnet.

2. Cablecom GmbH wird im Sinne einer vorsorglichen Massnahme und unter Hinweis auf die gesetzlichen Sanktionsdrohungen gemäss Art. 50 bzw. Art. 54 KG verpflichtet, ab sofort die digitalen Fernsehsignale der Teleclub AG auf dem Cablecom Kabelnetz zu übertragen.

3. Der Cablecom GmbH wird im Sinne einer vorsorglichen Massnahme und unter Hinweis auf die gesetzlichen Sanktionsdrohungen gemäss Art. 50 bzw. Art. 54 KG untersagt, die Übertragung der digitalen Fernsehsignale über das Cablecom Kabelnetz von der Abgabe der Kundenverwaltung an Cablecom abhängig zu machen.

4. Der Cablecom GmbH wird im Sinne einer vorsorglichen Massnahme und unter Hinweis auf die gesetzlichen Sanktionsdrohungen gemäss Art. 50 bzw. Art. 54 KG untersagt, die Übertragung der digitalen Fernsehsignale über das Cablecom Kabelnetz vom Einsatz der SwissFun Set-Top-Box abhängig zu machen.

5. Einer allfälligen Beschwerde gegen Ziff. 2, 3 und 4 dieser Verfügung wird die aufschiebende Wirkung entzogen.

85. Cablecom focht einerseits die Verfügung an, andererseits wurden im Dezember 2002 die digitalen Fernsehsignale der Teleclub gemäss den von der Wettbewerbskommission angeordneten vorsorglichen Massnahmen auf dem Cablecom Kabelnetz aufgeschaltet. Die Einhaltung der angeordneten bzw. die Aufgabe der fraglichen Verhaltensweisen bewirkt jedoch nicht eo ipso den Wegfall des Untersuchungsgegenstandes und führt folglich auch nicht zur Einstellung des Hauptverfahrens. Diese Rechtsfolge würde dem inhärenten Zweckgedanken des Instituts der vorsorglichen Massnahmen widersprechen (Sicherungs- bzw. Schutzfunktion hinsichtlich einer nicht hinlänglich festgestellten Rechtslage)⁸.

86. Die Reko/Wef wies die Beschwerde mit Entscheid vom 20. März 2003 ab. Dagegen erhob Cablecom Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht. Mit Entscheid vom 5. September 2003 hob das Bundesgericht den Entscheid der Reko/Wef vollständig und die Verfügung der Wettbewerbskommission betreffend vorsorgliche Massnahmen in Bezug auf die Dispositivziffern 2 und 4 auf. Nach dem Entscheid des Bundesgerichts vom 5. September 2003 hatte nur noch Ziff. 3 des Dispositivs der Massnahmeverfügung der Wettbewerbskommission vom 23. September 2002 Bestand, nämlich das Verbot für Cablecom, die Übertragung der digitalen Fernsehsignale über das Cablecom Kabelnetz von der Abgabe der Kundenverwaltung an Cablecom abhängig zu machen.

87. Die Parteien versuchten seit der Aufschaltung des digitalen Programms von Teleclub, mindestens für die Dauer des Hauptverfahrens vor der Wettbewerbskommission eine einstweilige Verbreitungsregelung

zu vereinbaren. Allerdings konnten sich die Parteien über die detaillierten Modalitäten der Verbreitung der Teleclub Signale nie einigen, weshalb die Cablecom in Bezug auf die Umsetzung der einstweilig getroffenen Regelung am 18. November 2004 den Zivilrichter anrief.

88. Bis zum Zeitpunkt des Erlasses vorliegender Verfügung wurden die Teleclub-Programme über die Teleclub Set-Top-Boxen empfangen. Cablecom verzichtete bis zum Erlass vorliegender Verfügung auf die Abschaltung der Teleclub Fernsehsignale, um die vollständige Migration unter Abgabe der Kundenverwaltung auf die Cablecom-Set-Top-Boxen durchzusetzen, was ihr der Bundesgerichtsentscheid vom 5. September 2003 ermöglicht hätte. Cablecom hielt sich demnach nicht bloss an die angeordneten vorsorglichen Massnahmen, sondern sah auch nach deren Aufhebung von möglicherweise kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen ab.

89. Mit der Aufschaltung von Teleclub im Dezember 2002 unter Zulassung der Verwendung der Teleclub Set-Top-Box fielen die unzulässigen Koppelungsgeschäfte (Art. 7 Abs. 2 Bst. f KG), die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a KG), die Einschränkung der technischen Entwicklung (Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG) und die künstliche Verknappung von Kabelkapazitäten (Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG) weg.

90. Zu prüfen wäre nach der Anzeige von Teleclub vom 9. April 2002, ob dies auch für die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen (Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG) und damit verbunden die Unterbietung von Preisen (Art. 7 Abs. 2 Bst. d KG) gilt. Für die Beantwortung dieser Frage erachtet sich die Wettbewerbskommission jedoch aus folgenden Gründen für nicht zuständig: Nach Auffassung der Wettbewerbskommission steht der zivilrechtliche Charakter dieser Vorwürfe im Vordergrund, weshalb den Parteien dafür der zivilrechtliche Weg offen steht⁹. Das Kartellgesetz stellt ein Zivilverfahren zur Verfügung, das dieselben materiellrechtlichen Bestimmungen des Kartellgesetzes implementieren will wie das Verwaltungsverfahren. Soll das kartellzivilrechtliche Verfahren seine Funktionalität neben dem kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren entfalten können, so ist zu vermeiden, dass die verwaltungsrechtlichen Bestimmungen in einer Weise angewendet werden, welche das Zivilverfahren mehr oder weniger hinfällig machen (vgl. dazu die Ausführungen in RPW 1997/4, S. 607 ff. "Recymet SA"). Mit Schreiben vom 9. Oktober 2003 hatte Teleclub denn auch beantragt, "die Untersuchung mit Bezug auf die Verpflichtung der Cablecom die digitalen Fernsehsignale der Teleclub zu übertragen und die Übertragung der digitalen Fernsehsignale über ihre Kabelnetze nicht vom Einsatz der SwissFun Set-Top-Box abhängig zu machen, von der Untersuchung darüber, ob die Cablecom ihre marktbeherrschende Stellung in anderer

⁸ RPW 1999/3, S. 464 ff., S. 465.

⁹ vgl. dazu die Ausführungen in RPW 1997/4 S. 607 ff. "Recymet SA".

Weise missbraucht oder sich mit Swisscable im Sinne von Art. 5 KG unzulässig verhält, abzutrennen und vordringlich die Untersuchung mit Bezug auf die Verpflichtung der Cablecom zur Aufschaltung des digitalen Teleclub-Programms fortzuführen und abzuschliessen". Inzwischen wurde auch das Handelsgericht Zürich in Bezug auf die Frage der Entschädigung für die Übertragung der Teleclub-Fernsignale über das Cablecom-Kabelnetz angerufen.

91. Schliesslich reichte Teleclub am 1. Oktober 2004 den Antrag ein, es sei das Untersuchungsverfahren gegen die Cablecom GmbH auf die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen im Hinblick auf Pay-Per-View Dienste auszudehnen. Die Wettbewerbskommission tritt aus folgenden Gründen nicht auf den Antrag, die Untersuchung auf die Prüfung dieses Sachverhalts auszudehnen, ein: Cablecom machte in ihrer Stellungnahme zu diesem Antrag geltend, die im Zeitpunkt des Antrags aktuelle Konzession von Teleclub decke ein zusätzliches Angebot von Pay-TV in Form von pay-per-view nicht ab. Diese Behauptung blieb von Teleclub unwidersprochen. Die Ausdehnung der Untersuchung auf diesen Sachverhalt hätte demnach lediglich dazu gedient, eine Hypothese darüber aufzustellen, ob die Verweigerung von Cablecom, Pay TV von Teleclub in Form von pay-per-view zu verbreiten, kartellrechtlich unzulässig wäre, wenn Teleclub über eine entsprechende Konzession verfügt hätte. Nach Opportunitätsgesichtspunkten rechtfertigt es sich nicht, ein Verfahren auf einen Sachverhalt gewissermassen vorsorglich auszudehnen, bevor der Antragsteller seine Tätigkeit überhaupt aufnehmen kann oder will. Im Schreiben vom 16. November 2006 äusserte Teleclub selbst Zweifel an einem Markteintritt, da ein solcher mit der Beteiligung von Swisscom konzessionsrechtlich unsicher sei, weshalb Teleclub nicht an einem pay-per-view Angebot von Cablecom interessiert sei.

92. Swisscable hielt seit Dezember 2004 nicht länger an ihrer Aufforderung an die dem Verband angeschlossenen Kabelnetzbetreiber fest, womit sie ihre möglicherweise kartellrechtswidrige Verhaltensweise noch während der Übergangsfrist gemäss Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 aufgegeben hat, aber auch der allfällige Verstoss gegen Art. 5 durch beide Verfügungsadressatinnen aufgegeben wurde.

93. Sowohl Cablecom als auch Swisscable gaben somit, vor dem für die Ausfällung einer Sanktion massgebenden Zeitraum, das im vorliegenden Verfahren zu beurteilenden Verhalten auf, welches möglicherweise als kartellrechtswidrig eingestuft worden wäre. Damit liegt in der fraglichen Zeit auch kein Verstoss gegen eine sanktionsbedrohte Bestimmung des Kartellgesetzes vor. Art. 49a Abs. 1 KG steht der Einstellung der Untersuchung somit nicht entgegen.

94. Damit ist rechtsgenügend erstellt, dass die möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen weggefallen sind, respektive seit dem Dezember 2002 bzw. Dezember 2004 nicht vorgelegen haben.

B.4 Kein ausreichendes öffentliches Interesse an der Fortführung der Untersuchung

95. Selbst bei Beendigung einer unzulässigen Verhaltensweise im Laufe des Verfahrens könnte eine Untersuchung weitergeführt werden, wenn ein ausreichendes öffentliches Interesse an deren materiellen Beurteilung besteht¹⁰.

96. Im vorliegenden Fall ist kein ausreichendes öffentliches Interesse an der Fortführung des Untersuchungsverfahrens zwecks abschliessender Abklärung des Sachverhalts ersichtlich: Die Parteien haben sich in einem Vergleich über die Übertragung der Teleclub Fernsehsignale geeinigt, so dass sich der vorliegende Fall nicht in derselben Art bzw. unter gleichen Verhältnissen präsentieren dürfte. Zentrale Bedeutung kommt dabei dem Umstand zu, dass Cablecom ihre Konzession Cablecom Digital Cinema am 13. Februar 2007 mit sofortiger Wirkung zurückgegeben hat. Das Abonnements-Fernsehangebot gemäss Konzession vom 26. Juni 2002 wird nicht mehr durch Cablecom veranstaltet. Zudem sind die Märkte, die den vorliegend zur Diskussion stehenden Verhaltensweisen zu Grunde liegen, einer raschen Entwicklung unterworfen, wobei kürzlich Neuentwicklungen eingetreten sind, die in nächster Zukunft erhebliche Auswirkungen zeitigen dürften: Dazu tragen sowohl der erst kürzlich erfolgte Markteintritt von Swisscom mit Bluewin TV, die Digitalisierung der Fernsehprogramme, die zunehmende Bedeutung der Fernsehverbreitung über Satellit sowie die Einführung des digitalen Fernsehens über Antenne (DVB-T) bei.

B.5 Ergebnis

97. Gestützt auf vorstehende Erwägungen kommt die Wettbewerbskommission zum Schluss, dass die Untersuchung gegen Cablecom und Swisscable einzustellen ist.

C KOSTEN

98. Gemäss Schlussbestimmung zur Änderung der Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2) 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.

99. Sowohl nach der alten wie auch neuen Fassung der KG-Gebührenverordnung ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 a KG-Gebührenverordnung, Art. 2 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung). Das Verursacherprinzip wird jedoch durch das Unterliegerprinzip eingeschränkt¹¹.

¹⁰ RPW 2002/1, S. 72 ff., S. 76; RPW 2000/1, S. 29 ff., S. 34.

¹¹ BGE 128 II 257 ff., E. 6.

100. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, oder wenn sich die Parteien unterziehen. Als Unterziehung gilt auch, wenn ein oder mehrere Unternehmen, welche aufgrund ihres möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ein Verfahren ausgelöst haben, das beanstandete Verhalten aufgeben und das Verfahren als gegenstandslos eingestellt wurde (Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c KG-Gebührenverordnung e contrario)¹².

101. Demgegenüber entfällt die Gebührenpflicht für Unternehmen, die ein Verfahren verursacht haben, sich die zu Beginn vorliegenden Anhaltspunkte jedoch nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird. Der Gesetzgeber wollte die Kostenpflicht in erstinstanzlichen Verfahren – soweit diese nicht auf eigenes Gesuch hin durchgeführt werden – in sinngemässer Anwendung des Unterliegerprinzips einführen (Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c KG-Gebührenverordnung)¹³.

102. Vorliegende Untersuchung wird infolge Gegenstandslosigkeit eingestellt. Auf eine abschliessende Beurteilung des Sachverhalts wird verzichtet und es wird keine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung festgestellt. Zu prüfen bleibt, ob sich Cablecom und Swisscable im Sinne der vorstehenden Erwägungen unterziehen.

103. Ob Cablecom und Swisscable als Verursacherinnen der Untersuchung qualifiziert werden könnten, muss an dieser Stelle nicht weiter erörtert werden, da hinsichtlich der analysierten Sachverhalte keine unzulässigen Verhaltensweisen rechtskräftig festgestellt wurden. Cablecom und Swisscable, gegen die sich die Untersuchung richtete, sind deshalb nicht als Unterlegene im Verfahren zu qualifizieren. In Anwendung des Unterliegerprinzips werden ihnen dementsprechend in der Hauptsache keine Verfahrenskosten auferlegt.

104. Im Rahmen vorliegender Untersuchung wurden vorsorgliche Massnahmen erlassen. Dies betrifft einerseits die Verfügung vom 23. September 2002, andererseits die Verfügung vom 7. November 2005. In beiden Entscheiden wurde verfügt, dass über die Verfahrenskosten mit dem Entscheid in der Hauptsache entschieden werde.

105. Für die Aufwendungen in Sachen Zwischenverfügung vom 23. September 2002 betreffend vorsorgliche Massnahmen, die alle vor dem 31. März 2004 erfolgt sind, berechnen sich die Gebühren und Auslagen wie folgt: Da die Wettbewerbskommission im vorliegenden Fall keine Gründe erkennt, welche eine Erhöhung oder Verminderung der Gebühr für die erfolgten Auslagen rechtfertigen würden, gilt für die aufgewendete Zeit von [...] Stunden ein Ansatz von CHF 130.-. Die Gebühr beläuft sich demnach auf CHF [...]. Neben dem Aufwand haben die Gebührenpflichtigen die Auslagen der Wettbewerbskommission zu erstatten (Art. 5 Abs. 1 der ehemaligen KG-Gebührenverordnung). Diese werden, wenn keine besonderen Auslagen entstanden sind, pauschal mit 1,5% der

Gebühr veranschlagt. Vorliegend betragen sie somit CHF [...].

106. Gegen diese Verfügung erhob Cablecom Verwaltungsbeschwerde. Diese wurde mit Entscheid vom 20. März 2003 von der Reko/Wef abgewiesen und der Entscheid der Wettbewerbskommission vollumfänglich bestätigt. Dagegen erhob Cablecom Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Schweizerische Bundesgericht, welches den Entscheid der Reko/Wef vollständig und die Verfügung der Wettbewerbskommission in Bezug auf Ziff. 2 und 4 des Dispositivs aufhob, während Dispositivziffer 3 bestätigt wurde.

107. Aus diesem Grund rechtfertigt es sich nicht, die Gesamtkosten von CHF [...] für die Zwischenverfügung vom 23. September 2002 gemäss Art. 2 der alten KG-Gebührenverordnung Cablecom vollumfänglich aufzuerlegen. Gestützt auf das Unterliegerprinzip erscheint es angemessen, dass Cablecom einen Drittel dieser Kosten, ausmachend CHF [...], trägt.

108. Für die Aufwendungen der Verfügung vom 7. November 2005, die alle nach dem 1. April 2004 erfolgt sind, gilt nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG ein Stundenansatz von CHF 100.- bis 400.-, der sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals bestimmt: Für die insgesamt aufgewendete Zeit von 54 Stunden gilt für [...] Stunden ein Ansatz von CHF 200.- (wissenschaftliche Mitarbeiter) und für [...] Stunden ein Ansatz von CHF 120.- (Praktikanten). Die Gebühr beläuft sich demnach auf CHF [...]. Die Auslagen sind in diesen Gebühren bereits eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

109. Diese Verfügung vom 7. November 2005 wurde von Cablecom an die Reko/Wef und anschliessend an das Bundesgericht weitergezogen. Nach Abweisung der Verwaltungsbeschwerde durch die Reko/Wef am 28. Juni 2006 wurde die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht am 7. Juli 2006 zurückgezogen. Diese Teilkosten in Höhe von CHF [...] sind deshalb gemäss Art. 2 Abs. 1 GebV-KG von Cablecom in Anwendung des Unterliegerprinzips vollständig zu tragen.

110. Die von Cablecom zu tragenden Gesamtkosten für den Erlass vorsorglicher Massnahmen betragen somit total CHF [...].

D DISPOSITIV

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die Untersuchung gegen Cablecom und Swisscable wird eingestellt.
2. [Verfahrenskosten]
3. [Rechtsmittelbelehrung].
4. [Eröffnung]

¹² BGE 128 II 247 i.S. BKW FMB Energie AG, E. 6.1, 257, RPW 2002/3, S. 538 ff., E. 6.1, S. 546 f.

¹³ BGE 128 II 247 i.S. BKW FMB Energie AG, E. 6.1, 257, RPW 2002/3, S. 538 ff., E. 6.1, S. 546 f.

B 2.2

2. *Swisscom ADSL*

Untersuchung gemäss Artikel 27 ff. KG

Enquête selon l'article 27 ss LCart

Inchiesta giusta l'articolo 27 segg. LCart

Verfügung vom 7. Mai 2007 i.S. Untersuchung gemäss Art. 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251) betreffend Swisscom ADSL wegen (allenfalls) unzulässiger Verhaltensweise gemäss Art. 7 KG.

Einstellung des Verfahrens wegen Gegenstandslosigkeit; keine Sanktionierung aufgrund des Wegfalls des Untersuchungsgegenstands vor Ablauf der Übergangsfrist, kein ausreichendes öffentliches Interesse an der Fortführung der Untersuchung.

Clotùre de la procédure en raison de l'extinction de l'objet de la procédure; non-sanction en raison de la disparition de l'objet de l'enquête avant le terme de la période transitoire. ; intérêt public insuffisant à la poursuite de l'enquête.

Chiusura della procedura in quanto priva di oggetto; nessuna sanzione a causa della decadenza dell'oggetto dell'inchiesta prima della fine del periodo transitorio; interesse pubblico insufficiente per continuare l'inchiesta.

A SACHVERHALT UND VERFAHREN

1. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung bildet das Rabattschema der Swisscom AG (Swisscom) für Vorleistungsprodukte, welche Internet Service Provider (ISP) benötigen, um ADSL¹-Dienste anzubieten.

2. ADSL ist eine Technologie zur Erbringung von Breitbanddiensten, die es ermöglicht, grosse Datenmengen mit hoher Geschwindigkeit über die bestehenden Telefonleitungen zu übertragen. In der Regel werden Daten in Paketen basierend auf dem Internet Protokoll übertragen, wodurch der Zugang zum Internet gewährleistet werden kann. Die Datenübertragungsraten in Sende- und Empfangsrichtung sind unterschiedlich, wobei die Datenübertragungsraten aus der Sicht des Endkunden in Empfangsrichtung (downlink) regelmässig grösser ist als in Senderichtung (uplink).

3. ADSL-Dienstleistungen werden im Endkundenmarkt von verschiedenen ISP angeboten (Retail-Ebene). Um über das Telefonnetz ADSL-Dienste anbieten zu können, nehmen sie das Netz von Swisscom in Anspruch. Die ISP schliessen Verträge mit Swisscom ab, um das von Swisscom angebotene Produkt "Broadband Connectivity Service" (BBCS) nachzufragen (Wholesale-Ebene). BBCS ist mithin das Vorleistungsprodukt, welches den ISP ermöglicht, ADSL-Dienste anzubieten. Dabei gewährte Swisscom ihren Wholesale-Kunden einen Mengenrabatt, der von der Anzahl Kunden des jeweiligen ISP abhängig war.

4. Im März 2002 gingen beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) Anzeigen von TDC Switzerland AG (Sunrise) und Profitel AG ein, welche den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch Swisscom geltend machten. Laut diesen Anzeigen bevorzugte Swisscom ihre Tochterfirma Bluewin AG² (Bluewin) im Zusammenhang mit den Vorleistungen zu ADSL-Diensten zulasten ihrer Konkurrenten, da aufgrund der Ausgestaltung des Rabattschemas nur Bluewin vom maximalen Mengenrabatt profitieren könne. Zusätzlich beantragte Sunrise die Anordnung vorsorglicher Massnahmen.

5. Das Sekretariat eröffnete am 28. März 2002 eine Vorabklärung gemäss Art. 26 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251) gegen Swisscom und Bluewin⁵.

6. Mit Verfügung vom 6. Mai 2002³ eröffnete die Wettbewerbskommission (Weko) gegen Swisscom eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG und verpflichtete Swisscom im Sinne einer vorsorglichen Massnahme, ab sofort und bis zum Entscheid in der Hauptsache, allen ISP in den BBCS-Verträgen die gleich hohe Rabattstufe zu gewähren wie ihrem Tochterunternehmen Bluewin. Gegen diese Verfügung wurde keine Beschwerde erhoben.

7. Der Zweck der Anordnung vorsorglicher Massnahmen bestand in der Unterbindung der Preispolitik von Swisscom, die es Bluewin ermöglichte, tiefere Endkundenpreise für ADSL-Angebote anzubieten als die anderen ISP. Aufgrund ihrer tieferen Rabattsätze waren die Konkurrenten von Bluewin nicht in der Lage, auf die Preissenkung von Bluewin zu reagieren, ohne unter Umständen nur mit Verlusten anbieten zu können. Ab dem Zeitpunkt der Einführung des fraglichen Rabattschemas im März 2002 bis zur Anordnung der vorsorglichen Massnahmen durch die Weko im Mai 2002 nahm die Anzahl der Endkunden von Bluewin im Vergleich mit den anderen ISP überproportional zu. Nach Erlass der vorsorglichen Massnahmen der Weko vom 6. Mai 2002, welche die Swisscom verpflichteten, allen ISP die gleich hohe Rabattstufe wie der Bluewin zu gewähren, wurde diese Entwicklung gestoppt⁴.

¹ Asymmetric Digital Subscriber Line.

² Gestützt auf den Fusionsvertrag vom 15. Februar 2005 übernahm die Swisscom Fixnet AG durch Übernahme der Aktiven und Passiven (Bilanz per 31.12.2004) die Bluewin AG (vgl. Schweizerisches Handelsamtsblatt [SHAB] Nr. 46 vom 7. März 2005).

³ RPW 2002/3, S. 440 ff.

⁴ RPW 2004/2, S. 407 ff., S. 416.

8. Mit Verfügung vom 15. Dezember 2003⁵ stellte die Weko fest, dass Swisscom über Swisscom Fixnet AG (Swisscom Fixnet)⁶ eine marktbeherrschende Stellung im Wholesale-Markt für Breitbanddienste innehatte. Zudem wurde festgestellt, dass Swisscom über Swisscom Fixnet diese marktbeherrschende Stellung missbrauche, indem sie im Zusammenhang mit ihrem Produkt BCS die anderen ISP gegenüber Bluewin diskriminiere, weil der gewährte Rabatt von der Anzahl Kunden abhängig sei. Swisscom und Swisscom Fixnet wurde untersagt, die Rabattgestaltung des Produktes BCS in den bestehenden Verträgen mit den ISP oder anderweitig durchzusetzen, und sie wurden verpflichtet, für das Produkt BCS sämtlichen ISP dieselbe Rabattstufe zu gewähren wie Bluewin.

9. Am 2. Februar 2004 erhoben Swisscom und Swisscom Fixnet Verwaltungsbeschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF). Am 23. Dezember 2004 verfügte die REKO/WEF, dass die von der Weko in der Verfügung vom 6. Mai 2002 angeordneten vorsorglichen Massnahmen bis auf Weiteres Geltung hätten⁷.

10. Mit Beschwerdeentscheid vom 30. Juni 2005 hiess die REKO/WEF die Beschwerde von Swisscom und Swisscom Fixnet gut, hob die Verfügung der Weko vom 15. Dezember 2003 im Wesentlichen aus verfahrensrechtlichen Gründen auf und wies die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurück⁸. Gegen diesen Entscheid wurden keine Rechtsmittel eingelegt, er ist mithin in Rechtskraft erwachsen. Nachfolgend wird kurz auf einige Erwägungen des Entscheids eingegangen.

11. In vorliegender Angelegenheit vertrat die REKO/WEF bezüglich einiger Änderungen der Verfügung der Weko gegenüber dem Antrag des Sekretariats die Auffassung, die Verfahrensbeteiligten seien nochmals gestützt auf Art. 30 Abs. 2 KG zur Stellungnahme einzuladen⁹. Die REKO/WEF bestätigte in einem späteren Fall diese Rechtsprechung, indem sie ausführte, dass im Falle gewisser Ergänzungen nach einer mündlichen Anhörung, ohne dass sich das untersuchte Unternehmen dazu äussern könne, der erweiterte Gehörsanspruch nach Art. 30 Abs. 2 KG verletzt sei¹⁰. Diese Praxis der REKO/WEF wurde durch die spätere Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGer) in verschiedener Hinsicht relativiert: Bei einer zum hier zu beurteilenden Fall vergleichbaren Ausgangslage vor der Eidgenössischen Kommunikationskommission befand das BGer, dass der Anspruch auf rechtliches Gehör nicht verlange, dass die verfahrensbeteiligte Partei die Gelegenheit erhalten müsse, sich zu jedem möglichen Ergebnis, das von der entscheidenden Behörde ins Auge gefasst werde, zu äussern. Die Behörde habe in diesem Sinne nicht ihre Begründung den Parteien vorweg zur Stellungnahme zu unterbreiten¹¹. Im Urteil 2A.430/2006 vom 6. Februar 2007 in Sachen Buchpreisbindung führte das BGer mit Bezug auf Art. 30 Abs. 2 KG aus, dass es bundesrechtlich nicht zu beanstanden sei, dass die Weko in einigen Punkten von der Begründung des Verfügungsentwurfes ihres Sekretariats abgewichen sei, da die Weko an diesen nicht gebunden sei¹².

12. Die von der Weko in der Verfügung vom 15. Dezember 2003 vorgenommene Marktabgrenzung, wonach von einem sachlich relevanten Markt für Breitbanddienste auf der Wholesale-Ebene auszugehen sei, wurde von der REKO/WEF mit Entscheid vom 30. Juni 2005 bestätigt¹³. Auch die materielle Einschätzung der Weko, das Rabattschema sei mangels sachlicher Rechtfertigung unzulässig, wird durch die REKO/WEF in ihrem Entscheid vom 30. Juni 2005 im Grundsatz geschützt¹⁴. Sie verlangte indessen, dass die Weko bei der Beurteilung der Marktbeherrschung auch den Endkundenmarkt stärker einzubeziehen habe¹⁵. Die seitens der REKO/WEF geforderten Abklärungen können nun entfallen, da das fragliche Rabattschema nicht mehr angewendet wird und die vorliegende Untersuchung grundsätzlich eingestellt werden muss.

13. Allerdings stellte sich heraus, dass eine Einstellung der Untersuchung im Juli 2005 noch nicht angezeigt war. Per E-Mail reichte Sunrise am 11. Juli 2005 beim Sekretariat Version 9.0 des Contract for Broadband Connectivity Service ein. Sie beklagte sich unter anderem darüber, dass Ziff. 4.4 einen Rückforderungsvorbehalt von Swisscom Fixnet gegenüber den ISP betreffend den gewährten Rabatten vorsehe.

14. Zur Klärung der Frage, ob die mit Verfügung der Weko vom 6. Mai 2002 angeordneten und von der REKO/WEF mit Entscheid vom 23. Dezember 2004 bestätigten vorsorglichen Massnahmen weiterhin Geltung hätten, wurde mit Präsidialentscheid vom 25. Juli 2005 einstweilig verfügt, dass die angeordneten vorsorglichen Massnahmen bis zu einem Entscheid der Weko in Kraft blieben. Mit Verfügung vom 17. Oktober 2005 hob die Weko die in Ziffer 2 des Dispositivs der Verfügung der Weko vom 6. Mai 2002 angeordneten Massnahmen auf, wonach Swisscom bis zum Hauptentscheid in der Sache allen ISP für den BCS die gleich hohe Rabattstufe zu gewähren habe wie ihrem Tochterunternehmen Bluewin. Im Wesentlichen wurde die Aufhebung mit den sich seit dem Erlass der vorsorglichen Massnahmen veränderten Marktverhältnissen begründet. Die Anzahl ADSL-Anschlüsse habe seit 2002 stark zugenommen und neben Bluewin hätten weitere ISP eine gewisse Grösse erreicht, weshalb auch diese in den Genuss der höchsten Rabattstufe kämen. Da kein Rechtsmittel eingelegt wurde, ist diese Verfügung in Rechtskraft erwachsen.

⁵ RPW 2004/2, S. 407 ff.; aufgehoben durch den Entscheid der REKO/WEF vom 30. Juni 2005, RPW 2005/3, S. 505 ff.

⁶ Die Swisscom Fixnet AG übernahm gemäss Sacheinlage-/Sachübernahmevertrag vom 24. Juni 2002 den Geschäftsbereich „Fixnet“ von der Swisscom AG (vgl. SHAB Nr. 125 vom 2. Juli 2002).

⁷ RPW 2005/1, S. 182.

⁸ RPW 2005/3, S. 505 ff.

⁹ RPW 2005/3, S. 505 ff., E. 4 ff., S. 509 ff.

¹⁰ RPW 2005/4, S. 672 ff., E. 4.1, S. 679.

¹¹ BGE 132 II 257, E. 4.2, 267.

¹² Urteil vom 6. Februar 2007 i.S. 2A.430/2006, E. 7.2.

¹³ RPW 2004/2, S. 407 ff., S. 431; RPW 2005/3, S. 505 ff., E. 5.2, S. 520.

¹⁴ RPW 2004/2, S. 407 ff., S. 447; RPW 2005/3, S. 505 ff., E. 5.4.3, S. 527.

¹⁵ RPW 2005/3, S. 505 ff., E. 5.1.3, S. 518.

15. Im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eröffnete das Sekretariat am 20. Oktober 2005 eine weitere Untersuchung gemäss Art. 27 KG gegen Swisscom und Swisscom Fixnet in Sachen Preispolitik Swisscom xDSL. Es lagen Anhaltspunkte für einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 7 KG vor, da die Preise von Swisscom Fixnet für Vorleistungsangebote für ADSL-Dienste für andere ISP im Vergleich zu den Endkundenpreisen von Bluewin hoch seien. Dadurch verbliebe den ISP möglicherweise keine zureichende Gewinn-Marge (sog. Price Squeeze)¹⁶.

16. Am 10. August 2005 sowie 30. März 2006 fanden Besprechungen zwischen Vertretern von Swisscom und dem Sekretariat statt. Mit Schreiben vom 14. März 2006 erklärte Swisscom, Swisscom Fixnet verzichte definitiv auf die Anwendung des im vorliegenden Verfahren zu beurteilenden Rabattschemas. Gegenüber den ISP brachte Swisscom Fixnet in Ziff. 4.4 des Contract for Broadband Connectivity indessen einen Rückforderungsvorbehalt hinsichtlich der gewährten Rabatte an. Am 20. März 2006 teilte das Sekretariat Swisscom mit, eine Einstellung des vorliegenden Verfahrens komme aufgrund des im Contract for Broadband Connectivity Service vorgesehenen Rückforderungsvorbehalts nicht in Frage. Mit Schreiben vom 10. August 2006 erklärte Swisscom Fixnet, sie sähe nun davon ab, den seit der Rechnungsperiode Mai 2002 gewährten pauschalen Volumenrabatt von 20% auf den Preisen zurückzufordern.

B ERWÄGUNGEN

17. Im Rahmen dieser Erwägungen ist zu prüfen, ob die am 6. Mai 2002 eröffnete Untersuchung einzustellen ist, da Swisscom und Swisscom Fixnet seit der gleichentags durch die Weko angeordneten vorsorglichen Massnahmen sämtlichen ISP die gleich hohe Rabattstufe gewährten und im Jahre 2006 auch definitiv gegenüber den ISP auf die Rückforderung der gewährten Rabatte verzichtete.

18. Eine Abschreibungsverfügung (definitive Einstellung) eines hängigen Verwaltungsverfahrens vor der Weko kommt zum Beispiel infolge Gegenstandslosigkeit in Betracht. Ein Verfahren wird namentlich dann gegenstandslos, wenn das Objekt wegfällt, das Gegenstand des kartellrechtlichen Untersuchungsverfahrens bildet¹⁷. Nach der Praxis der Weko ist eine Untersuchung im Sinne von Art. 27 KG mittels Verfügung einzustellen, wenn die Parteien, gegen welche die Untersuchungshandlungen gerichtet sind, ihre beanstandeten Handlungen im Laufe des Verfahrens aufgeben und kein ausreichendes öffentliches Interesse an der materiellen Beurteilung des aufgegebenen Verhaltens besteht¹⁸.

19. Es gilt indessen zu berücksichtigen, dass seit der Einführung der direkt sanktionierbaren Tatbestände (vgl. Art. 49a Abs. 1 KG) das Verfahren nicht mehr eingestellt werden kann, wenn die beteiligten Unternehmen ihr wettbewerbsrechtlich relevantes Verhalten während eines laufenden Verfahrens ändern oder aufgeben. Vielmehr ist die wettbewerbsrechtliche Unzulässigkeit des Verhaltens mittels Verfügung fest-

zustellen und gegebenenfalls eine direkte Sanktion auszusprechen¹⁹. Folglich ist die Einstellung des Verfahrens grundsätzlich nur möglich, wenn keine Verstösse gegen sanktionsbedrohte Bestimmungen bestanden bzw. bestehen oder nachweisbar sind.²⁰

20. Eine direkte Sanktion nach Art. 49a Abs. 1 KG könnte für die Zeit ab Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes am 1. April 2004 verhängt werden, vorausgesetzt ein Unternehmen beteiligt sich an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG oder verhält sich unzulässig nach Art. 7 KG. Wie vorstehend dargelegt, gewährten Swisscom und Swisscom Fixnet ab dem 6. Mai 2002 aufgrund der durch die Weko angeordneten vorsorglichen Massnahmen sämtlichen ISP die gleiche Rabattstufe. Auch nachdem die Weko die vorsorglichen Massnahmen mit Verfügung vom 17. Oktober 2005 aufhob, verzichteten Swisscom und Swisscom Fixnet auf die Anwendung des fraglichen Rabattschemas. Im für die Ausfällung einer Sanktion massgebenden Zeitraum wandten weder Swisscom noch Swisscom Fixnet das im vorliegenden Verfahren zu beurteilende Rabattschema, welches möglicherweise als kartellrechtswidrig eingestuft worden wäre, an. Damit liegt in der fraglichen Zeit auch kein Verstoß gegen eine sanktionsbedrohte Bestimmung des Kartellgesetzes vor. Art. 49a Abs. 1 KG steht der Einstellung der Untersuchung somit nicht entgegen.

B.1 Beendigung der beanstandeten Verhaltensweise

21. Gegenstand der Untersuchung ist im Wesentlichen das Rabattschema von Swisscom betreffend das BBSC-Angebot (Wholesale-Ebene). Swisscom Fixnet gewährte ihren Wholesale-Kunden einen Mengenrabatt, der von der Anzahl Kunden des jeweiligen ISP abhängig war. Da aufgrund des Rabattschemas in der ersten Phase nur Bluewin den höchsten Rabatt erhielt, wurden die anderen ISP möglicherweise in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert. Damit bestanden Anhaltspunkte für eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Art. 7 KG.

22. Am 6. Mai 2002 verpflichtete die Weko Swisscom mittels einer vorsorglichen Massnahme, allen ISP die gleich hohe Rabattstufe zu gewähren wie ihrem Tochterunternehmen Bluewin. Allfällige Zuwiderhandlungen gegen die angeordneten vorsorglichen Massnahmen sind nicht aktenkundig. Die Einhaltung

¹⁶ BBI 2005, S. 7521.

¹⁷ RPW 2000/3, S. 320 ff., S. 331; RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel/Frankfurt a.M. 1996, Rz. 887; ferner THOMAS MERKLI/ARTHUR AESCHLIMANN/RUTH HERZOG, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, N. 2 zu Art. 39 VRPG.

¹⁸ RPW 2002/1, S. 72 ff., S. 75; RPW 2000/1, S. 29 ff., S. 32.

¹⁹ CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, Indirekte Auswirkungen der KG-Revision auf einzelne Rechtsinstitute, in: Jusletter 17. Oktober 2005, Rz. 10 mit Hinweis auf STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Diss. Fribourg 2002, S. 343 und 377 f.

²⁰ ROGER ZACH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl. Bern 2005, Rz. 1000.

der angeordneten bzw. die Aufgabe der fraglichen Verhaltensweisen bewirkt jedoch nicht eo ipso den Wegfall des Untersuchungsgegenstandes und führt folglich auch nicht zur Einstellung des Hauptverfahrens. Diese Rechtsfolge würde dem inhärenten Zweckgedanken des Instituts der vorsorglichen Massnahmen widersprechen (Sicherungs- bzw. Schutzfunktion hinsichtlich einer nicht hinlänglich festgestellten Rechtslage)²¹.

23. Auch nach der Aufhebung der vorsorglichen Massnahmen durch die Weko mit Verfügung vom 17. Oktober 2005, gelangte das Rabattschema nicht zur Anwendung. Zudem erklärte Swisscom dem Sekretariat mit Schreiben vom 14. März 2006, dass Swisscom Fixnet definitiv auf die Anwendung des Rabattschemas verzichte. Swisscom und Swisscom Fixnet hielten sich demnach nicht bloss an die angeordneten vorsorglichen Massnahmen, sondern sahen auch nach deren Aufhebung von möglicherweise kartellrechtswidrigen Verhaltensweisen ab.

24. Mit Schreiben vom 10. August 2006 verzichtete Swisscom Fixnet schlussendlich auf allfällige Rückforderungen von Rabatten, die sie seit der Anordnung vorsorglicher Massnahmen durch die Weko am 6. Mai 2002 sämtlichen ISP gewährte. Dies wurde im Übrigen von Sunrise bestätigt, die in ihrem Schreiben vom 22. September 2006 ausführte, Swisscom Fixnet werde bei der nächsten Anpassung des BBCS-Vertrags den Rückforderungsvorbehalt streichen.

25. Swisscom bzw. Swisscom Fixnet erklärten gegenüber dem Sekretariat schriftlich, das strittige Rabattschema nicht mehr anzuwenden sowie auf den Rückforderungsvorbehalt zu verzichten. Damit ist rechtsgenügend erstellt, dass eine möglicherweise wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweise weggefallen ist, respektive seit dem 6. Mai 2002 nicht vorgelegen hat.

B.2 Kein ausreichendes öffentliches Interesse an der Fortführung der Untersuchung

26. Selbst bei Beendigung einer unzulässigen Verhaltensweise im Laufe des Verfahrens könnte eine Untersuchung weitergeführt werden, wenn ein ausreichendes öffentliches Interesse an dessen materieller Beurteilung besteht²².

27. Im vorliegenden Fall ist kein ausreichendes öffentliches Interesse an der Fortführung des Untersuchungsverfahrens zwecks abschliessender Abklärung des Sachverhalts ersichtlich. Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums am 20. Oktober 2005 eine Untersuchung gegen Swisscom Fixnet und Swisscom in Sachen Preispolitik xDSL eröffnete²³. Gegenstand dieser Untersuchung sind die angeblich hohen Preise für Vorleistungsangebote für xDSL-Dienste im Vergleich zu den Endkundenpreisen. Vor diesem Hintergrund besteht kein genügendes öffentliches Interesse an der Fortführung vorliegender Untersuchung.

B.3 Ergebnis

28. Gestützt auf vorstehende Erwägungen kommt die Weko zum Schluss, dass die Untersuchung gegen Swisscom und Swisscom Fixnet einzustellen ist.

C KOSTEN

29. Gemäss Schlussbestimmung zur Änderung der Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2) 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.

30. Sowohl nach der alten wie auch neuen Fassung der KG-Gebührenverordnung ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 a KG-Gebührenverordnung, Art. 2 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung). Das Verursacherprinzip wird jedoch durch das Unterliegerprinzip eingeschränkt.

31. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, oder wenn sich die Parteien unterziehen. Als Unterziehung gilt auch, wenn ein oder mehrere Unternehmen, welche aufgrund ihres möglicherweise wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens ein Verfahren ausgelöst haben, das beanstandete Verhalten aufgeben und das Verfahren als gegenstandslos eingestellt wurde (Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c KG-Gebührenverordnung e contrario).

32. Demgegenüber entfällt die Gebührenpflicht für Unternehmen, die ein Verfahren verursacht haben, sich die zu Beginn vorliegenden Anhaltspunkte jedoch nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird. Der Gesetzgeber wollte die Kostenpflicht in erstinstanzlichen Verfahren - soweit diese nicht auf eigenes Gesuch hin durchgeführt werden - in sinngemässer Anwendung des Unterliegerprinzips einführen (Art. 3 Abs. 2 Bst. b und c KG-Gebührenverordnung).

33. Vorliegendes Verfahren wird infolge Gegenstandslosigkeit eingestellt. Auf eine abschliessende Beurteilung des Sachverhalts wird verzichtet und es wird keine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung festgestellt.

²¹ RPW 1999/3, S. 464 ff., S. 465.

²² RPW 2002/1, S. 72 ff., S. 76; RPW 2000/1, S. 29 ff., S. 34.

²³ BBI 2005, S. 7521.

²⁴ BGE 128 II 247 i.S. BKW FMB Energie AG, E. 6.1, 257, RPW 2002/3, S. 538 ff., E. 6.1, S. 546 f.

²⁵ BGE 128 II 247 i.S. BKW FMB Energie AG, E. 6.1, 257, RPW 2002/3, S. 538 ff., E. 6.1, S. 546 f.

²⁶ BGE 128 II 247 i.S. BKW FMB Energie AG, E. 6.1, 257, RPW 2002/3, S. 538 ff., E. 6.1, S. 546 f.

34. Ob Swisscom und Swisscom Fixnet als Verursacherrinnen des Verfahrens qualifiziert werden könnten, muss an dieser Stelle nicht weiter erörtert werden, da hinsichtlich der analysierten Sachverhalte keine unzulässigen Verhaltensweisen rechtskräftig festgestellt wurden. Swisscom und Swisscom Fixnet, gegen die sich die Untersuchung richtete, sind deshalb nicht als Unterlegene im Verfahren zu qualifizieren. In Anwendung des Unterliegerprinzips werden ihnen dementsprechend keine Verfahrenskosten auferlegt.

D DISPOSITIV

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die Untersuchung gegen Swisscom AG und Swisscom Fixnet AG wird eingestellt.
2. Verfahrenskosten werden keine auferlegt.
3. [Rechtsmittelbelehrung]
4. [Eröffnung]

B 2.2

3. **Neue Eisenbahn-Alpentransversale (NEAT)**

Untersuchung gemäss Artikel 27 ff. KG

Enquête selon l'article 27 ss LCart

Inchiesta giusta l'articolo 27 segg. LCart

Verfügung vom 18. Juni 2007 i.S. Untersuchung gemäss Artikel 27 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251) betreffend Neue Eisenbahn-Alpentransversale (NEAT) wegen (allenfalls) unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG.

Einstellung des Verfahrens; keine unzulässige Abreden gemäss Art. 5 KG. Gegenstand des Verfahrens waren die hohen Zement- und Betonpreise bei den beiden Neat-Basistunneln. Die Wettbewerbskommission konnte keine unzulässigen Preis- und Gebietsabreden zwischen den drei beteiligten Anbietern von für die NEAT-Baustellen benötigtem Zement und Beton feststellen. Insbesondere hohe Transport- und weitere Logistikkosten haben den Zement und Beton bei den beiden Neat-Basistunneln verteuert. Die Untersuchung gegen die Holcim (Schweiz) AG, die Jura-Cement-Fabriken und die Vigier Holding AG wurde ohne Folgen eingestellt.

Clôture de la procédure: aucun accord illicite au sens de l'art. 5 LCart n'a été constaté. La procédure portait sur les prix élevés du ciment et du béton utilisés pour la construction des deux tunnels de base NLFA. La Commission de la concurrence n'a constaté aucun accord de prix ou de répartition du territoire entre les trois fournisseurs de ciment et de béton des chantiers NLFA. Les prix élevés du ciment et du béton sont notamment imputables aux coûts de transport élevés et autres coûts logistiques. L'enquête dirigée contre Holcim (Suisse) SA, Jura-Cement-Fabriken et Vigier Holding SA a été clôturée sans suite.

Sospensione della procedura; nessun accordo illecito ai sensi dell'art. 5 LCart. La procedura ha avuto come oggetto i prezzi elevati di cemento e calcestruzzo per entrambe le gallerie di base della NTFA. La Commissione della concorrenza non ha potuto constatare l'esistenza di accordi illeciti in materia di prezzi e di ripartizione dei mercati tra i tre offerenti di cemento e calcestruzzo per i cantieri della NTFA. Responsabili del prezzo elevato di cemento e calcestruzzo per entrambe le gallerie di base della NTFA sono soprattutto elevati costi di trasporto ed altri costi di logistica. L'inchiesta nei confronti di Holcim (Svizzera) SA, Jura-Cement-Fabriken e Vigier Holding SA è stata sospesa senza conseguenze.

A SACHVERHALT

A.1 Gegenstand

1. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung wird geprüft, ob bei der Ausschreibung der für die Baustellen der Neuen Eisenbahn-Alpentransversale (nachfol-

gend: NEAT) benötigten Zementlieferungen und Betonsysteme und den anschliessenden Vergaben der Wettbewerb behindert wurde. Dabei wird insbesondere geprüft, ob unter den beteiligten Zementanbietern Holcim (Schweiz) AG, Jura-Cement-Fabriken und Ciments Vigier SA im Beschaffungsverfahren wettbewerbswidrige Absprachen (Preis- und/oder Gebietsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251) getroffen wurden.

2. Holcim (Schweiz) AG (nachfolgend: Holcim), Zürich, ist in der Schweiz der führende Zementproduzent und gehört zum weltweit tätigen Baustoffkonzern Holcim Ltd. In der Schweiz produziert Holcim in den Zementwerken Brunnen, Eclépens, Siggenthal und Untervaz. Jura-Cement-Fabriken (nachfolgend: Jura) mit ihren beiden Zementwerken in Wildegg und Cornaux ist Teil der in Aarau domizilierten JURA-Holding, die zum irischen Baustoffkonzern CRH plc gehört. Ciments Vigier SA (nachfolgend: Vigier) ist eine Tochtergesellschaft der Vigier Holding AG, Luterbach. Sie produziert Zement in ihrem Werk Péry-Reuchenette und gehört zur französischen Vicat SA. Alle drei Baustoffkonzerne sind auch in den Bereichen Kies und Beton tätig.

3. Der untersuchte Sachverhalt endet zeitlich mit den Vertragsabschlüssen, durch welche die Zement- und Betonpreise für die einzelnen Hauptbaulose des Lötschberg-Basistunnels (nachfolgend: LBT) und des Gotthard-Basistunnels (nachfolgend: GBT) festgelegt wurden. Die Verträge für die Zement- und Betonlieferungen wurden für den LBT in den Jahren 1999 – 2000 abgeschlossen, diejenigen für den GBT, mit Ausnahme des erst im Februar 2007 endgültig vergebenen Loses Erstfeld, in den Jahren 2001 – 2002. Sämtliche der erfolgten Vergaben für Zement- und Betonlieferungen für die beiden Basistunnel fallen somit in den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (Fassung in Kraft vor dem 1. April 2004), welches keine direkten Sanktionen bei einem Verstoß gegen Art. 5 Abs. 3 KG vorsieht.

A.2 Verfahren

4. Anfang 2003 wurden in der Presse Verdächtigungen erhoben, wonach Zement und Beton für die beiden NEAT-Tunnelbauten (GBT resp. LBT) um rund CHF 100 Millionen zu teuer seien. Diese Verdächtigungen stützten sich vor allem auf Preisvergleiche mit dem Ausland, insbesondere mit Deutschland. Als Grund für die zu hohen Preise wurden mutmassliche Preisabreden zwischen den drei Zement- und Betonlieferanten Holcim, Jura und Vigier genannt.

5. Als Reaktion auf die Meldungen in den Medien beschäftigte sich die NEAT-Aufsichtsdelegation (NAD) mit diesem Thema. Sie beauftragte das Bundesamt für Verkehr (BAV) mit einer Abklärung der Vorwürfe. Das BAV befragte daraufhin die beiden Alptransit-

Gesellschaften, die BLS AlpTransit (nachfolgend: BLS AT) und die AlpTransit Gotthard (nachfolgend: ATG), in ihrer Funktion als Bauherren zu diesen Vorwürfen. In der Folge richtete die BLS AT selbst Fragen an die Unternehmer.

6. Am 8. Juli 2003 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine Anzeige des BAV ein, welche das Sekretariat am 11. Juli 2003 entgegen nahm.

7. In der Folge eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung gegen Holcim, Vigier und Jura zur weiteren Feststellung des Sachverhaltes und nahm die üblichen Ermittlungshandlungen vor. Zudem gab das Sekretariat nach Einholung der Einwilligung des BAV den drei Unternehmen Gelegenheit, sich zu den Stellungnahmen der beiden Alptransit-Gesellschaften zu äussern. Vom BAV erhielt das Sekretariat weitere Informationen zu Holcim betreffend die Lose Sedrun und Bodio/Faido.

8. Am 26. Mai 2004 erläuterte das Sekretariat anlässlich einer Tagung der NAD den Stand der Dinge.

9. Aufgrund der Antworten der Zementlieferanten und einer ausführlichen Stellungnahme von Holcim kam das Sekretariat im Rahmen der Vorabklärung zum Ergebnis, dass der Verdacht einer Absprache nicht erhärtet werden konnte. Das Sekretariat teilte dies den Parteien, dem BAV sowie dem Präsidenten der NAD am 11. August 2004 schriftlich mit und erläuterte diesen Standpunkt gegenüber der NAD am 18. August 2004. Demgegenüber hielt die NAD in ihrer Pressemitteilung vom 19. August 2004 fest, für sie bestehe trotz negativem Vorabklärungsergebnis des Sekretariats weiterhin der Verdacht, dass Zement und Beton der NEAT durch Abreden verteuert worden seien und wandte sich deswegen an den Bundesrat.

10. Am 22. November 2004 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG gegen Holcim, Jura und Vigier.

11. Das Sekretariat gab die Untersuchungseröffnung mittels amtlicher Publikation gemäss Art. 28 KG bekannt.

12. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung wurden den drei Schweizer Zementherstellern mehrere Auskunftsbegehren zugestellt sowie vom italienischen Zementanbieter Italcementi Dokumente eingefordert. In der Folge wurden der SBB Cargo, der Rhätischen Bahn (nachfolgend: RhB) und der cemsuisse zur Überprüfung der eingereichten Angaben bzw. zur Einholung zusätzlicher Informationen Fragebögen betreffend den Transport von Zement zugestellt. Schliesslich wurden ebenfalls Fragebögen an die beiden Bauherren BLS AT und ATG versandt. Das Sekretariat verschickte ausserdem Auskunftsbegehren an die potentiellen Beschaffer von Zement und Betonsystemen, die anbietenden Tunnelbaukonsortien (Arbeitsgemeinschaften, ARGE).

13. Nach Erhalt sämtlicher angeforderter Antworten und Unterlagen sowie entsprechender Auswertung

durch das Sekretariat wurden die drei Parteien gemäss Art. 42 Abs. 1 KG einvernommen. Das Sekretariat hörte ausserdem einen Vertreter der Firma Ernst Basler + Partner AG an, welcher der ATG für die Umweltschutzberatung zur Seite stand.

14. Am 17. August 2006 lud die NAD den Präsidenten der Wettbewerbskommission ein, über den Stand der Untersuchung zu informieren. Dieser teilte der NAD mit, dass aufgrund der bisherigen Ermittlungen keine unzulässige Abrede bewiesen werden konnte. Er gab zudem einen Einblick in den Bericht, der zu diesem Zeitpunkt in Bearbeitung stand.

15. Auf Gesuch hin wurde Holcim am 20. September 2006 Akteneinsicht gewährt.

16. Am 6. Februar 2007 hat der Präsident der Wettbewerbskommission der NAD schriftlich Vorschläge unterbreitet, welche ebenfalls mündlich erläutert wurden. Diese umfassten Ausführungen dazu, wie bei zukünftigen Ausschreibungen die Wettbewerbsvoraussetzungen verbessert werden könnten. Das Treffen fand namentlich im Hinblick auf die bevorstehenden Vergaben der Bauarbeiten für den Ceneri-Tunnel statt.

17. Der Verfügungsentwurf (Antrag des Sekretariats an die Wettbewerbskommission) sowie ein aktuelles Aktenverzeichnis wurden den Parteien und weiteren Beteiligten des Verfahrens am 10. April 2007 zur Stellungnahme zugestellt.

18. Während Jura in ihrer Stellungnahme vom 9. Mai 2007 lediglich geringfügige Änderungen formeller Natur anbrachte, verzichtete Vigier auf Bemerkungen. Holcim beantragte gewisse Änderungen, welche teilweise übernommen worden sind. Die ATG machte geltend, dass eine abschliessende Würdigung der Verfügung die Kenntnis der von der Wettbewerbsbehörde in Aussicht gestellten Empfehlung i.S. Ausschreibungsbedingungen NEAT voraussetze. Die weiteren Verfahrensbeteiligten verzichteten auf Kommentare zum Verfügungsentwurf.

19. Nach Abschluss der Ermittlungshandlungen wurde die Wettbewerbskommission am 11. Mai 2007 von der NAD schriftlich ersucht (mündlich anlässlich der NAD-Sitzung vom 6. Februar 2007), die Preisdifferenzen beim Zement im Vergleich mit dem Ausland in einzelne Sonderfaktoren zu spezifizieren (vgl. Tätigkeitsbericht der NAD 2006, S. 113).

A.3 Organisation der Zement-/ Betonbeschaffung

A.3.1 Vergabe der Zement- und Betonlieferungen

20. Mit Längen von 43 km beim Lötschberg und 57 km beim Gotthard gehören die beiden NEAT-Basistunnel zu den längsten Eisenbahntunneln der Welt. Die benötigte Menge an Zement für diese beiden Tunnel beträgt grob geschätzt zwischen 1.5 und 2 Mio. Tonnen (nachfolgend: t). Bei einem geschätzten Durchschnittspreis von CHF 170 pro Tonne Zement und Gesamtkosten der NEAT von rund CHF 23 – 24 Mia. betragen die Zementkosten somit rund 1 –

1.5 % der Gesamtkosten der NEAT. Die Zementkapazität in der Schweiz betrug ca. 5 Mio. t im Jahr 2004. In den Spitzenjahren beträgt der Zementbedarf für alle NEAT-Baustellen ca. 300'000 t pro Jahr, was ca. 6% der gesamten Kapazität der Schweiz ausmacht. Mit einem angenommenen Durchschnittspreis von CHF 160 pro t stellen die Zementlieferungen für die NEAT einen Beschaffungswert von ca. CHF 240 – 320 Mio. dar.

21. Die vier Hauptlose des LBT (Mitholz, Ferden, Steg und Raron) wurden zwischen November 1999 und November 2000 von den öffentlichen Bauherren an ARGE bestehend aus schweizerischen und ausländischen Tunnelbauunternehmen vergeben. Die Vergaben für vier der fünf Hauptlose des GBT (Amsteg, Sedrun, Faido und Bodio) fanden zwischen Juni 2001 und Dezember 2001 statt. Das Los Erstfeld wurde nach zwei Rekursen der ARGE Marti am 9. Februar 2007 wie bereits zu Beginn an die ARGE AGN vergeben. Da die ARGE Marti auf eine weitere Beschwerde verzichtete, konnte der Werkvertrag am 27. März 2007 unterzeichnet werden.

22. Die Informationen zu den Zementvergaben bei den einzelnen NEAT-Hauptlosen erhielt das Sekretariat aus der Beantwortung von Auskunftsbegehren an die ARGE, welche eine Offerte bei einem NEAT-Hauptlos eingereicht hatten.¹ Zwischen Juli 2000 und September 2001 (LBT) und zwischen November 2001 und Oktober 2002 (GBT) legten die ARGE, welche den Zuschlag für ein NEAT-Los erhielten (nachfolgend: erfolgreiche ARGE), ihren definitiven Zement- oder Betonlieferanten fest und verhandelten die definitiven Preise und Konditionen. Der Grossteil der Zementlieferungen für den LBT erfolgte im Zeitraum 2000 – 2006. Die Zementlieferungen für den GBT begannen im Jahr 2002 und werden voraussichtlich bis 2012 dauern.

23. Anzumerken ist, dass die Vergabe von Zement und Beton zwar von den öffentlichen Submissionsbestimmungen stark beeinflusst wird (z.B. betreffend Transport und Qualität des Zements), selbst aber nicht unter das öffentliche Beschaffungsrecht fällt. Die öffentliche Submission betreffend Vergabe eines Tunnelhauptloses geht von den Bauherren aus. Die Offerten werden von den ARGE eingereicht, welche ihrerseits die Nachfrager von „NEAT“-Zement und -Beton sind. Die vorliegende Untersuchung betrifft einzig die Beschaffung von Zement oder Beton durch die ARGE. Untersucht wird somit eine allfällige Absprache zwischen den Zementlieferanten bei den NEAT-Bauten, welche möglicherweise überhöhte Zement- und Betonpreise bewirkte. Aus diesem Grund kann vorliegend nicht von einer Submissionsabsprache ausgegangen werden (vgl. Schweizerische Landesbibliothek, RPW 2002/1, S. 130 ff.), auch wenn diese Bezeichnung oft in der Presse oder von den Verfahrensbeteiligten im Zusammenhang mit der vorliegenden Untersuchung verwendet wurde. Vielmehr wird untersucht, ob es sich vorliegend um ein Anbieterkartell handelt.

24. Sowohl beim LBT wie auch beim GBT war der Transport von Zement per Bahn zwingend vorge-

schrieben. Diese Auflage war zum einen den Plangenehmungen der verschiedenen Lose zu entnehmen, zum anderen den entsprechenden Ausschreibungsunterlagen. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, war die Beschaffung des Zements und des Betons für die beiden Basistunnel unterschiedlich organisiert.

A.3.1.1 Lötschberg-Basistunnel

25. Beim LBT wurde in der Regel von der ARGE Zement beschafft, um daraus entsprechend den Qualitätsanforderungen der Bauherren selbst Beton herzustellen. Lediglich die ARGE SATCO fragte den Beton direkt nach und holte deshalb keine Offerten von den Zementlieferanten ein.

26. Wie der Tabelle 1 entnommen werden kann, fragten die erfolgreichen ARGE beim LBT in der Regel bei allen Losen jeweils die drei Schweizer (Holcim, Jura und Vigier) und einen italienischen Zementlieferanten für Offerten an. Jura erhielt die Zuschläge für die Zementlieferungen – abgesehen vom Los Mitholz, welches an Vigier ging – für alle Lose des LBT. Als Bauchemielieferant wurde Degussa, ehemalige MBT (Schweiz) AG (nachfolgend: MBT), und Mapei gewählt.

¹ Nebst sämtlichen erfolgreichen ARGE für die jeweils erhaltenen Lose erteilten zwei unterlegene ARGE Auskunft. Da alle erfolgreichen ARGE Auskunft erteilten und der wichtigste Teil der Zementpreis-Verhandlungen erst nach dem Erhalt eines Loses stattfand, konnte auf die Beantwortung der Fragebögen durch die unterlegenen ARGE verzichtet werden. Zudem waren einige dieser unterlegenen ARGE im Ausland ansässig, womit das Sekretariat diese nicht zur Auskunft verpflichten konnte.

Tabelle 1: Tunnellose LBT, Zement- resp. Betonlieferungen

Los, ARGE, geschätzter Gesamtzementbedarf pro Los	Eingegangene Zementofferten	Auftrag an	Gründe für die Wahl des Zementlieferanten
Mitholz Los-Nr.: 45.31.100 ARGE SATCO ² ca. [200'000 – 300'000] t ³	Vier Offerten für die Betonherstellung ⁴ mit folgenden Zementlieferanten: Vigier, Holcim, Italcementi (It)	MBW ⁵ mit Vigier-Zement im Angebot Für die Betonherstellung: Mobil Baustoffe (A)	Vigier als Zementlieferant mit einer guten lokalen Verankerung (Umschlaganlage Hondrich Süd, Feinverteilung durch ihre Tochtergesellschaft Kiestag, Kieswerk Steinigand AG (nachfolgend: Kiestag)) wurde primär von der MBW ausgewählt.
Ferden Los-Nr.: 46.23.010 ARGE Ferden ⁶ [100'000 – 200'000] t ⁷	Holcim, Vigier, Jura, [italienischer Anbieter]	Jura (Zement), Degussa Construction Chemicals (Schweiz) AG ⁸ (Bauchemie)	Bestes Preis-Leistungsverhältnis. Von der ARGE vorgesehene Zementsorten waren im Lieferprogramm [des italienischen Anbieters] nicht enthalten.
Raron/Steg Los-Nr.: 46.42.010/ 46.32.010 ARGE MaTrans ⁹ ca. [100'000 – 200'000] t ¹⁰	Holcim, Vigier, Jura, Colacem (It)	Jura (Zement), Mapei (Bauchemie), Degussa (Bauchemie)	Zementlieferungen vom günstigsten Anbieter. Fehlende und nicht lieferbare Zementsorten bei ausländischem Anbieter
Total für Bauhauptlose: ca. [400'000 – 700'000] t			

Quelle: ARGE SATCO, ARGE FERDEN, ARGE MaTrans

A.3.1.2 Gotthard-Basistunnel

27. Beim GBT kamen aufgrund der in diesem Tunnel herrschenden speziellen Randbedingungen¹¹ einzig zugelassene Betonsysteme zur Anwendung. Bei den zugelassenen Betonsystemen handelt es sich um bestimmte Rezepturen zur Herstellung von Beton, welche ihren Eignungsnachweis vorgängig unter simulierten Baustellenbedingungen in Laboren erbracht haben. Das Zulassungsverfahren für Anbierterteams aus der Zement- und Bauchemieindustrie wurde im Februar 1996 ausgeschrieben. Dabei wurde der GBT aus petrographischen und ausschreibungsbedingten Gründen in die drei Prüfabschnitte Amsteg/Erstfeld, Sedrun und Bodio/Faido unterteilt. Für jeden der drei Prüfabschnitte wurde ein eigenes Prüfungssystem für Betonmischungen durchgeführt. Das daraus resultierende Ergebnis besteht aus einem Verzeichnis, in dem die Betonmischungen aufgeführt sind, welche die in den Prüfungen verlangten Anforderungen erfüllt haben.

28. Für die Lose Faido/Bodio wurden die Betonsysteme und die Betonproduktion von ein und demselben Anbierterteam durch die ARGE bezogen. Bei den Losen Sedrun und Amsteg wurde der Beton nicht vom Anbierterteam der Betonsysteme hergestellt. Für diese Lose wurde die Betonherstellung einem Subunternehmer vergeben. Beim Los Sedrun standen nur zwei Anbierterteams zur Auswahl, wobei Holcim in beiden Teams als Zementlieferant figurierte.¹² Bei den Losen Faido und Bodio standen vier Anbierterteams zur Auswahl, allerdings mit lediglich zwei unterschiedlichen Zementlieferanten (Holcim und Italcementi).¹³ Für die Betonlieferungen des Loses Amsteg waren Betonsysteme von sechs Anbierterteams mit drei un-

terschiedlichen Zementlieferanten – Holcim, Jura und Italcementi – zugelassen. Infolge der Verzögerungen beim Los Erstfeld erlangte ein zusätzliches Team (Vigier/Degussa) im Jahr 2005 eine nachträgliche Zulassung von zwei Mischungen.

² Der ARGE SATCO gehören folgende Firmen an: Ilbau Gesellschaft m.b.H., Rothpletz, Lienhard + Cie AG, Walo Bertschinger, Dumez GTM, Skanska International.

³ Schätzung basierend auf der von Vigier bis 2005 gelieferten Menge an Zement.

⁴ Für die Betonherstellung wurden folgende Lieferanten angefragt: [...] (CH), [...] (A), [...] (F), [...] (A).

⁵ MBW (Materialbewirtschaftung Mitholz AG) ist eine Tochtergesellschaft der Kiestag, welche wiederum eine Tochtergesellschaft der Vigier Holding ist.

⁶ Der ARGE Ferden gehören folgende Firmen an: Losinger Sion SA, Prader AG, BY Bouygues Travaux Public SA, Evequoz, Dénériaz Sion SA, U. Imboden AG, Theler AG.

⁷ Offerte von Jura an Losinger, 19. Juli 2000. Bis 2005 wurden [...] t Zement durch Jura geliefert.

⁸ Nachfolgend: Degussa.

⁹ Der ARGE MaTrans gehören folgende Firmen an: Marti Tunnelbau AG, Walter Gruppe, Unternehmergruppe Porr, Balfour Beatty Ltd.

¹⁰ Bis 2005 wurden für diese Lose [...] t Zement von Jura geliefert.

¹¹ Im Einzelnen sind dies gemäss der AlpTransit Gotthard "hohe Überlagerungen, d.h. hohe Felsuntergrund- und Lufttemperatur (Festtemperatur bis 50° C), lange Transportwege für den Beton (lange Offenzeit des Betons nötig (bis 6 Stunden)), betonangreifendes Bergwasser (vor allem Sulfat), hohe Anforderungen an die Dichtigkeit der Betone und Spritzbetone. (Dauerhaftigkeit), 100% gebrochene Betonzuschlagstoffe aus gefrästen und/oder gesprengtem Ausbruchmaterial."

¹² Einmal zusammen mit Sika, einmal zusammen mit MBT.

¹³ Holcim in drei Anbierterteams und Italcementi in einem Team.

29. Das Anbierteam Holcim/Sika AG (nachfolgend: Sika) erhielt beim GBT die Zuschläge für die Betonsystemlieferungen für Sedrun und Faido/Bodio, Jura/Degussa den Zuschlag für die Belieferung des Loses Amsteg (vgl. Tabelle 2). An wen der Auftrag für die

Lieferung der Betonsysteme beim Los Erstfeld ergeht, ist noch offen (vgl. Tabelle 2).

Tabelle 2: Tunnellose GBT, Betonsystemlieferungen

Los, ARGE, geschätzter Gesamtzementbedarf pro Los	Eingegangene Offerten für Betonsysteme	Auftrag an	Bemerkungen
Erstfeld Los-Nr.: 151 ARGE AGN ca. [100'000 – 200'000] t ¹⁴		noch offen	Zweimaliger Rekurs durch die ARGE Marti, Unterzeichnung des Werkvertrags am 27. März 2007.
Amsteg Los-Nr.: 252 ARGE AGN ca. [100'000 – 200'000] t ¹⁵	Holcim/Sika ARGE ABA ¹⁶ (mit Zement von Jura)	ARGE ABA (Jura/Degussa)	Lieferantenwechsel im Mai 2002 von Holcim zu Jura.
Sedrun Los-Nr.: 360 ARGE TRANSCO ca. [200'000 – 300'000] t ¹⁷	Bünder Cement (Holcim)/Sika Bündner Cement (Holcim)/MBT	Holcim/Sika	Umstrukturierung der Holcim Gruppe und Einbezug der Bündner Cement AG in den Holcim Konzern im Jahr 1999. ¹⁸
Faido/Bodio Los-Nr.: 452/554 ARGE TAT ca. [400'000 – 500'000] t ¹⁹	Saceba (Holcim)/MBT Saceba (Holcim)/Sika Italcementi/Mapei	Holcim/Sika	Holcim erlangte im Jahr 2003 die alleinige Kontrolle über Saceba. ²⁰ Die Offerte von Holcim/Sika war die Kostengünstigste.
Total für Bauhauptlose: ca. [1'000'000 – 1'100'000] t			

Quelle: ARGE AGN, ARGE TRANSCO, ARGE TAT sowie Holcim

A.3.2 Zement- und Betonpreise

30. Die Preisbildung für die Zement- und Betonlieferungen erfolgte direkt zwischen den internationalen ARGE aus Tunnelbauunternehmen und den Lieferanten von Zement bzw. von Beton.

31. Die Preise schwanken für die bei den NEAT-Baustellen verwendeten Zementsorten zwischen CHF [140 – 150] und CHF [220 – 230] pro t. Dabei ist auf den markanten Preisunterschied zwischen Normal- und Spezialzement hinzuweisen. Spezialzemente sind Zemente, welche über besondere Eigenschaften wie beispielsweise Beständigkeit gegen chemische Stoffe oder eine hohe Festigkeit verfügen. Einige Spezialzemente wurden eigens für bestimmte NEAT-Lose entwickelt, beispielsweise der Gottardo 310 und 330 von Holcim, der Juranit von Jura und der CT 180 von Vigier.

32. Ein von allen Schweizer Zementherstellern bei NEAT-Baustellen verwendeter Normalzement ist die Sorte CEM I 42.5. Der von schweizerischen und italienischen Zementherstellern für verschiedene NEAT-Baustellen offerierte Preis für diesen Zement liegt bei rund CHF [140 – 150] – [170 – 180] pro t. Im Vergleich dazu wurde der sulfatbeständige Spezialzement CEM I 42.5 HS für rund CHF [170 – 180] – [220 – 230] pro t angeboten, was einem Preisaufschlag im Vergleich zum Normalzement CEM I 42.5 von rund 20% - 30%

entspricht. Die Bahntransport- und weitere Logistikkosten betragen bei der NEAT bis [30% - 40%] des Zementendpreises des nachgefragten Standardzements (vgl. Rz. 87) und bilden so wichtige Kostenkomponenten des NEAT Zements (vgl. Grafik 1).

¹⁴ Gesamtmenge durch das Sekretariat geschätzt gemäss dem km-Verbrauch von Zement für den Abschnitt Faido/Bodio.

¹⁵ Gesamtmenge durch das Sekretariat geschätzt gemäss dem km-Verbrauch von Zement für den Abschnitt Faido/Bodio. Bis 2005 lieferte Jura [...] t Zement.

¹⁶ Zu dieser ARGE gehören: Asphalt & Beton, Mobil Baustoffe, Jura, Degussa.

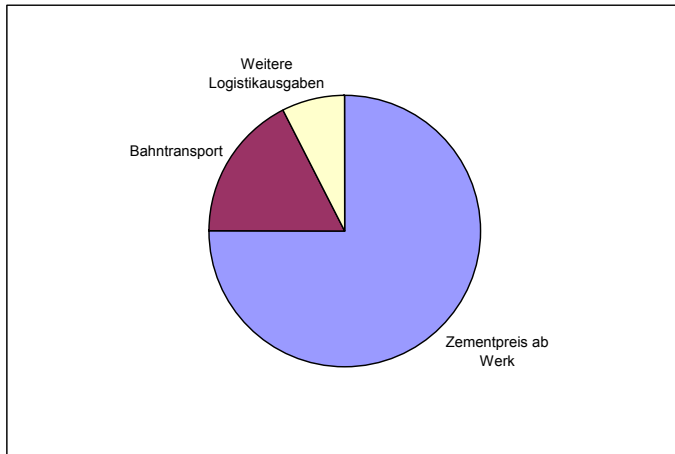
¹⁷ Gemäss Schätzung Holcim.

¹⁸ Bündner Cement wurde 1995 – 1999 von der BIH SA kontrolliert, welche ihrerseits die Kontrolle über dieses Unternehmen von der Holderbank Financière Glarus AG (nachfolgend: HOFI) übernommen hatte. Während die BIH SIH zu 100% in seinem Besitz stand, gehörte die HOFI mehrheitlich Herrn Thomas Schmidheiny.

¹⁹ Gemäss Schätzung Holcim.

²⁰ Saceba SA (TI) war vor 2003 im gemeinsamen Besitz von Holcim, Jura und Vigier

Grafik 1: Kostenkomponenten des NEAT-Zements



33. Zwei der drei Parteien nahmen bereits im Rahmen der Vorabklärung Stellung zu den Zementpreisen bei den NEAT-Baustellen. Holcim reichte dem BAV und dem Sekretariat einen Bericht betreffend "Zement- und Betonpreise der Holcim (Schweiz) AG beim Bau des Gotthard-Basistunnels (Sedrun, Bodio/Faido)" vom Mai 2004 ein, in welchem u.a. auf das Preisniveau in Deutschland im Vergleich zur Schweiz eingegangen wird. Holcim begründete dabei den tieferen Preis in Deutschland mit einem harten Konkurrenzkampf und Preisen, die teilweise unter den Produktionskosten lagen. Zudem verweist Holcim darin auf die Logistikkette als massgeblicher Kostenfaktor sowie die Aufwendungen für die Spezialzemente. Jura machte in ihrem Antwortschreiben an das Sekretariat geltend, dass die NEAT-Zementpreise deutlich unter den zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses marktüblichen Durchschnittspreisen in der Schweiz lägen. Als Gründe nannte sie die grossen Liefermengen und international tätige Verhandlungspartner, welche das weltweite Zementpreisniveau aus vergleichbaren Grossbaustellen genau gekannt hätten.

34. Vigier wurde im Rahmen der Ermittlungen ebenfalls aufgefordert, zum Preisunterschied mit dem näheren Ausland Stellung zu beziehen. Gemäss Informationen Vigiers bewegen sich die Preise von importiertem Zement (CEM I 42.5) in der Schweiz (aus Italien, Deutschland, Tschechien, Rumänien) zwischen CHF 128 und 148 pro t. Aufgrund der Zusatzdienstleistungen, welche bei der NEAT erbracht worden wären, seien die Preise von Vigier – verglichen mit den ausländischen Preisen – wettbewerbsfähig.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

35. Das Kartellgesetz gilt namentlich für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen (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} KG).

36. Die Parteien haben sich als Offerenten von Zement und Beton für die NEAT-Baustellen beteiligt. Sie

sind privatrechtliche Aktiengesellschaften, welche sich im Baugewerbe betätigen. Die in Rz. 2 genannten Parteien sind somit als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1bis KG zu qualifizieren.

37. Auf die Frage, ob die betroffenen Unternehmen Wettbewerbsabreden treffen, wird nachstehend unter Art. 5 Abs. 3 KG (Rz. 40 ff) eingegangen.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

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

B.3 Vorliegen einer unzulässigen Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG

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

B.3.1 Wettbewerbsabrede

41. Als Wettbewerbsabreden gelten rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 4 Abs. 1 KG).

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

43. Unter Zugrundelegung der in Rz. 41 und 42 genannten Grundsätze wird nachfolgend geprüft, ob eine vom Kartellgesetz erfasste Wettbewerbsabrede vorliegt.

44. Das Zustandekommen sowie die Durchführung von Absprachen zwischen Offerenten kann in der Regel einzig mittels eines strikten Beweises – z.B. in Form von schriftlichen Vereinbarungen – erbracht werden. Ungewöhnliche Angebote oder das Verhalten der Anbieter können jedoch Indizien einer Absprache liefern.

B.3.2 Ausgangslage

45. Kenntnis von direkten Beweisen einer Abrede erlangt die Wettbewerbsbehörde bei Abreden, wie sie im vorliegenden Fall in Frage stehen, zumeist einzig durch freiwillige Selbstanzeige eines Beteiligten (vgl. etwa Nord-Ost-Schweizer Strassenbelagskartell, RPW 2000/4, S. 610 ff) bzw. seit Inkrafttreten des neuen Kartellgesetzes mittels des Instrumentariums der Bonusregelung und/oder mittels unangemeldeter Hausdurchsuchungen.

46. Die Untersuchung wurde zwar nach dem 1. April 2004 und damit nach dem Inkrafttreten des neuen Kartellgesetzes eröffnet, die untersuchte Periode betrifft aber die Zeit davor. Das Gebot der Verhältnismässigkeit bewirkt, dass in der vorliegenden Untersuchung, welche keine direkten Sanktionen nach sich zieht, die Anwendung der durch das revidierte Kartellgesetz geschaffenen erweiterten Ermittlungsinstrumentarien, zu welchem insbesondere unangemeldete Hausdurchsuchungen gehören, nicht als verhältnismässig erachtet wird (SCHALLER/BANGERTER, Gedanken zum Ablauf kartellrechtlicher Hausdurchsuchungen, Aktuelle Juristische Praxis, 7/2005, S. 1224). So wurden im vorliegenden Verfahren sämtliche Ermittlungsinstrumente, welche dem Sekretariat zur Abklärung der Vorwürfe angebracht und verhältnismässig erschienen, ausgeschöpft.

47. Mangels eingegangener Hinweise von inkriminierten Zementproduzenten und -lieferanten liegen dem Sekretariat keine direkten Beweise einer unzulässigen Absprache bei den NEAT-Bauten vor.

48. Infolgedessen ist das Aufdecken einer allfälligen Abrede mittels Indizienbeweis zu untersuchen. Der Indizienbeweis ist ein indirekter oder mittelbarer Beweis, der Schlüsse auf die beweisbedürftige Tatsache erlaubt, ohne diese direkt zu belegen. Dementsprechend kommt es nicht darauf an, ob im Rahmen einer Indizienkette ein einzelnes Indiz für sich allein stark genug ist, um eine Absprache zu belegen. Es ist vielmehr darauf abzustellen, ob die Indizien in ihrer Gesamtheit für das Vorliegen einer entsprechenden Verhaltensabstimmung sprechen.

49. Insbesondere um "abgestimmte Verhaltensweisen" aufzuzeigen, wird der Indizienbeweis in der Lehre anerkannt. Gerade bei Verhaltensabstimmungen lässt sich der Nachweis nur auf indirektem Wege mit Hilfe von Indizien erbringen (STOFFEL, Wettbewerbsabreden, in Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, V/2 Kartellrecht, S. 115; SCHRÖTER, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2003, S. 225). Dies bedeutet jedoch nicht, dass sich die Wettbewerbsbehörden für den Nachweis einer Absprache nur mit einer sachlich begründeten Vermutung, es habe eine Preisabsprache stattgefunden, zufrieden geben dürfen. Daran ändert auch der Wortlaut von Art. 5 Abs. 3 KG nichts, der bei Preisabreden die (widerlegbare) Rechtsvermutung begründet, dass darob der wirksame Wettbewerb beseitigt wird. Denn um die Vermutungsbasis zu schaffen, muss überhaupt erst eine Preisabrede

festgestellt (und nicht bloss vermutet) werden (vgl. HUBERT/STÖCKLI, Baurecht, 2000-60).

50. Die Schwierigkeit des Nachweises einer Abrede durch indirekte Beweise liegt nicht zuletzt an den spezifischen Anforderungen an die für die NEAT-Bauten verwendeten Produkte. So werden bei den NEAT-Baustellen ausdrücklich an die Bedürfnisse des Ausschreibers angepasste Güter und Dienstleistungen nachgefragt. In Anbetracht dessen, dass vorliegend weder die Bauherren noch die beteiligten ARGE Verdachtsmomente betreffend einer Absprache zwischen Zementherstellern geäussert haben, ist es für die Wettbewerbsbehörde ihrerseits schwierig, kartellrechtliche Ungereimtheiten festzustellen. Zudem ist die Interpretation der offerierten Preise selten eindeutig. So können in einem engen Preiskorridor liegende Offerten sowohl auf eine Preisabsprache als auch auf einen intensiven Wettbewerb zwischen den Konkurrenten hindeuten.

B.3.3 Preis- und Gebietsabrede

51. Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs namentlich bei Preis- und Gebietsabreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich, oder der Möglichkeit nach, miteinander im Wettbewerb stehen.

52. Die drei schweizerischen Zementlieferanten Holcim, Jura und Vigier haben für die Belieferung verschiedener Lose des LBT Angebote eingereicht und gelten somit als direkte Konkurrenten. Auch wenn die drei Zementlieferanten nicht bei allen Losen beim GBT mitgeboten haben, stehen sie angesichts ihrer Produktion und Infrastruktur der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb.

53. Die Ausführungen zu B.3.3.2 und zu B.3.3.3 zeigen auf, dass im vorliegenden Fall keine Abrede unter den drei schweizerischen Zementherstellern nachgewiesen werden kann. Nichtsdestotrotz wird nachfolgend (vgl. B.3.3.1) angesichts des vorliegenden äusserst spezifischen Marktes und dem daraus resultierenden öffentlichen Interesse der relevante Markt abgegrenzt.

B.3.3.1 Relevanter Markt

54. Der relevante Markt der die NEAT-Baustellen betreffenden Zementlieferungen ist das Ergebnis von durch die Ausschreibungsbedingungen hervorgerufenen Einschränkungen, insbesondere in Bezug auf der Transport und der geforderten, sehr hohen Qualität an den zu verwendenden Zement resp. Beton.

a. Sachlich relevanter Markt

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

56. Die Marktgegenseite der Zementhersteller sind im Falle der NEAT-Bauten Bauunternehmen, welche sich zu ARGE zusammengeschlossen haben. Sie fragen dabei sowohl Normal- als auch Spezialzemente nach, welche aufgrund der Ausschreibungsbedingungen der Alptransit-Gesellschaften zwingend per Bahn antransportiert werden müssen. Da ein Umlad von Lastwagen auf Güterwagen gemessen am Wert des Zements verhältnismässig hohe Kosten verursacht, wird die Belieferung der NEAT-Baustellen de facto nur von Werken von Zementherstellern vorgenommen, welche über einen direkten Gleisanschluss verfügen. In sachlicher Hinsicht ist deshalb der Markt begrenzt auf Zement von Zementwerken mit direktem Bahnanschluss.

57. Die Anforderungen an Spezialzemente sind höher als die an Normalzemente. Spezialzemente können nur zum Teil durch Standardzementsorten oder andere Spezialzementsorten ersetzt werden. Die meisten Zementhersteller verfügen über eine Palette von Standard- und Spezialzementsorten. Einige Zementsorten werden nur von einem Zementhersteller angeboten, teilweise bieten aber andere Hersteller nahe Substitute an oder wären in der Lage, solche zu entwickeln. Die einzelnen NEAT-Bauhauptlose werden jeweils von einem einzigen Zementhersteller beliefert, welcher eine Palette von Standard- und Spezialzementen anbietet. Zementhersteller, welche nicht die gesamte geforderte Palette anbieten können, sind aus Sicht der ARGE keine valablen Alternativen zu den Zementherstellern, welche die ganze Palette anbieten. So wurde ein italienischer Zementhersteller von der ARGE MaTrans aus diesem Grund nicht berücksichtigt. Da es für die ARGE eines NEAT-Loses unabdingbar ist, dass ihr ein Zementanbieter sämtliche benötigten Zementsorten anbietet und die verwendeten Zementsorten teilweise speziell für die NEAT entwickelt und nur an diese Baustellen geliefert werden (gemäss Angaben der Zementlieferanten), wird nachfolgend von einem sachlich relevanten Markt ausgegangen, welcher „das für die NEAT-Tunnelbauten erforderliche gesamte Paket an Zementsorten“ umfasst und per Bahn angeliefert wird.

58. Für die Baustellen am GBT bieten die Zementhersteller ihren Zement zusammen mit Bauchemiefirmen als vorgegebene und von der ATG zugelassene Betonsysteme an. Die Herstellung von Beton befindet sich auf einer dem Zement nachgelagerten Produktionsstufe.²¹ Für die Marktgegenseite umfasst der relevante Markt damit alle bereits zugelassenen Betonsysteme. Potentielle Konkurrenz besteht für den Lieferanten von zugelassenen Betonsystemen durch Teams aus Zementherstellern und Bauchemielieferanten, die ebenfalls in der Lage wären, solche Betonsysteme zu entwickeln. Je nach Betonart (nicht sulfatbeständiger Ortbeton, sulfatbeständiger Ortbeton, nicht sulfatbeständiger Spritzbeton und sulfatbeständiger Spritzbeton) wird ein unterschiedlicher Normal- oder Spezialzement verwendet. Für ein Tunnellos wird ein Gesamtassortiment an Betonsystemen benötigt. So erlangten die beim GBT berücksichtigten Zementhersteller pro Los die Zulassung für je mindestens eine Sorte der oben erwähnten vier Betonarten. Analog zu den Aus-

führungen zur sachlichen Abgrenzung des Zementmarktes wird auch für Betonsysteme davon ausgegangen, dass eine Palette an Betonrezepturen nachgefragt wird. Die sachliche Marktabgrenzung erfolgt demnach für Betonsysteme analog derjenigen für Zement.

b. Räumlich relevanter Markt

59. 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 anwendbar ist).

60. Gemäss der Europäischen Kommission²² kann der Zementmarkt räumlich als eine Menge von Märkten angesehen werden, welche um die verschiedenen Werke zentriert sind und ganz Europa abdecken. Dabei wird die Grösse eines jeden Marktes und das Ausmass der Überlappung bestimmt durch die Distanz vom Werk, von dem Zement gekauft werden kann.

61. Die Nachfrager von Zement, welche über das Schienennetz der SBB angeliefert werden, beziehen diesen hauptsächlich von den sieben Schweizer Zementwerken, welche am Schienennetz der SBB liegen. Die Bahn eignet sich auch für den Transport von Zement über grössere Distanzen. Die Werke im grenznahen Ausland verfügen über keine Bahnanschlüsse. Deshalb ist der räumlich relevante Markt der für die NEAT-Baustellen benötigten Palette an Zementsorten als schweizweit abzugrenzen.

62. Der räumlich relevante Markt für die Entwicklung und Lieferung von Betonsystemen wird ebenfalls national abgegrenzt. Ausländische Zementhersteller haben angesichts der durch die Auflage des Bahntransports bedingten späteren hohen Transportkosten, welche eine Lieferung de facto verunmöglichen kann, wenig Interesse, Betonsysteme für den GBT zertifizieren zu lassen. Angesichts dessen geht das Sekretariat von einer ebenfalls nationalen Abgrenzung des Marktes für Betonsysteme aus. Der Preis für Beton wird im Wesentlichen durch seinen Zementanteil bestimmt. In der folgenden Analyse wird das Hauptaugenmerk auf Zement und nicht Beton gerichtet, da die Analyse von Zement stets auch diejenige von Beton mitumfasst.

B.3.3.2 Vorliegen einer Preisabrede

63. Die oben geschilderte Ausgangslage (vgl. B.3.2) erlaubt es der Wettbewerbsbehörde lediglich, die Gründe zu eruieren, welche zur begrenzten Anzahl von Offerten geführt haben, sowie mittels Preisvergleichen Nachweise für mögliche unzulässige Preis- oder Gebietsabsprachen zu ermitteln.

²¹ Beton wird aus Zement, Zuschlagsstoffen (Sand, Kies, aufbereitetes Tunnelausbruchmaterial), Betonzusatzmitteln und Wasser hergestellt.

²² Case No COMP/M.2317 – LAFARGE / Blue CIRCLE (II).

64. Nachfolgend wird deshalb geprüft, ob die Zementanbieter für den GBT und den LBT unter sich eine unzulässige Abrede über die Festsetzung von Offertpreisen getroffen haben. Die Prüfung erfolgt zum einen mittels Vergleichen der offerierten Zementpreise innerhalb eines Loses (vgl. a.), zum anderen mittels Preisvergleichen des Zuschlags zwischen den Losen (vgl. b.), aber auch mittels Preisvergleichen mit dem Ausland (vgl. c.).

a. Vergleich der offerierten Zementpreise innerhalb eines Loses

65. Im Folgenden wird der Frage nachgegangen, ob sich durch Vergleiche der offerierten Zementpreise innerhalb eines Loses Anhaltspunkte einer Preisabrede erkennen lassen. Dabei wird auf die Höhe und die wertmässige Verteilung der offerierten Zementpreise für einige Baulose des LBT eingegangen. Die Preise betreffen jeweils die Offerten an diejenigen ARGE, welche den Zuschlag für das Los erhielten. Aufgrund der geringen Anzahl an Offerten für Zement für die einzelnen Baulose beim GBT ist ein Preisvergleich der angebotenen Preise für ein einzelnes Los nicht aufschlussreich (vgl. Rz. 28). Zudem wird erläutert, inwieweit Standortvorteile und Kapazitätsengpässe mögliche Preisunterschiede zu erklären vermögen.

66. Nachstehend werden die offerierten Preise von drei ausgewählten Zementsorten (CEM I 42.5, CEM I 42.5 HS, CEM I 52.5 R) für die vier Bauhauptlose des LBT in der Reihenfolge der zeitlichen Vergabe der jeweiligen Zement- und Betonaufträge analysiert. Diese Zementsorten gehören zu den Sorten, welche am häufigsten in den Offerten genannt wurden und in grossen Mengen auf den NEAT-Baustellen eingesetzt werden. Zudem wird gerade der Standardzement CEM I 42.5 als Ausgangspunkt für die Preisberechnung weiterer Zementsorten verwendet.

aa. Los Mitholz (Vergabe Beton Auftrag: Juli 2000)

67. Gemäss der ARGE SATCO befanden sich die Preise der drei Zementlieferanten Jura, Holcim und Vigier in der Offertphase innerhalb einer engen Bandbreite. Die Preisunterschiede betrugen je nach Zementsorte lediglich zwischen CHF 2 und 4 pro t. Nach Erhalt des Loses Mitholz entschied sich die ARGE SATCO, Beton direkt nachzufragen, weshalb sie keine Kenntnisse über die in dieser Phase offerierten Zementpreise hat.

bb. Lose Steg und Raron (Vergabe Zement Auftrag: Dezember 2000)

68. Die Angaben über die bei den Losen Steg und Raron offerierten Preise wurden der Wettbewerbsbehörde von der ARGE MaTrans übermittelt. Diese Preise dienten der ARGE MaTrans anlässlich ihrer Sitzung vom 9. August 2000 als Entscheidungsgrundlage für die Vergabe der Zementlieferungen.

69. Für die Zementsorte CEM I 42.5 oder CEM I 42.5 R (Menge: 22'000 t) haben vier Zementlieferanten der ARGE MaTrans Offerten eingereicht. Alle vier offerierten Preise befinden sich in einer relativ engen Bandbreite. Der günstigste Preis ist derjenige von [...] mit CHF 136.50 pro t, während der Preis von [...]

leicht höher ausfiel (CHF 140 pro t). Der Preis von [...] beläuft sich auf CHF 142 pro t. Die Preise von [...] und [...] waren die höchsten mit jeweils CHF 148 pro t.

70. Für die Zementsorte CEM I 42.5 HS (1'400 t) hat [...] mit CHF 170 den tiefsten Preis geboten. [...] und [...] haben mit CHF 178 pro t den gleichen Preis geboten, während [...] einen Preis von CHF 179 pro t veranschlagte.

71. Für die Zementsorte CEM I 52.5 R (32'300 t) hat [...] einen Preis von CHF 153 pro t angeboten, [...] einen solchen von CHF 154 pro t, [...] und [...] einen in derselben Grössenordnung (ca. CHF 156 pro t). [...] und [...] offerierten einen Preis von CHF 162 pro t.

72. Jura erhielt von Marti den Auftrag für das Los Steg/Raron. Folgende Vergabepreise wurden ausgehandelt: CHF [130 – 140] pro t (CEM I 42.5), CHF [170 – 180] pro t (CEM I 42.5 HS) und CHF [150 – 160] pro t (CEM I 52.5).

cc. Los Ferden (Vergabe Zement Auftrag: September 2001)

73. Die Angaben über die offerierten Preise stammen von der ARGE Ferden und beziehen sich auf die offerierten Preise nach den letzten Verhandlungen.

74. Für alle drei ausgewählten Zementsorten findet man das gleiche Muster. Die offerierten Preise von Jura waren markant tiefer als diejenigen von Holcim und Vigier, während die Preise [eines italienischen Anbieters] leicht höher waren als diejenigen von Jura. Jura macht in Ihrer Stellungnahme geltend, dass ein Grund hierfür darin liegt, dass die Offerten von Jura im Gegensatz zu den Konkurrenten auf dem tieferpreisigen Portlandkalksteinzement (vgl. Fn. 24) basierten.

75. So offerierte Jura beispielsweise die Zementsorte CEM I 42.5 für einen Preis von CHF [140 – 150] pro t, während Holcim und Vigier dieselbe Sorte für CHF [160 – 170] pro t resp. CHF [150 – 160] pro t anboten. Für die Zementsorte CEM I 42.5 HS lag der Preis von Jura bei CHF [170 – 180] pro t und derjenige [eines italienischen Zementanbieters] bei CHF [170 – 180] pro t, während Holcim und Vigier diese Sorte für CHF [190 – 200] pro t resp. CHF [190 – 200] pro t anboten.

76. Die Zementsorte CEM I 52.5 R boten Jura und [ein italienischer Anbieter] für CHF [150 – 160] pro t resp. CHF [160 – 170] pro t an, Holcim für CHF [170 – 180] pro t. Vigier offerierte die Zementsorte CEM I 52.5 für CHF [160 – 170] pro t.

dd. Standortvorteile und Kapazitätsengpässe

77. Standortvorteile und Kapazitätsengpässe sind zwei wichtige Elemente, welche die Höhe der Offertpreise für die Belieferung eines Loses mit Zement beeinflussen. Die gemessen am Wert des Zements verhältnismässig hohen Transportkosten führen dazu, dass Zementwerke für Lieferungen in die nähere Umgebung gegenüber anderen Zementherstellern über bedeutende Standortvorteile verfügen. Des Weiteren kann insbesondere das Vorhandensein von Siloanlagen in einem Gebiet zu bedeutenden Vorteilen gegenüber Konkurrenten führen. Möchte ein Kon-

kurrent in einem solchen Gebiet einen grösseren Auftrag erhalten, muss er eine geringere Marge in Kauf nehmen als sein jeweiliger Konkurrent. Am ehesten wird sich ein Konkurrent für einen solchen Auftrag bemühen, wenn er über grosse Mengen an freien Kapazitäten verfügt.

78. Die Baustelle Mitholz liegt gemäss Aussagen der Vigier in ihrem "natürlichen Markt". So ist ihr Zementwerk Péry-Reuchenette eines von zwei (nebst dem Zementwerk Cornaux von Jura) der Baustelle Mitholz am nächsten gelegenen (94 km per Bahn). Zudem ist Vigier im Berner Oberland schon seit vielen Jahren stark präsent, besitzt eine Umschlaganlage mit Zementsilos in unmittelbarer Nähe von Mitholz (in Hondrich Süd) und kann dank ihrer Tochtergesellschaft Kiestag für die Belieferung von Mitholz auf ein bestehendes Logistikkonzept zurückgreifen. Die Mitholz-Baustelle steht sogar auf dem Grundstück eines Unternehmens von Vigier, der SHB Steinbruch und Hartschotterwerk Blausee-Mitholz AG. Diese Standortvorteile seien für die Konkurrenten evident gewesen.

79. Gemäss Angaben der Jura flossen die Standortvorteile der Konkurrenz in die Entscheidung mit ein, welche Lose man in erster Linie zu erhalten beabsichtigte. So habe sie für die Lose im Oberwallis (Ferden, Steg, Raron) über klare Standortvorteile (bestehende Zementsilos in Visp, vorhandene Transporteure) verfügt. Zudem macht Jura geltend, ihre Offertpreise im Oberwallis seien ausserordentlich tief gewesen.

80. Nur bei Losen, bei denen die Standortvorteile nicht eindeutig einem Zementhersteller zuzuordnen waren – so z.B. beim Los Amsteg –, konnte überhaupt ein verstärkter Wettbewerb stattfinden.

81. Sowohl Jura als auch Vigier legten dar, dass sie diejenigen NEAT-Lose erhielten, welche sie prioritär erhalten wollten. Beide machten geltend, dass sie aufgrund von Kapazitätsengpässen nur eine gewisse Anzahl von Losen hätten beliefern können.

82. Die Kapazitäten der Schweizer Zementhersteller waren in den vergangenen NEAT-Baujahren (2000 – 2006) gut ausgelastet. Während sie im Jahr 2004 über eine Gesamtkapazität von rund CHF 5 Mio. verfügten, lieferten die schweizerischen Zementhersteller 2005 4.20 Mio. t Zement (cemsuiss, Kennzahlen 2005, S. 4 f.). Einen Wert in dieser Höhe hatte die schweizerische Zementbranche letztmals 1994 mit 4.37 Mio. t erreicht. Die hohe Auslastung reduzierte den Anreiz der Zementhersteller, verhältnismässig tiefe Preise zu offerieren.

83. Vigier begründet den um CHF [20 – 30] pro t höheren offerierten Preis für CEM I 42.5 HS an die ARGE Ferden (Februar 2001) im Vergleich zu demjenigen an die ARGE MaTrans für Steg/Raron (Frühjahr 2000) mit dem Erhalt des Loses Mitholz Mitte Mai 2000. Für das Los Mitholz wurde ein sehr grosser „effort commercial“ betreffend die Preise gemacht. Ein solcher wurde für das Los Ferden nicht mehr aufgebracht, da Vigiers

Produktionskapazitäten nach Erhalt des Zuschlags für das Los Mitholz ausgelastet waren.

84. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass es in der Schweiz nur wenige Zementwerke gibt und – auch ohne Vorliegen einer unzulässigen Abrede – keine geeigneten Rahmenbedingungen für einen funktionierenden Wettbewerb vorhanden sind. Die Preisvergleiche von Offerten verschiedener Zementhersteller für die jeweiligen Lose des LBT haben das Vorliegen einer Preisabrede nicht nachweisen können. Die Ermittlungen haben zudem gezeigt, dass bei den letzten Verhandlungsrunden der Lose jeweils die tiefsten Offertpreise von demjenigen Zementlieferanten stammen, welcher die grössten Standortvorteile betreffend die Logistikkosten für dieses Los innehat. Vigier und Jura entschlossen sich, aufgrund von Kapazitätsengpässen, für die Belieferung gewisser Lose nicht zu offerieren.

b. Preisvergleich des Zuschlags zwischen den Losen

aa. Preisunterschiede

85. Nachfolgend wird analysiert, ob durch einen Preisvergleich des Zuschlags für Zement zwischen den Losen auf das Vorliegen einer Preisabsprache geschlossen werden könnte. Betrachtet man die einzelnen vereinbarten Preise für Zement bei den verschiedenen Losen, zeigt sich, dass diese für ein und dieselbe Zementsorte zwischen den Losen stark variieren. So betragen die angebotenen Preise je nach Los für die Zementsorte CEM I 42.5 von CHF [140 – 150] bis CHF [170 – 180] pro t. Beim GBT sind die Zementpreise zum Teil nicht ersichtlich, weil die Zementlieferanten gleichzeitig die Hersteller der Betonsysteme sind (z.B. bei Bodio/Faido) und nur den Betonpreis offenlegten. Die tiefsten Preise wurden für das Los Ferden, die höchsten für das Los Sedrun geboten. Dabei macht allein der Bahntransport vom am nächsten gelegenen Zementwerk Untervaz zur Baustelle in Sedrun ca. [20 - 30]% des Zementpreises aus.

86. Wie nachstehend aufgezeigt wird, haben die Logistikkosten für die Zementlieferungen an die NEAT-Baustellen einen starken Einfluss auf die offerierten und vereinbarten Zementpreise.

bb. Logistikkosten

87. Tabelle 3 zeigt die Logistikkosten der Belieferung der jeweiligen NEAT-Baulose mit Zement auf. Die Höhe der Logistikkosten sind Geschäftsgeheimnisse der betroffenen Unternehmen. Daher wird die Höhe dieser Kosten als Prozentsatz des an der jeweiligen Baustelle geltenden Vergabepreises (für Amsteg: Offertpreis) für den Standardzement CEM I 42.5 dargestellt. Die Informationen zu den Preisen des Bahntransports wurden von der SBB Cargo und von der RhB geliefert, die Angaben zu den weiteren Logistikkosten stammen von den betroffenen Unternehmen.

Tabelle 3: Logistikkosten

Los	Höhe der Logistikkosten ²⁴ [CHF pro t]	Anteil am Zementpreis (CEM I 42.5)
Mitholz	Total Logistikkosten	[...]
	Zusammenstellung der Logistikkosten	[10 – 20%] ²⁶
	Bahntransport Péry – Blausee-Mitholz LKW-Transport zw. Mitholz und Betonzentrale am Ende des Fensterstollens ²⁵	[10 – 20%] [...]
Ferden	Total Logistikkosten	[...]
	Zusammenstellung Logistikkosten	[...]
	Bahntransport Wildeggen – Goppenstein	[...]
	Wagenkosten Bahnverlad	[...] [...]
Steg/Raron	Total Logistikkosten	[...] – [...]
	Zusammenstellung der Logistikkosten	[...]
	Bahntransport a) Wildeggen – Visp oder b) Cornaux – Visp	[...] [...]
	Wagenkosten	[...]
	Bahnverlad	[...]
	Umschlag Silo Visp/Endtransport/Auslad	[...]
Amsteg	Total Logistikkosten	[...]
	Zusammenstellung der Logistikkosten	[...]
	Bahntransport Wildeggen – Amsteg	[...]
	Wagenkosten	[...]
	Bahnverlad Auslad	[...] [...]
Sedrun	Total Logistikkosten	[...] – [...]
	Zusammenstellung der Logistikkosten	[...]
	Bahntransport Untervaz – Sedrun	[...] – [...]
	Bahnhof-Betonanlage Multifunktionsstelle/Schachtfuss	[...]
Faido/Bodio	Total Logistikkosten	[min. ...]
	Zusammenstellung der Logistikkosten	[min. ...] ³³
	Bahntransport Siggenthal – Bodio	[...]
	LKW-Transport zwischen Bahnhof und Betonzentrale Bodio	[...]
	Wagenkosten ³¹ Rangier- und Befüllkosten ³²	[...] [...]

²⁴ Die in der Tabelle aufgeführten Logistikkosten beinhalten lediglich diejenigen Kosten, welche von den Zementlieferanten erbracht wurden. Die Kosten für die Instandhaltung eigener Geleiseanlagen sowie Overheadkosten wurden nicht berücksichtigt. Die Zusammenstellung der Logistikkosten erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

²⁵ Betrieb der Umschlaganlage, Füllung der Lastwagen, Transport bis zur Zentrale, Entladung der Lastwagen in Silos, Rückkehr der Lastwagen nach Mitholz.

²⁶ Preis für CEM I 42.5 gemäss Angaben von Vigier.

²⁷ Preis für CEM I 42.5 gemäss Angaben der ARGE Ferden.

²⁸ Preis für CEM I 42.5 gemäss Angaben der ARGE MaTrans.

²⁹ Bei einem Offertpreis von CHF 149.80 für CEM I 42.5

³⁰ Preis für CEM I 42.5 gemäss Angaben der ARGE Transco Sedrun.

³¹ Miete, Instandhaltungen der Eisenbahnwagen. Gemäss Holcim belaufen sich diese Aufwendungen im Durchschnitt auf rund [...] der an die SBB Cargo zu zahlenden Transportleistungen.

³² Gemäss Holcim liegen die Rangier- und Befüllkosten im Schnitt zwischen CHF [...] – [...] pro Wagen. Das Sekretariat hat für die Errechnung dieser Rangier- und Befüllungskosten pro t von CHF

[...] bei einem maximal ausgelasteten Wagen des Typs Uacs (55 t) angenommen.

³³ Gemäss Antwort der SBB Cargo wurde mit Holcim für den betroffenen Transport ein Preis pro Wagen (und nicht pro t Zement) abgerechnet. Der in der Tabelle angegebene Preis pro t errechnet sich aus dem Preis pro Wagen dividiert durch das maximale Füllgewicht des Wagens (= 55.5 t für den Wagentyp Uacs). Dieser Wert hat gemäss SBB Cargo jedoch nur begrenzte Aussagekraft, da aufgrund des vereinbarten Preises pro Wagen das Füllgewicht in Bezug auf den zu zahlenden Preis irrelevant sei, das Auslastungsrisiko bei nicht vollständig beladenen Wagen bei der Firma Holcim liege.

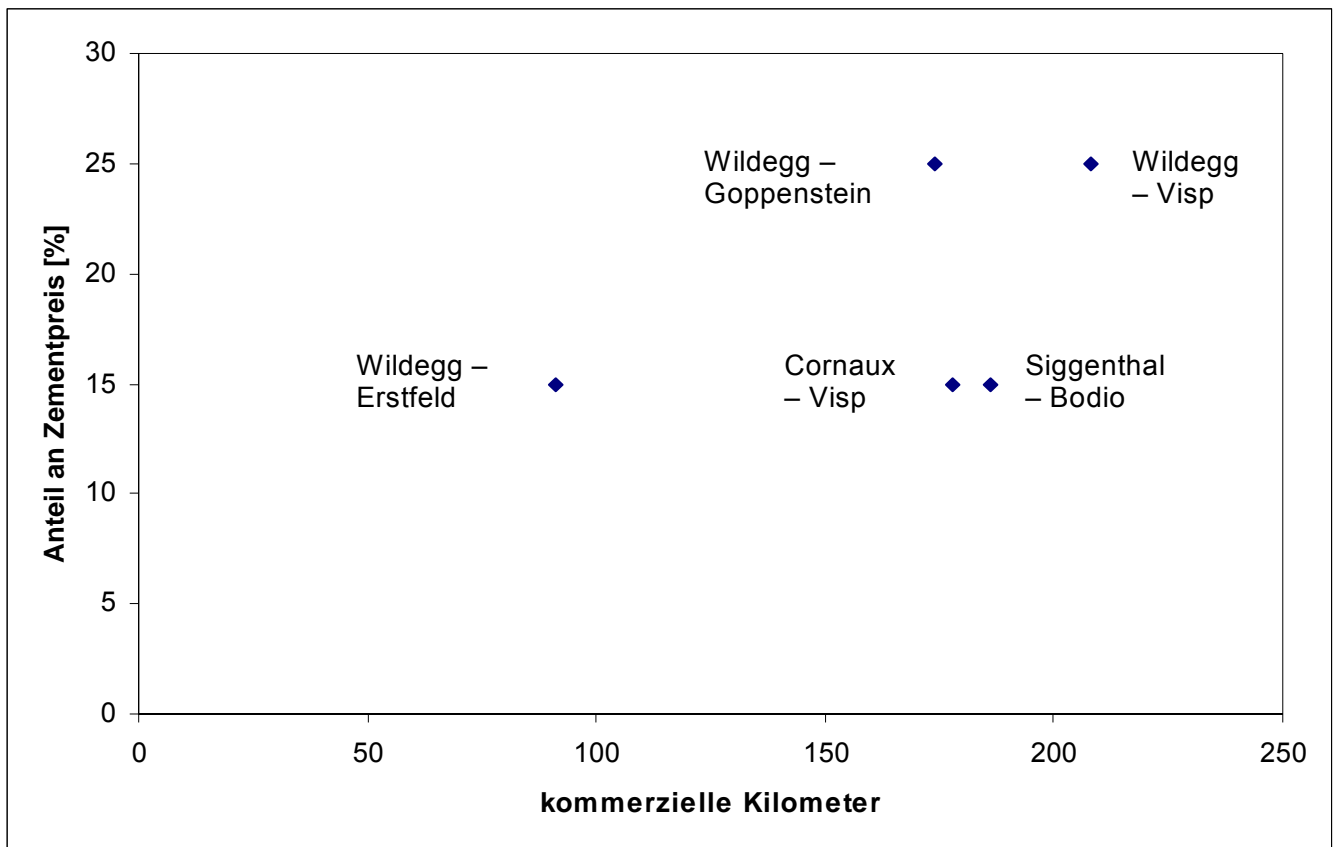
³⁴ Für diese Lose wurde der Preis für die Sorte CEM I 42.5 der Antwort der ARGE TAT entnommen. Allerdings hat Holcim für diese Lose keine reinen Zementlieferungen, sondern ausschliesslich Betonsysteme, offeriert. Gemäss Holcim wurden diese Zementpreise lediglich im Hinblick auf Änderungen bzw. Anpassungen der Betonsysteme bzw. Rezepturen festgehalten. Im Übrigen ist bis anhin gemäss Holcim bei den NEAT-Losen Bodio und Faido kein Normo 4 (CEM I 42.5) zum Einsatz gelangt.

88. Die Logistikkosten für die Zementlieferungen setzen sich aus den Kosten des Bahntransports sowie weiteren Kosten, beispielsweise für den Entlad der Bahnwaggons und den Weitertransport per LKW vom Endbahnhof zur Betonzentrale, zusammen. Der Bahntransport allein stellt zwischen [10 – 30%] des Preises der Zementsorte CEM I 42.5 franko Baustelle dar, d.h. zwischen CHF [10 – 20] und CHF [50 – 60] pro t. Nach Anlieferung des Zements per Bahn am Zielbahnhof wird dieser teilweise in Zwischensilos gelagert und danach zumeist per LKW zur Betonzentrale transportiert und in dortige Silos eingeblasen.³⁵

89. Wie Tabelle 3 entnommen werden kann, machen die Logistikkosten zwischen ca. [10 – 20%] und [30 – 40%] des Zementendpreises aus, d.h. zwischen CHF [20 – 30] und CHF [50 – 60] pro t. Dabei weisen die Lose im Oberwallis (Ferden, Steg/Raron) und dasjenige im Graubünden (Sedrun) die höchsten Logistikkosten auf (mindestens 20% des Zementpreises). Die

Logistikkosten für die Lose am Lötschberg Nord und am Gotthard Nord sind niedriger und belaufen sich auf rund [10 – 20%] des Zementpreises. Für die Lose im Tessin (Faido/Bodio) liegen keine genauen Angaben der Bahntransportkosten pro t vor, da diese pro Wagen abgerechnet wurden und die effektiven Kosten pro t von der Auslastung der Bahnwagen abhängen. Generell weisen die am einfachsten erreichbaren und den Zementwerken am nächsten gelegenen Baustellen die tiefsten, die am schwierigsten erreichbaren Baustellen die höchsten Logistikkosten für Zement auf. Grafik 2 zeigt die Bahntransportpreise ab Werk bis zum Zielbahnhof als Anteil am jeweiligen Zementpreis (vgl. Tabelle 3)³⁶ für verschiedene NEAT-Baustellen auf und stellt diese den abgerechneten Kilometern (sog. kommerzielle Kilometer) für die jeweilige Strecke gegenüber. Dabei ist der Anteil, den die Bahntransportkosten am Gesamtzementpreis ausmachen, für die längeren Strecken tendenziell höher als für die kürzeren Strecken.

Grafik 2: Anteil der Streckenpreise der NEAT-Zementtransporte per Bahn an den Zementpreisen



90. Der Preis für die Zementsorte CEM I 42.5 abzüglich der von den Herstellern ausgewiesenen Logistikkosten beträgt für die einzelnen NEAT-Bauhauptlose zwischen CHF [90 – 100] und CHF [120 – 130] pro t. Die nach Abzug der Logistikkosten tiefsten Preise wurden dabei für die Baustellen im Oberwallis ausgehandelt, welche von Jura beliefert werden. Gemäss Jura waren die Offertpreise für die Belieferung dieser

Lose sehr tief (vgl. Rz. 79). Dagegen waren die Logistikkosten relativ hoch (vgl. Tabelle 3). Die offerierten Preise für Zement der Sorte CEM I 42,5 nach Abzug

³⁵ Die Betonzentrale liegt je nach Los am Ende des Fensterstollens.

³⁶ Anstelle der angegebenen Bandbreite wurde der Mittelwert der Bandbreite genommen.

der Logistikkosten, liegen für die restlichen vier betrachteten Baustellen (Mitholz, Amsteg, Sedrun und Faido/Bodio) zwischen CHF [110 – 120] und CHF [120 – 130] pro t.

91. Mehrere Zementlieferanten begründeten die teilweise grossen Preisunterschiede ihrer Offerten für verschiedene Lose mit unterschiedlichen Logistikkosten. Holcim reichte für die Belieferung des Loses Ferden eine Offerte mit deutlich höheren Preisen als für die Belieferung des Loses Steg/Raron ein. Sie begründet den um CHF [10 – 20] pro t höheren Offertpreis für CEM I 42.5 an die ARGE Ferden im Vergleich zu demjenigen an die ARGE MaTrans für Steg/Raron mit dem unterschiedlichen Zielbahnhof und damit verbundenen unterschiedlichen Logistikkosten. Sie weist dabei insbesondere darauf hin, dass der Zielbahnhof für Ferden gut 20 km vom Zielbahnhof für Raron entfernt ist und ersterer rund 700 m höher liegt. Dieses von Holcim vorgebrachte Argument scheint den Preisunterschied alleine noch nicht ausreichend erklären zu können, liegen doch für Jura die Transportkosten für diese beiden Zielbahnhöfe (bei für ihn gleichem Ausgangsbahnhof) nur wenige CHF pro t auseinander.

92. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass beim Preisvergleich des Zementzuschlags zwischen den Losen kein Muster einer Absprache zwischen den Herstellern festgestellt werden konnte. Die Bandbreite der Preisunterschiede der Zementsorte CEM I 42.5 beträgt nach Abzug der Logistikkosten für die untersuchten NEAT-Lose CHF [20 – 40] pro t. Diese Bandbreite reduziert sich auf CHF [0 – 20] pro t ohne die Lose im Oberwallis, welche die tiefsten Zementpreise der NEAT-Lose aufweisen (vgl. Rz. 0). Somit sind die Preisunterschiede für die Lose am GBT und das Los Mitholz, mit welchen die ARGE für den Bezug von Zement konfrontiert waren, hauptsächlich auf unterschiedliche Logistikkosten zurückzuführen. Holcim macht in ihrer Stellungnahme insgesamt (vgl. Rz. 53, 84, 92, 120) geltend, dass keine Preisabrede stattgefunden habe und nicht – wie in der Verfügung aufgeführt – keine solche habe nachgewiesen werden können. Angesichts des Umstandes, dass die vorliegende Untersuchung die Preisunterschiede namentlich zu Deutschland nicht hat restlos klären können, erscheint die vom Sekretariat gewählte Formulierung angezeigt.

c. Preisvergleich zum Ausland

93. Der in der Anzeige geltend gemachte hohe Preisunterschied zum Ausland könnte auf eine Preisabprache hindeuten. Im Folgenden werden deshalb die möglichen Gründe für diese Preisdifferenz geprüft.

94. Obwohl die NAD die Wettbewerbskommission nach Abschluss der Ermittlungen um einen detaillierten Preisvergleich mit dem Ausland ersucht hat (vgl. Rz. 19), lassen die bisherigen Sachverhaltserkenntnisse dennoch aufschlussreiche Folgerungen zu. Eine weitergehende Instruktion hätte das Verfahren erheblich verlängert, wobei ungewiss ist, ob die Schweizer Wettbewerbsbehörde infolge fehlender völkerrechtlicher Verträge die erforderlichen Infor-

mationen aus dem umliegenden Ausland erhalten hätte.

95. Der Preisunterschied zu Deutschland im Jahr 2004 beträgt etwa + [38% – 48%] – [68% – 78%] für einen Standardzement CEM I 42.5 resp. CEM I 42.5 R (vgl. Tabelle 4), d.h. zwischen CHF [39 – 49] und CHF [69 – 79] pro t. Bei Spezialzementen sind keine entsprechenden Vergleichszahlen möglich, da diese zumeist eigens für die spezifischen Bedingungen der NEAT-Tunnel entwickelt wurden (z.B. die Gottardo-Zemente, Juranit und CT 180).

Tabelle 4: Preisvergleich von Standardzement für 2004

Land	Preis [CHF/t]
Preise in der Schweiz (NEAT):	
CEM I 42.5 Franko Baustelle, Bahntransport, tiefster und höchster Vertragspreis der NEAT-Baustellen	[140 – 150] – [170 – 180]
Preise in Deutschland³⁷:	
CEM I 42.5 R, Tunnelbauprojekt ³⁸ , Strassentransport, Durchschnitt basierend auf sechs Lieferanten (exkl. Rabatte), Euro 65.50	101.11 ³⁹

96. Die Zementpreise gelten in der Regel franko Baustelle, d.h. sie umfassen auch die Transport- und die Logistikkosten. In Deutschland wird Zement fast ausschliesslich per LKW befördert. Da bei den NEAT-Baustellen der Bahntransport zwingend vorgeschrieben ist, liegen keine Offerten für die Belieferung dieser Baustellen per LKW vor (weder von in- noch von ausländischen Zementwerken). Die Kosten der Belieferung der einzelnen NEAT-Baustellen per LKW sind schwierig abzuschätzen und hängen von vielen verschiedenen Faktoren ab. Die NEAT-Baustellen befinden sich teilweise in verhältnismässig schwierig erreichbaren Bergregionen (insbesondere Oberwallis und Graubünden), was auch bei einem Transport per LKW zu hohen Kosten geführt hätte. Die Auflage zum Bahntransport führte dazu, dass kaum ausländische Anbieter offerierten und die Kosten des LKW-Transports aus dem Ausland nicht bekannt sind.

97. Der aus Tabelle 4 hervorgehende Preisunterschied wird von den Zementlieferanten vor allem mit höheren Logistikkosten (vgl. Tabelle 3) – verursacht durch den vorgeschriebenen Bahntransport des Zements – begründet. Zudem seien die Kosten der Spezialzemente (Forschung und Entwicklung, Präqualifikation, etc.) sowie die notwendige Beratung und fachtechnische Betreuung vor Ort über die gesamte Bauzeit für den Preisunterschied verantwortlich.

³⁷Schreiben der BLS AT ans BAV, 29. Juli 2004.

³⁸ Der Name des Tunnelbauprojekts ist dem Sekretariat bekannt.

³⁹ Devisenkurs für das Jahr 2004 gemäss dem Statistischen Monatsheft Februar 2007 der Schweizerischen Nationalbank: Euro 1 = CHF 1.5437.

98. Die Beschaffung von Zement aus dem Ausland für die NEAT-Baustellen ist generell möglich, allerdings verbunden mit einem relativ grossen Logistikaufwand, insbesondere wegen der in der Schweiz bestehenden Auflage des Bahntransports. Da nur sehr wenige ausländische Zementwerke über einen eigenen Bahnanschluss verfügen, entstehen zusätzliche Kosten durch den Umlad des Zements vom LKW auf die Bahn. Dennoch ist davon auszugehen, dass die Konkurrenz aus dem Ausland eine beschränkte disziplinierende Wirkung auf die NEAT-Zementpreise hat. So haben mehrere Tunnelbaukonsortien für die NEAT-Lose einen möglichen Import von Zement aus Italien geprüft. Zusammen mit einem italienischen Partner analysierte die ARGE TAT (Lose Faido/Bodio) folgende Variante: Kauf des Zementes in Italien und Transport per LKW über die Grenze, Erstellen eines Umladeplatzes, Umlad auf Bahnwagen und Transport des Zements mit der Bahn zur Baustelle. Gemäss der ARGE TAT verteuerten der logistische Aufwand des Umladens und der Bahntransport den Zement derart, dass der italienische Zement letztendlich teurer war als derjenige von Holcim.

99. Während die Preisdifferenz zwischen dem NEAT-Standardzement und den bei einem Tunnelbauprojekt in Deutschland verwendeten Standardzement, wie in Rz. 95 erwähnt, zwischen CHF [39 – 49] und CHF [69 – 79] pro t beträgt, belaufen sich die Logistikkosten für den an die NEAT gelieferten Zement zwischen CHF [20 – 30] und CHF [50 – 60] pro t (vgl. Rz. 89). Wird unterstellt, dass die Logistikkosten für das Projekt in Deutschland, welches den Strassentransport zulässt und von der Lage her strassentechnisch gut erschlossen ist, tief sind, lässt sich ein nicht unwesentlicher Teil der Preisdifferenz von bei der NEAT verwendetem Zement zu Zement im Ausland erklären. Daher kann aus dieser Preisdifferenz nicht auf das Vorliegen einer Preisabsprache geschlossen werden.

100. Holcim beantragt in ihrer Stellungnahme die integrale Streichung der Tabelle 4. Sie begründet ihren Antrag damit, dass der Preisvergleich von Bahn- und Strassentransport zwar grundsätzlich wichtig, die Tabelle aber irreführend sei. Aus Sicht der Wettbewerbsbehörde ist die Tabelle sachdienlich, da sie die erwähnten Preisvergleiche mit dem Ausland illustriert (vgl. Rz. 4). Wie aus den vorangehenden Ausführungen hervorgeht, wird im Gegensatz zur Schweiz im benachbarten Ausland Zement nur selten per Bahn transportiert. Die Tabelle vergleicht somit für Grossprojekte den Regelfall in der Schweiz mit dem Regelfall in Deutschland. Da das Sekretariat allerdings nicht über die Transportkosten des Tunnelbauprojekts in Deutschland verfügt, gestaltet sich ein schlüssiger Vergleich der Zementpreise ohne Logistikkosten dieses Projektes mit denjenigen für die NEAT-Baustellen als schwierig.

d. Zwischenergebnis

101. Die Anzeige des BAV stützt sich einzig auf den Hinweis des Preisunterschieds zum Ausland. Die oben erwähnten Abklärungen haben keine Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Preisabrede hervorgebracht.

Dies wird durch die Ausführungen der Bauherren sowie derjenigen der beteiligten ARGE bestätigt. Die teilweise nicht unbedeutenden Preisunterschiede lassen sich partiell durch substanzielle Standortvorteile des günstigsten Anbieters sowie durch Kapazitätsengpässe der unterlegenen Bieter erklären. Für ein und dieselbe Zementsorte wurden je nach Los sehr unterschiedliche Preise verlangt. Dies ist hauptsächlich auf den Umstand zurückzuführen, dass die Logistikkosten je nach Produktionsstandort eines Lieferanten und Los stark variieren. Schliesslich zeigt der Preisvergleich mit Deutschland, dass die für die NEAT höheren Zementpreise insbesondere mit höheren Logistikkosten (Bahntransport statt Strassentransport, schwierig erreichbare Baustellen, teilweise in grosser Entfernung zu den Zementwerken) erklärt werden können.

102. Es ist davon auszugehen, dass der Wettbewerb beim Los Erstfeld stärker ausfallen wird als bei den anderen Losen, da zum einen alle drei Schweizer Hersteller über zugelassene Betonsysteme verfügen und zum anderen durch den Abschluss der Bauarbeiten beim LBT die beiden kleineren Schweizer Zementhersteller wieder über freie Kapazitäten verfügen. So erlangte Vigier aufgrund der durch die Verschiebung von Erstfeld frei gewordener Kapazitäten erst nachträglich die Zulassung für diesen Prüfabschnitt.

B.3.3.3 Vorliegen einer Gebietsabrede

103. Im Folgenden wird analysiert, ob die drei schweizerischen Zementlieferanten eine Aufteilung der NEAT-Lose vorgenommen und somit den Tatbestand der Abrede über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. c KG erfüllt haben. Eine Gebietsabrede kann dazu führen, dass gewisse Anbieter keine Offerte einreichen oder eine solche zwar einreichen, diese aber nicht konkurrenzfähig ist. Eine Preisanalyse der verschiedenen Lose wurde bereits in Rz. 65 ff durchgeführt, weshalb der Schwerpunkt dieses Kapitels bei den nicht eingereichten Offerten liegt. Dabei wird zuerst auf die Gründe der begrenzten Anzahl von Angeboten beim GBT eingegangen. Anschliessend werden der Lieferantenwechsel beim Los Amsteg und die nachträgliche Zulassung von Vigier für das Los Erstfeld dargelegt.

a. Begrenzte Anzahl von Angeboten

104. Bei einem Vergabeverfahren spielt die Anzahl an Offerenten eine bedeutende Rolle. Je mehr Anbieter vorliegen, desto eher kann der Wettbewerb spielen. Beim LBT lagen den erfolgreichen ARGE jeweils Angebote von drei bis vier unterschiedlichen Zementlieferanten vor. Aufgrund des vorgeschriebenen Bahntransports, welche für die ausländischen Zementlieferanten eine sehr hohe Marktzutrittschranke darstellte (vgl. Empfehlung vom 18. Juni 2007 i.S. Ausschreibungsbedingungen NEAT), konnte nicht erwartet werden, dass die Anzahl Angebote viel höher sein würde. Alle drei Schweizer Zementhersteller reichten für die Belieferung der Lose am LBT Offerten ein, daneben nahmen zwei italienische Zementhersteller an den Ausschreibungen teil.

105. Beim GBT standen den erfolgreichen ARGE bei den vier bisher zugeteilten Aufträgen für Zementlieferungen maximal zwei Zementlieferanten zur Auswahl. Beim Los Sedrun war Holcim der einzige Anbieter, bei den Losen Faido/Bodio reichten Holcim und Italcementi Offerten ein. Später stellte sich gemäss der ARGE TAT heraus, dass ein Bahntransport direkt ab Werk in Italien über die Grenze nach Bodio für Italcementi unmöglich war, so dass auch bei diesem Los Holcim de facto der einzige in Frage kommende Zementlieferant war. Beim Los Amsteg ging je ein Angebot von Jura (als Teil der ARGE ABA) und Holcim ein.⁴⁰

106. Auffallend wenige der potentiellen Zementanbieter erlangten eine Zulassung für Betonsysteme für die Lose des GBT. Nachfolgend werden mehrere Gründe hierfür aufgeführt.

107. Jura führte die Zulassung lediglich für einen einzigen Prüfabschnitt (Amsteg/Erstfeld) bis zu Ende durch. Gemäss eigenen Angaben beschränkte sich Jura aus verschiedenen Gründen auf den Prüfabschnitt Amsteg/Erstfeld. So wären die Logistikkosten für die weiteren Lose des GBT (Sedrun und Faido/Bodio) höher gewesen. Der Preis für den Bahntransport für die Strecke Wildegg – Bodio ist um ca. [50 – 60%] und jener für die Strecke Wildegg – Landquart um ca. [30 – 40%]⁴¹ höher als derjenige für die Strecke Wildegg – Erstfeld/Amsteg. Zudem wäre für das Los Sedrun ein Umlad auf die RhB notwendig gewesen.⁴² Gemäss Jura wären die hohen Aufwendungen für weitere Präqualifikationen (Sedrun, Faido/Bodio) im Hinblick auf die erheblichen Kostenvorteile der Hauptkonkurrenten unverhältnismässig gewesen.⁴³

108. Des weiteren konnte Jura aus Kapazitätsgründen neben den beiden Losen Raron/Steg und Ferden am Lötschberg nur noch maximal das Los Amsteg/Erstfeld am Gotthard beliefern, und dies auch nur noch dank einer zeitlichen Staffelung. Das Sekretariat verifizierete die hohe Kapazitätsauslastung der beiden Zementwerke Wildegg und Cornaux im Zeitraum 2000 – 2005 anhand von durch Jura eingereichte Daten. Jura gab zudem an, keine personellen Kapazitäten für weitere Hauptprüfungen am GBT gehabt zu haben und sich aufgrund der „enormen Kosten“ bedingt durch die laufend höheren technischen Anforderungen und die zeitlichen Verzögerungen auf das Los Amsteg/Erstfeld konzentriert zu haben.

109. In den Jahren 2002 – 2005 lieferte Jura Zement parallel an alle vier von ihr erhaltenen NEAT-Lose (Steg, Raron, Ferden, Amsteg), während sie davor lediglich an die Lose des LBT lieferte. Im Jahr 2005 erreichte Jura mit einer verbleibenden Kapazitätsproduktion von [20'000 – 30'000] t beinahe ihre maximale Kapazitätsauslastung. In ihrem NEAT-Spitzenjahr 2004 lieferte Jura ca. [10 – 20%] ihrer Gesamtkapazität an die verschiedenen NEAT-Lose. Ursprünglich waren in diesem Zeitraum zudem Zementlieferungen für das Los Erstfeld geplant. Der Erhalt eines weiteren NEAT-Loses hätte grob geschätzt die Lieferung von zusätzlich mindestens 30'000 – 40'000 t⁴⁴ Zement pro Jahr im Zeitraum 2003

– 2007 bedeutet. Die Kapazitätsengpässe haben somit dazu geführt, dass Jura damals nicht in der Lage gewesen wäre, Zement für ein weiteres NEAT-Los zu liefern.

110. Vigier erreichte erst 2005 eine Zulassung für Betonsysteme für einen Abschnitt des GBT. Gemäss eigenen Angaben hatte Vigier nicht genügend Kapazitäten, um ohne Vernachlässigung seiner Stammkunden beide Tunnel (Lötschberg und Gotthard) gleichzeitig mit Zement zu beliefern. Dank einer Erhöhung der Kapazitäten, des Abschlusses der Zementlieferungen am Lötschberg und der zeitlichen Verschiebung des Losen Erstfeld konnte Vigier Zementlieferungen für dieses Los ins Auge fassen und erlangte eine nachträgliche Zulassung für diesen Prüfabschnitt.

111. Aufgrund der von Vigier gelieferten Zahlen überprüfte das Sekretariat die Kapazitätsauslastung des Zementwerkes Péry-Reuchenette. Vigier lieferte in den Jahren 2002 – 2005 grosse Mengen Zement an das Los Mitholz. Im Spitzenjahr 2004 machte die an die NEAT gelieferte Menge etwa [10 – 20%] seiner Gesamtkapazität aus. Die verbleibende Kapazität betrug im Jahr 2004 ca. [30'000 – 40'000] t. Somit scheint das durch Vigier vorgebrachte Argument der Kapazitätsengpässe ebenfalls plausibel.

112. Neben der begrenzten Anzahl von Wettbewerbern am Gotthard fällt die kleine Anzahl von zugelassenen Betonmischungen durch Italcementi auf, dem einzigen ausländischen Zementlieferanten, welcher an der Präqualifikation für den GBT teilnahm. Für die beiden Prüfabschnitte Amsteg/Erstfeld und Faido/Bodio verfügt Italcementi jeweils nur über eine einzige zugelassene Betonmischung pro Typ.⁴⁵ Im Vergleich dazu haben Holcim und Jura bis zu vier zugelassene Betonmischungen pro Typ. Italcementi begründet dies mit den hohen Forschungs- und Entwicklungskosten sowie der Tatsache, dass der angefragte Zement (CEM I 42.5) im Rahmen seiner bestehenden Organisation und Produktionsstruktur [...] hergestellt werden kann.

b. Lieferantenwechsel

113. Beim Los Amsteg am GBT erhielt die ARGE AGN Angebote von Holcim und Jura. Im Mai 2002 erfolgte ein Lieferantenwechsel von Holcim zu Jura für dieses Los, welcher von der ATG genehmigt wurde.

114. Gemäss der ARGE AGN (Murer-Strabag) fand der Wechsel statt, da der Bezug von Jura-Zement via die ARGE ABA gegenüber der Offerte von Holcim eine erhebliche Preisdifferenz aufwies.

⁴⁰ Gemäss Auskunft der ARGE AGN (Los Amsteg) erhielt diese kein Angebot von Italcementi.

⁴¹ Gemäss Angaben von SBB Cargo.

⁴² Holcim besitzt als einziger Zementhersteller ein Werk mit direktem Anschluss an die RhB.

⁴³ Die Präqualifikationskosten für den Prüfabschnitt Amsteg/Erstfeld betragen für Jura ca. CHF 1 Mio.

⁴⁴ Vgl. die durch Holcim gelieferten Mengen an Zement an die Lose Sedrun und Faido/Bodio im Zeitraum 2003 – 2005.

⁴⁵ Ort beton und Spritzbeton mit oder ohne Sulfatwiderstand.

115. Juras Ausführungen zufolge kam der Wechsel zustande, da Holcim ihr Betonsystem inkl. Betonproduktion verkaufen wollte. Demgegenüber war die ARGE AGN (Murer-Strabag) nicht am Kauf des fertigen Betons interessiert und zog es vor, den Beton von seinem österreichischen Unterakkordanten Mobil Baustoffe GmbH produzieren zu lassen. Jura lieferte nur den Zement für die Produktion des Betons. Die Vergabe dieses Loses an Jura sei für Holcim, welcher gemäss eigenen Aussagen die Gründe für den Entschcheid nicht bekannt seien, eine „herbe Enttäuschung“ gewesen.

116. Ein derartiger Lieferantenwechsel macht das Vorliegen einer abgesprochenen Marktaufteilung der Lose eher unwahrscheinlich.

c. Nachträgliche Zulassung

117. Die nachträgliche Zulassung von Vigier im Jahr 2005 für das Los Erstfeld, für welches Holcim und Jura bereits zugelassene Betonmischungen hatten, ist ein weiteres Indiz, das gegen eine Marktaufteilung spricht. Vigier erwarb diese Zulassung, um Kapazitäten auslasten zu können, obwohl das Los Erstfeld in relativ grosser Entfernung zu ihrem Zementwerk Péry-Reuchenette liegt. Da die vorgängige Zulassung zeit- und kostenintensiv ist, kann man davon ausgehen, dass diejenigen Zementlieferanten, welche diese durchführen, tatsächlich die Absicht haben, bei der Vergabe von Zement oder Beton ernsthaft mitzubieten. Um Wettbewerb vorzutauschen, wäre eine frühere Zulassung für Vigier sinnvoller gewesen, da die Bauherren beim ersten Prüfzyklus einen Teil der Kosten der Zulassung übernommen hatten (vgl. Empfehlung vom 18. Juni 2007 betreffend die Beschaffung von Zement und Beton für Grossprojekte, beruhend auf den Erfahrungen der NEAT).

d. Zwischenergebnis

118. Die durchgeführten Abklärungen haben keinen Beweis für das Vorliegen einer Gebietsabrede hervorgebracht. Die begrenzte Anzahl von Offerten für beide NEAT-Basistunnel kann zum einen mit den durch den Bahntransport bewirkten hohen Marktzutrittsschranken für ausländische Zementlieferanten, zum anderen mit den Kapazitätsengpässen einzelner Schweizer Zementlieferanten erklärt werden. Beim GBT kommt hinzu, dass das kosten- und zeitaufwendige Zulassungsverfahren die Anzahl Anbieter zusätzlich verringerte.

119. Der im Mai 2002 erfolgte Lieferantenwechsel von Holcim zu Jura für das Los Amsteg sowie die nachträgliche Zulassung von Vigier für das Los Erstfeld können als Indizien gegen eine Gebietsabsprache zwischen den drei Zementanbietern angesehen werden.

B.3.4 Ergebnis

120. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Vorliegen einer Preis- oder Gebietsabrede im Sinne des Kartellgesetzes mit dem auf dem Sachverhalt anwendbaren verfahrensrechtlichen Instrumen-

tarien auf dem Markt für NEAT-Tunnelbauten nicht nachgewiesen werden kann.

121. Die vorliegende Untersuchung hat Hinweise auf eine teilweise wettbewerbsbeschränkende Ausgestaltung der Submissionsverfahren geliefert. Die Wettbewerbskommission hat deshalb parallel zum vorliegenden Untersuchungsverfahren eine Empfehlung⁴⁶ im Sinne von Art. 45 Abs. 2 KG zuhanden des Bundesrates verfasst.

C Kosten

122. Gemäss der KG-Gebührenverordnung ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht (Art. 2 Abs. 1 KG-Gebührenverordnung). Als Verursacher gelten im vorliegenden Fall die Verfügungsadressaten.

123. Gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. c der KG-Gebührenverordnung bezahlen Beteiligte, die eine Untersuchung verursacht haben, keine Gebühren, sofern sich die zu Beginn vorliegenden Anhaltspunkte nicht erhärten und das Verfahren aus diesem Grund eingestellt wird. Infolge des vorliegenden Verfahrensausgangs sind keine Gebühren auszusprechen.

D Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die Untersuchung 22-0312 gegen Holcim (Schweiz) AG, Jura-Cement-Fabriken und Vigier Holding AG wird eingestellt.
2. Gestützt auf die in der Untersuchung gemachten Erkenntnisse wird gleichentags eine Empfehlung betreffend die Ausgestaltung von Submissionsverfahren zuhanden des Bundesrates herausgegeben.
3. Gebühren werden keine erhoben.
4. [Rechtsmittelbelehrung]
5. [Eröffnung]

⁴⁶ Empfehlung vom 18. Juni 2007 betreffend die Beschaffung von Zement und Beton für Grossprojekte, beruhend auf den Erfahrungen bei der NEAT.

B 2	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	1. voestalpine AG/Böhler-Uddeholm AG

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

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

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

Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 4. Juni 2007

1. Am 16. Mai 2007 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben ein. Demgemäss beabsichtigt die voestalpine AG (nachfolgend: voestalpine) den Erwerb von über 50% der Stimmrechte der Böhler-Uddeholm AG (nachfolgend: Böhler-Uddeholm).

2. voestalpine ist eine Aktiengesellschaft nach österreichischem Recht mit Sitz in Linz. Sie ist in der Herstellung von Kohlenstoffstahlprodukten tätig und beliefert hauptsächlich Abnehmer aus der europäischen Automobil-, Bau-, Fertigungs- und Haushaltgeräteindustrie und daneben weltweit Abnehmer im

Bereich der Eisenbahninfrastruktur und der Ölindustrie.

3. Böhler-Uddeholm ist eine Aktiengesellschaft nach österreichischem Recht mit Sitz in Wien und ein weltweit tätiges Unternehmen für Edelstahl. Die bedeutendsten Abnehmerbranchen sind die Automobilindustrie, der Werkzeug- und Maschinenbau, die Konsumgüterindustrie (Elektronik- und Haushaltgeräte), die Luftfahrtindustrie und die Energiewirtschaft.

4. voestalpine beabsichtigt mit der Übernahme von Böhler-Uddeholm ihre Geschäftstätigkeit auf den Bereich des Edelstahls auszudehnen. Zu diesem Zweck soll Böhler-Uddeholm als fünfte Division in die Konzernstruktur von voestalpine integriert werden.

5. Die vorläufige Prüfung ergab, dass durch das Zusammenschlussvorhaben in der Schweiz weder eine marktbeherrschende Stellung begründet noch verstärkt wird. Auf die Eröffnung einer Prüfung gemäss Art. 10 KG konnte demzufolge verzichtet werden.

B 2.3	2. Edipresse/Objectif 15-30 Sàrl (GMT)
-------	-----------------------------------------------

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

Communication selon l'art. 16 al. 1 OCCE du 22 mai 2007

Prise de position de la Chambre I du 21 mai 2007

A En fait

1. Le 27 avril 2007, la Commission de la concurrence a reçu une notification annonçant qu'Edipresse Publications SA (ci-après: Edipresse) envisageait d'acquérir le contrôle de la société Objectif 15-30 Sàrl (ci-après Objectif 15-30).

2. Edipresse Publications SA est une société holding mixte, filiale de Presse Publications SR SA, elle-même détenue à 100% par Edipresse SA.

3. Edipresse Publications SA regroupe l'essentiel de l'activité d'édition des quotidiens et périodiques du groupe Edipresse en Suisse. Elle édite en particulier trois grands quotidiens régionaux (*24Heures, Le Matin, Tribune de Genève*), divers journaux régionaux / locaux (*La Broye, Le Journal de Morges*) ainsi que plusieurs "gratuits" (*Le Matin Bleu, 24hebd nord vaudois, 24hebd riviera chablais*). Le groupe Edipresse édite par ailleurs des magazines (*Bilan, Femina, TVguide, télétop, Tribune des Arts*), dont la plupart sont encartés dans des publications du groupe (ainsi, la *Tribune des Arts* est un magazine mensuel encarté dans la *Tribune de Genève* et dans le quotidien *24Heures*). Le groupe Edipresse détient en outre une participation de 44,7% dans le quotidien d'analyse *Le Temps*.

4. Objectif 15-30 Sàrl est une société à responsabilité limitée de droit suisse. Son capital social s'élève à CHF 20'000.-. Elle est détenue à hauteur de 100% par Monsieur Pierre Jacques.

5. Objectif 15-30 édite le magazine *GMT Great Magazine of Timepieces* ("*GMT*"). Il s'agit d'un magazine édité en plusieurs langues, qui porte sur les produits haut de gamme de grandes marques horlogères. *GMT* connaît plusieurs déclinaisons:

6. La première, destinée au public suisse s'intitule *GMT Great Magazine of Timepieces* ("*GMT Suisse*"). Il s'agit d'un magazine semestriel bilingue, qui connaît deux parutions (français/anglais et allemand/anglais). *GMT Suisse* offre une information relative aux produits de grandes marques horlogères, qui met l'accent sur la qualité des produits et leur environnement technique (innovation technologique, expertise horlogère etc.) ainsi que sur les principales nouveautés offertes par l'industrie horlogère. [...] *GMT Suisse* s'adresse essentiellement aux spécialistes de la branche horlogère (horlogers/bijoutiers, salons et foires

horlogères, etc.) mais également aux consommateurs de luxe (grands hôtels de Genève, Lausanne ainsi que de certaines stations de skis, loges d'avions privés ou simples particuliers).

GMT Suisse connaît également deux éditions "hors-série", paraissant une fois par année:

- *GMT Great Magazine of Timepieces XXL* ("*GMT XXL*"). Il s'agit d'un hors-série de collection publié en anglais, entièrement consacré à vingt-quatre marques de haute horlogerie et de haute joaillerie, destiné essentiellement aux annonceurs. Son tirage s'élève à 15'000 exemplaires.

- *GMT Stars & Snow*. Il s'agit d'une autre édition hors-série, dédiée aux créations de haute horlogerie et de haute joaillerie ainsi qu'aux personnalités publiques qui les portent. *GMT Stars & Snow* se caractérise par une forte diffusion dans les stations de ski (150 hôtels et détaillants de Crans-Montana, Davos, Gstaad, Megève, St-Moritz, Verbier, Villars et Zermatt) ainsi que par un contenu plus féminin, joaillier et "*life style*".

7. La deuxième déclinaison s'intitule *GMT Great Magazine of Timepieces XXL USA* ("*GMT USA*"). Il s'agit d'une édition qui a débuté en décembre 2004 aux Etats-Unis, et qui paraît sur une base semestrielle. Son tirage s'élève à 15'000 exemplaires.

8. La troisième déclinaison est destinée aux marchés russe et ukrainien ("*GMT Russie*"). Le premier numéro a paru en novembre 2006, sur une base semestrielle. Son tirage s'élève à 9'000 exemplaires pour la Russie et 6'000 exemplaires pour l'Ukraine.

9. L'opération envisagée a pour objet de permettre à Edipresse Publications de prendre le contrôle exclusif d'Objectif 15-30 dont Pierre Jacques détient à ce jour 100% du capital social. Edipresse Publications acquerra 60% dudit capital social. Parallèlement, Monsieur Pierre Jacques cédera à Monsieur Brice Lechevalier (rédacteur en chef du titre *GMT*) 15% du capital social. Edipresse Publications, Monsieur Pierre Jacques ainsi que Monsieur Brice Lechevalier prévoient de conclure une convention d'associés, en vertu de laquelle Objectif 15-30 sera gérée et représentée par un collège de gérants composé de cinq membres, dont trois membres désignés par Edipresse, et Messieurs Brice Lechevalier et Pierre Jacques. [...]

10. A la suite de la réalisation de l'opération, Edipresse Publications détiendra 60% du capital social et des droits de vote d'Objectif 15-30, Monsieur Pierre Jacques détiendra 25% du capital social et des droits de vote de la Société et Monsieur Brice Lechevalier détiendra 15% du capital social et des droits de vote de la Société.

B En droit

1. Applicabilité des prescriptions de la LCart

11. La Loi sur les cartels (LCart) s'applique notamment aux entreprises de droit privé ou de droit public qui participent à des concentrations d'entreprises (art. 2 al. 1 LCart).

12. Selon l'art. 2 al. 1^{bis} LCart, la loi s'applique à toute entreprise engagée dans le processus économique qui offre ou acquiert des biens ou des services, indépendamment de son organisation ou de sa forme juridique.

13. Les deux sociétés concernées par le projet notifié répondent à cette définition et tombent dès lors dans le champ d'application de la LCart.

14. L'opération envisagée est une concentration d'entreprises au sens de l'art. 4 al. 3 LCart, prenant la forme d'une acquisition de contrôle au sens de l'art. 1 de l'Ordonnance sur le contrôle de concentrations d'entreprises (ci-après OCCE).

15. Dans les marchés concernés, il n'existe aucune prescription qui exclut la concurrence. Par ailleurs, les réserves de l'art. 3 al. 1 LCart n'ont pas été invoquées par les parties.

16. En vertu de la décision de la Commission de la concurrence dans l'affaire *Le Temps*, entrée en force (DPC 1998/1, p. 41 ss, ch. 96), Edipresse Publications SA occupe une position dominante sur le marché des journaux quotidiens supra-régionaux d'analyse en Suisse romande et sur le marché des journaux quotidiens des régions de Genève et Lausanne. Dès lors, la présente opération de concentration, dans la mesure où elle concerne un marché voisin, est soumise à l'obligation de notifier au sens de l'art. 9 al. 4 LCart.

2 Examen préalable

2.1 Marchés des produits

17. Selon l'art. 11 al. 3 let. a OCCE, les marchés des produits comprennent tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés.

18. Suivant sa pratique constante, instituée dans la décision *Gasser/Tschudi Druck* (DPC 1997/2, p. 179), la Commission de la concurrence distingue, en ce qui concerne la presse écrite, entre le marché des lecteurs, le marché des annonces et le marché de l'imprimerie. Il n'y a pas lieu de s'écarter de cette pratique en l'espèce. Seuls le marché des lecteurs et le marché des annonces seront abordés ici. La situation sur le marché de l'imprimerie ne sera pas évoquée, car l'opération ne modifiera pas les rapports sur ce marché, dans la mesure où aucun contrat d'impression de *GMT Suisse* ne sera dénoncé du fait de la concentration.

2.1.1 Marché des lecteurs

19. Dans la décision *Gasser/Tschudi Druck*, la Commission a relevé que les revues à thème ("*Zeitschriften*

mit Themenschwerpunkten") présentait des caractéristiques propres (DPC 1997/2, p. 179, ch. 44).

20. De par son contenu rédactionnel et du point de vue du marché des lecteurs, *GMT Suisse* peut être défini comme un magazine national, à contenu homogène, offrant de l'information relative aux produits de haute horlogerie et de haute joaillerie à l'attention d'un lectorat de spécialistes de la branche horlogère et/ou disposant d'un pouvoir d'achat supérieur à la moyenne.

2.1.2 Marché des annonces

21. S'agissant des annonces, la Commission de la concurrence distingue entre le marché des annonces à caractère local ou régional et le marché des annonces à caractère national (cf. not. *Gasser/Tschudi Druck*, DPC 1997/2, p. 190; *Le Journal de Morges*, DPC 2002/1 p. 159; *La Broye*, DPC 2002/2, p. 290, ch. 14).

22. En outre, dans la décision *Le Temps*, la Commission de la concurrence a relevé que les annonces financières, les offres d'emploi pour les cadres, la publicité pour produits de luxe et la publicité pour les biens de consommation courante peuvent constituer des segments différents du marché. De plus, du point de vue des annonceurs, les différents produits de la presse ne sont pas nécessairement substituables entre eux ou avec d'autres médias. Les stratégies publicitaires des annonceurs indiquent en effet plutôt que les différents vecteurs sont souvent plus complémentaires (stratégie du « média-mix ») que véritablement substituables. La substituabilité est cependant plus grande pour les produits de luxe. À côté d'une partie de la presse spécialisée, il faut également tenir compte de certains hebdomadaires "haut de gamme" (DPC 1998/1, p. 48, ch. 42 ss).

23. La (quasi) totalité des annonces publicitaires qui paraissent dans le titre *GMT* portent sur des produits de haute horlogerie ou de haute joaillerie. Les annonces publicitaires paraissant dans *GMT Suisse* sont rédigées respectivement en français ou en anglais (s'agissant de l'édition bilingue français/anglais) et en allemand ou en anglais (s'agissant de l'édition bilingue allemand/anglais).

24. En l'espèce, le marché des produits peut être défini comme le marché de la mise à disposition d'espaces d'annonces pour produits de luxe, avec l'accent sur la haute horlogerie et la haute joaillerie. Au vu du marché des lecteurs de *GMT Suisse*, ces annonces ont par nature une vocation nationale.

25. Une délimitation plus précise du marché des produits peut cependant rester ouverte, étant donné que celle-ci n'est pas déterminante dans l'affaire sous revue.

2.2 Marché géographique

2.2.1 Marché des lecteurs

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

27. En général, le marché des lecteurs s'étend sur la zone de publication du produit de presse concerné, en considération de la localisation géographique du lectorat, demandeur dudit produit de presse (cf. *Ta-media AG/20 Minuten [Schweiz] AG*, DPC 2004/2, p. 583 ss, ch. 59).

28. Dans le cas d'espèce, la version française de *GMT Suisse* est distribuée principalement en Suisse romande, alors que la version allemande de *GMT Suisse* est distribuée principalement en Suisse alémanique. Toutefois, la version française de *GMT Suisse* est également distribuée en Suisse alémanique (à Gstaad et Zermatt, par exemple) et la version allemande de *GMT Suisse* est également distribuée en Suisse romande. De plus, étant donné que le magazine est bilingue, les deux parutions de *GMT Suisse* sont également publiées en anglais. Cette caractéristique confère à *GMT Suisse* une dimension nationale.

29. Ainsi, le marché des lecteurs peut être défini comme englobant la Suisse entière.

2.2.2 Marché des annonces

30. Le marché pertinent, dans le domaine des annonces, englobe toutes les régions dans lesquelles les vecteurs de messages publicitaires concernés par la concentration sont diffusés (cf. *Mittelland Zeitung*, DPC 2001/3, p. 540 ss, ch. 31). La Commission de la concurrence admet que le marché des espaces publicitaires soit divisé en marché des annonces à caractère local et marché des annonces à caractère national (cf. *Le Temps*, DPC 1998/1, p. 40 ss, ch. 41).

31. Dans le cas présent, les annonces portent sur des produits de luxe, notamment dans le domaine de la haute horlogerie et de la haute joaillerie. De ce fait, ces annonces ont par nature une vocation nationale qui ne se limite pas à une seule région linguistique. A cela s'ajoute que les annonces sont également publiées en anglais.

32. Au vu de ce qui précède, le marché des annonces s'étend à la Suisse entière.

2.3 Position future des entreprises participantes sur les marchés affectés

2.3.1 Entreprises participantes

2.3.1.1 Marché des lecteurs

33. Le groupe Edipresse n'est présent que marginalement sur le marché des magazines horlogers. Deux publications du groupe Edipresse entrent en ligne de compte sur le marché des lecteurs occupé par *GMT Suisse* et ses différentes déclinaisons:

34. *Tribune des Arts*. Il s'agit d'un magazine mensuel encarté dans la *Tribune de Genève* et *24Heures* touchant aux arts au sens large (mode et arts, arts de la table, arts et poésie, littérature), mais faisant la part belle aux marchés de l'horlogerie et de la joaillerie. L'*Annuaire Tribune des Arts* quant à lui, consacré spécifiquement au monde de l'horlogerie et joaillerie, paraît une fois l'an. A l'instar de la *Tribune des Arts*, il paraît sous la forme d'un magazine, encarté dans la *Tribune de Genève* et *24Heures*. L'*Annuaire Tribune*

des Arts se distingue de *GMT Suisse* par son contenu (catalogue exhaustif des nouveautés de l'année), son public cible (lecteurs de la *Tribune de Genève* et *24Heures*), sa périodicité (parution annuelle) ainsi que son mode de diffusion (encartage dans la *Tribune de Genève* et *24Heures*). Le tirage respectif de ce(s) supplément(s) correspond, lors de sa (leurs) parution(s), au tirage respectif de ces deux quotidiens réunis, [...].

35. *Bilan - Spécial Montres*. Il s'agit d'un supplément au magazine *Bilan* (magazine bimensuel "haut de gamme" à caractère économique et financier destiné à un lectorat de formation supérieure) consacré presque exclusivement au monde de l'horlogerie et qui paraît une fois l'an. Il est diffusé en abonnement en supplément du magazine *Bilan* ou peut être obtenu indépendamment en kiosque. Le contenu rédactionnel doit être accessible aux lecteurs habituels du magazine *Bilan*. Ce contenu est moins technique que dans le magazine *GMT Suisse*. Il contient essentiellement des articles de fond sur les marchés, les entreprises et les produits de l'horlogerie. *Bilan - Spécial Montres* se distingue de *GMT Suisse* par son contenu (contenu moins technique), son public cible (lecteurs de *Bilan*), sa périodicité (parution annuelle) ainsi que son mode de diffusion (supplément à *Bilan* notamment). [...]

36. S'agissant de *GMT Suisse* et ses déclinaisons, on se référera aux chiffres 5 et suivants ci-dessus.

37. Au vu de ce qui précède, ces deux parutions d'Edipresse diffèrent de *GMT Suisse* de par leur contenu, leur public cible, leur périodicité et leur mode de diffusion. L'offre que représentent ces différentes publications ne répond pas totalement à la demande d'un lectorat, tel que celui de *GMT Suisse*. On ne peut donc conclure à leur parfaite substituabilité avec le magazine *GMT Suisse* et ses différentes déclinaisons. Ainsi, tout au plus, la *Tribune des Arts* et *Bilan - Spécial Montres* ne sont que très partiellement substituables à *GMT Suisse* et ses déclinaisons.

2.3.1.2 Marché des annonces

38. Au niveau de la mise à disposition d'espaces publicitaires dans les magazines pour les produits de luxe - horlogerie et joaillerie -, il semble judicieux d'exprimer les différentes parts de marché en terme de volume du chiffre d'affaires.

39. *Annuaire Tribune des Arts*. En 2006, le chiffre d'affaires réalisé par l'*Annuaire Tribune des Arts* s'est élevé à [...]. Avec la *Tribune des Arts*, les prévisions 2007 tablent sur un chiffre d'affaires espaces publicitaires "montres et joaillerie" de l'ordre de [...].

40. *Bilan - Spécial Montres*. Le chiffre d'affaires réalisé par la vente d'espaces publicitaires, dans le magazine, s'est élevé en 2006 [...]. En tenant compte du chiffre d'affaires/espaces publicitaires "montres et joaillerie haut de gamme" du magazine *Bilan*, ce chiffre d'affaires se monte à [...].

41. Le chiffre d'affaires de *GMT Suisse*, dans ce domaine, se monte à [...].

42. Dans le cadre du marché des annonces ces parutions peuvent être admises comme étant partiellement substituables à *GMT Suisse* et ses déclinaisons. La mise à disposition d'espaces publicitaires vise en effet principalement les mêmes annonceurs.

2.3.2 Concurrence actuelle

43. Sur le marché des lecteurs, le nombre de publications concurrentes à *GMT Suisse* est important. La liste non exhaustive qui suit se bornera à énoncer les plus importantes d'entre elles:

44. *MOVMENT*. Il s'agit d'un magazine horloger trimestriel, qui est distribué depuis Carouge (Genève) dans toute l'Europe. *MOVMENT* est diffusé gratuitement à des abonnés d'une sélection de magazines économiques internationaux "haut de gamme" bénéficiant de leurs propres abonnés dans les pays européens (2'564 exemplaires en Suisse). *MOVMENT* est également distribué à une sélection de 2'459 détaillants horlogers dans toute l'Europe (1'855 exemplaires en Suisse). Enfin, *MOVMENT* est également distribué dans les kiosques des principales villes européennes (3'000 exemplaires en Suisse).

45. *Heure (Suisse/Schweiz)*. Il s'agit d'un magazine bimestriel publié en français (*Heure Suisse*) et en allemand (Heure Schweiz), relatant toute l'activité horlogère à l'attention d'un public de connaisseurs. Le tirage de *Heure Suisse* s'élève à 24'000 exemplaires, tandis que le tirage de *Heure Schweiz* s'élève à 17'000 exemplaires. Le magazine bénéficie d'un tirage élargi (+ 9'500 exemplaires par langue) à l'occasion des "Salons Horlogers".

46. *Watch International*. Il s'agit d'un magazine trimestriel de la marque International Watch & CO, qui est publié en allemand et en anglais. Il est distribué en principe gratuitement, mais il est également possible de s'y abonner. Son tirage déclaré est de 160'000 exemplaires.

47. *Montres Passion & Uhrenwelt*. Il s'agit d'un supplément trimestriel consacré à l'horlogerie de l'hebdomadaire *L'Hebdo* en Suisse romande et *Cash* en Suisse allemande, publié par Ringier. Le tirage commun de ces derniers est de 190'000 exemplaires (90'000 exemplaires avec *L'Hebdo* et 100'000 exemplaires avec *Cash*).

48. *Montres, Le Guide G*. Il s'agit d'un magazine édité par Ithaka Time SA, qui paraît à 225'000 exemplaires.

49. *Europa Star*. Il s'agit d'un magazine bimestriel, édité à Genève. Son tirage est estimé à 15'000 exemplaires en Europe, 3'000 en Chine et 30'000 aux Etats-Unis.

50. *Le Monde de l'Horlogerie (Spécial)*. Il s'agit d'un supplément consacré au monde de l'horlogerie des quotidiens *L'Express* et *L'Impartial*, appartenant au groupe de Presse Hersant.

51. *Année Horlogère Suisse*. Il s'agit d'un magazine annuel édité par Promoédition SA (Genève). Le magazine paraît également en allemand (*Das Jahr der Schweizer Uhren*). Son tirage s'élève à 35'000 exem-

plaires (11'500 en français, 6'000 en allemand et 17'500 en anglais).

52. *AE-AGEFI Evasion (Spécial)*. Le magazine *AE-Agefi Evasion* paraît en principe huit fois par an et traite du thème du luxe sous plusieurs formes (nouveau, mode, loisirs etc.). Le magazine est tiré à 49'000 exemplaires (distribués avec le quotidien l'Agefi, par abonnements, à travers le fichier des clientes et clients du magasin Bon Génie et dans les lieux sélectionnés). Quatre numéros hors série sont généralement programmés : Montres/bijoux, Moteurs, High Tech & Montres, bijoux et cadeaux.

53. De plus, une variété de publications existe encore, notamment: *Journal suisse d'horlogerie et de bijouterie; Détail; Or Temps; Basel Magazine; qp magazine; Montres Magazine et la Revue des montres; Watch around* etc.

54. Bien qu'il n'existe pas de chiffres officiels (notamment de l'Organisation de recherches et d'études des médias publicitaires; REMP) qui permettent d'apprécier les parts de marché de toutes les entreprises concurrentes, l'opération de concentration envisagée ne devrait a priori conduire à aucune addition ou à aucune addition sensible, de parts de marché sur le marché des lecteurs, notamment du fait que les publications d'Edipresse ne sont que très partiellement substituables à *GMT Suisse* et ses déclinaisons.

55. En effet, les parts de marché d'Edipresse et d'Objectif 15-30 ne sont pas très importantes, au vu du nombre de publications présentes sur le territoire suisse. Même si l'on considérait que les deux publications d'Edipresse *Tribune des Arts / Annuaire Tribune des Arts* et *Bilan-Spécial Montres* seraient des substitués à *GMT Suisse*, l'addition des parts de marché de ces magazines et de *GMT Suisse* et ses déclinaisons n'est pas significative.

56. Le risque de création d'une position dominante d'Edipresse sur le marché des lecteurs pour les magazines spécialisés dans l'horlogerie en Suisse peut dès lors être écarté.

57. S'agissant des annonces publicitaires, seuls deux magazines du groupe Edipresse en contiennent de manière plus ou moins significatives. Les titres concurrents contiennent tous quasi exclusivement des annonces pour produits haut de gamme d'horlogerie ou de joaillerie.

58. Les parts de marché d'Edipresse et d'Objectif 15-30 ne sont pas très importantes par rapport au nombre de publications s'adressant au même public et drainant de ce fait les mêmes annonceurs. La part de marché cumulée de *Tribune des Arts/Annuaire Tribune des Arts* et *Bilan-Spécial Montres* avec *GMT Suisse*, publications partiellement substituables, reste marginale au vu du nombre de publications qui mettent à disposition des espaces publicitaires pour ce type de produits.

59. Par ailleurs, il y a lieu de constater que les marques de luxe ne se limitent pas à faire passer des annonces dans les magazines spécialisés. En effet, les magazines "people" ou féminin font également la

part belle à ce type d'annonces. De surcroît, l'affichage a une importance encore toute particulière sur ce segment de marché.

60. Le risque de création d'une position dominante d'Edipresse sur le marché des annonces pour les produits de luxe en Suisse peut dès lors également être écarté.

61. La concurrence actuelle présente doit en conséquence être considérée comme suffisante, de sorte qu'il n'y a pas lieu de craindre la création ou le renforcement d'une position dominante d'Edipresse susceptible de supprimer la concurrence sur ces marchés.

2.3.3 Concurrence potentielle

62. Si l'on admet que la concurrence actuelle est suffisante, il n'y a pas lieu d'examiner la concurrence potentielle.

63. On notera toutefois que le marché de l'industrie horlogère (notamment haut de gamme) est particu-

lièrement sain et devrait continuer à se développer. Partant, les domaines de l'édition de luxe, et de l'édition horlogère en particulier, qui y sont liés, devraient également connaître une croissance saine.

64. Les différents groupes de presse, non présents encore sur ce marché, peuvent tous être considérés comme des concurrents potentiels. En outre, les groupes horlogers peuvent eux aussi être amenés à publier des magazines relatifs à ce segment d'édition. Les barrières à l'entrée pour ces grands groupes peuvent être considérées comme relativement peu élevées, en regard de leur assise financière respective.

3. Conclusion

L'examen préalable ne fait apparaître aucun indice que la concentration créera ou renforcera une position dominante. Par conséquent, il n'y a pas lieu de procéder à un examen de l'opération de concentration au sens de l'art. 10 LCart.

B 2.3

3. ETDE/MIBAG

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

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

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

Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom xxx

Stellungnahme vom xxx

Zusammenschlussvorhaben

1. Am 16. Mai 2007 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben ein. Demgemäss beabsichtigt die ETDE SA durch Übernahme sämtlicher Aktien die Kontrolle über die MIBAG Holding zu erlangen.

2. ETDE SA gehört zur französischen Bouygues Gruppe, einem weltweit vor allem in der Baubranche tätigen Unternehmen. ETDE SA bietet Dienstleistungen in den Bereichen Haustechnik, Elektrizität, Heizung-

und Klimatechnik, Kommunikationssysteme, Gebäudeinfrastruktur und Facility Management an. In der Schweiz ist ETDE SA durch ihre Tochtergesellschaft Balestra, Galiotto, TCC SA tätig, die Bouygues Gruppe darüber hinaus durch die Losinger Construction AG, die Marazzi Holding AG, die Prader Losinger SA, die Prader AG Tunnelbau und die VSL (Schweiz) AG in der allgemeinen Baubranche sowie durch die Colas Suisse Holding SA speziell im Strassenbau.

3. Die MIBAG-Gruppe ist ein Dienstleistungsunternehmen im Immobiliensektor, das integrierte Lösungen in den Bereichen Property Management (PM) und Facility Management (FM) anbietet. Veräusserer der Zielgesellschaft sind diverse Investment Funds der Private Equity Gesellschaft 3i.

4. Die vorläufige Prüfung ergab, dass der Zusammenschluss keine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Demzufolge wurde auf die Eröffnung einer Prüfung nach Art. 10 KG verzichtet.

B 2.3

4. *Norilsk Nickel/LionOre*

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

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

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

Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 4. Juni 2007

1. Am 16. Mai 2007 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben ein. Demgemäss beabsichtigt die Open Joint Stock Company Mining and Metallurgical Company Norilsk Nickel (nachfolgend: Norilsk Nickel) durch Aktienerwerb die Kontrolle über LionOre Mining International Ltd. (nachfolgend: LionOre) zu erlangen.

2. Norilsk Nickel ist in den Bereichen Abbau, Verarbeitung, Raffination sowie Vertrieb von nichteisenhaltigen Metallen, insbesondere Nickel, aber auch Kobalt und Metalle der Platinmetallgruppe tätig. Auch er-

zeugt und verkauft Norilsk Nickel Kupfer und in geringeren Mengen Gold. Zur Hauptaktivität von Norilsk Nickel gehört die Produktion von Nickel für die Herstellung von Edelstahl. Mit Ausnahme von kleinen Mengen von Kobalt-Zwischenprodukten verkauft Norilsk Nickel weltweit nur Endprodukte.

3. LionOre besitzt Minen in Botswana, Südafrika und Australien wie auch Anteile von anderen Minenprojekten in diesen Gegenden. LionOre ist ein mittelgrosser Metallproduzent von Nickel, Kupfer, Kobalt und Metalle der Platinmetallgruppe (Palladium und Platin) und besitzt auch eine Goldmine. Das Unternehmen ist nur in der Produktion und dem Verkauf von Zwischenprodukten tätig, da es keine eigene Raffinerien besitzt, um entsprechende Endprodukte herzustellen.

4. Die vorläufige Prüfung ergab, dass durch das Zusammenschlussvorhaben in der Schweiz weder eine marktbeherrschende Stellung begründet noch verstärkt wird. Auf die Eröffnung einer Prüfung gemäss Art. 10 KG konnte demzufolge verzichtet werden.

B 2.3

5. Allianz Capital Partners/Selecta

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

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

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

Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 18. Juni 2007

1. Am 24. Mai 2007 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben ein. Demgemäss beabsichtigt die ACP Vermögensverwaltung GmbH & Co KG Nr. 4 d durch Aktienerwerb die Kontrolle über die

Selecta Gesellschaften, d.h. Selecta AG und die mit ihr verbundenen Gesellschaften, zu erlangen.

2. Auf dem einzigen betroffenen Markt hat keine Veränderung der Marktstruktur stattgefunden, da die Zusammenschlussparteien keine überschneidende Geschäftstätigkeit aufweisen.

3. Die vorläufige Prüfung ergab somit, dass durch den Zusammenschluss in der Schweiz weder eine markbeherrschende Stellung begründet noch verstärkt wurde. Auf die Eröffnung einer Prüfung konnte demzufolge verzichtet werden.

B 2.3

6. *Publicitas AS Venture - Zanox*

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 2. Juli 2007

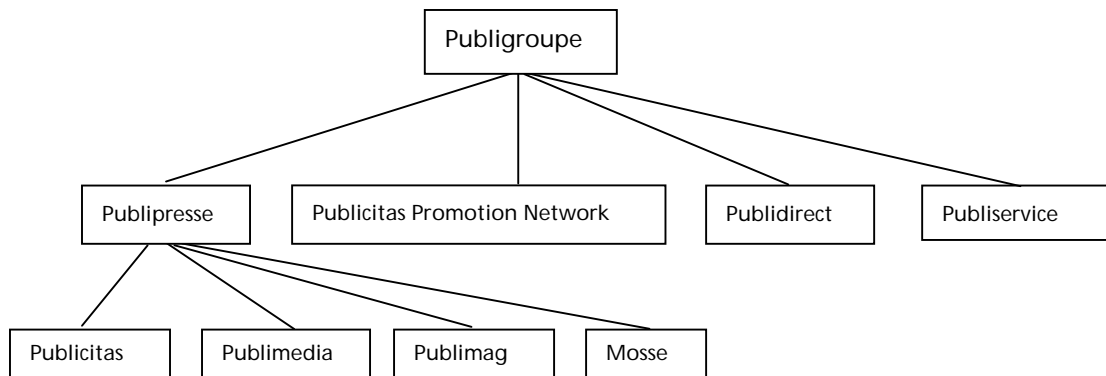
A Sachverhalt

1. Am 13. Juni 2007 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend Sekretariat) die Meldung eines Zusammenschlussvorhabens ein, wonach die Publicitas SA, Lausanne (nachfolgend Publicitas), und die AS Venture GmbH, Berlin (nachfolgend AS Venture), gemeinsam die Kontrolle über die Za-

nox.de AG, Berlin (nachfolgend Zanox), eine nicht börsenkotierten Aktiengesellschaft, erwerben wollen.

2. Die **Publicitas** ist eine 100%ige Tochtergesellschaft der Publigroupe SA, Lausanne (nachfolgend Publigroupe). Publigroupe ist ein international tätiger Konzern mit Geschäftstätigkeiten, unter anderem 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).

3. Die Publicitas ist eine der vier Tochtergesellschaften, die dem Geschäftsbereich Publipresse angehören. Die vier Tochtergesellschaften Publicitas, Publimedia, Publimag und Mosse sind alle im Bereich Promotion, Verkauf und Vermittlung von Presseinseraten tätig.



4. Die Tochtergesellschaft Publicitas ist mit Hilfe eines Netzes von Filialen und Agenturen als Pächterin und Vermittlerin von Anzeigen tätig und betreibt ein Inseratemanagement für Print und Internet. Die Publicitas verkauft für Printverlage als Regieorganisation oder als Kooperationspartnerin Inserateräume in allen Schweizer Zeitungen und Zeitschriften.

5. Die Publicitas ist in kleinerem Umfang auch bei der Vermarktung von TV-, Radio- und Kinowerbung sowie über die schweizerische Tochtergesellschaft web2com bei der Vermarktung von Internet- und Mobilfunkangeboten aktiv.

6. Der Geschäftsbereich Publicitas Promotion Network (nachfolgend PPN) bietet den Medien internationale Outsourcing-Lösungen für die Promotion, den Verkauf und die Verwaltung ihrer Werbeangebote an. PPN ist insbesondere in Asien (China), Australien und den USA tätig.

7. Die Publigroupe-Gesellschaften dienen zudem als Kooperationspartner (Vermittler) für die Vermarktung der Printtitel von AS Venture bzw. deren Konzerngesellschaften. Diese bestehende Verbindung werde

gemäss Aussagen der Parteien durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben nicht berührt.

8. Die **AS Venture** ist eine 100%ige Tochtergesellschaft der Axel Springer AG, Berlin (nachfolgend Axel Springer). Das Kerngeschäft der Axel Springer ist das Verlegen von Zeitungen (grösster Zeitungsverlag Deutschlands) und Zeitschriften (drittgrösster Zeitschriftenverleger Deutschlands) sowie die Verbreitung von Medieninhalten über digitale Vertriebswege. AS Venture entwickelt gemeinsam mit den Partnern neue technologiebasierte Geschäftsfelder und ist in der Axel Springer für Kooperations- und Innovationsansätze mit New-Media- und Technologie-Unternehmen zuständig.

9. In der Schweiz ist die Axel Springer bzw. sind die mit ihr verbundenen Unternehmen in folgenden Geschäftsbereichen aktiv: Im Bereich der Verlagstätigkeiten ist die Axel Springer über die zur Axel Springer Gruppe gehörende "Verlagsgruppe Handelszeitung" mit den Wirtschafts- und Finanztiteln „Handelszeitung“ und "Stocks" sowie weiteren Fachzeitschriften tätig ("io new management", "Schweizer Bank", "Haustech", "PME Magazin", "Schweizer Versiche-

nung" und "Private Banking"). Im Bereich der Programmzeitschriften ist die Axel Springer bzw. die mit ihr verbundenen Unternehmen durch den Vertrieb der Schweizer Ausgabe der "TV Digital" und der "TV Star" tätig. Der Printtitel "TV Star" wurde rückwirkend auf den 5. Januar 2007 mit der Übernahme der Jean Frey AG übernommen. Mit der Übernahme wurden ebenfalls die Printtitel "Bilanz" und "Beobachter" übernommen.

10. Am 21. Juni 2007 konnte der Presse entnommen werden, dass die Axel Springer beabsichtige, die Schweizer Titel der Programmzeitschriften der Ringier AG, Zofingen, zu übernehmen ("Tele", "TV vier" und "TV2"). Die Ringier AG trenne sich aus strategischen Gründen von insgesamt 14 Titeln in der Sparte der Programmzeitschriften. Somit würde, falls die Übernahme zustande komme, die Axel Springer insgesamt fünf Programmzeitschriften publizieren, darunter die beiden grössten Abo-Titel unter den Schweizer Programmzeitschriften "Tele" und "TV Star".

11. Die Axel Springer betreibt im Rahmen der erwähnten Printtitel die entsprechenden Websites. Im April 2005 erwarb die "Verlagsgruppe Handelszeitung" zudem 100% des Aktienkapitals der Amiado AG, Zürich, welche das Studentenportal students.ch betreibt.

12. Die Axel Springer betreibt in der Schweiz zudem über ein Joint Venture mit der Euroforum GmbH Düsseldorf Management-Konferenzaktivitäten der Euroforum Handelszeitung Konferenz AG.

13. Die *Zanox* ist ein Dienstleister für Online-Werbung und den Online-Vertrieb. Zudem platziert die Zanox im Auftrag ihrer Kunden Werbeschaltungen im Internet. Die Kerngeschäfte der Zanox bilden das transaktionsbasierte Online-Marketing, insbesondere das so genannte "Affiliate Marketing", sowie der Bereich des sog. Suchmaschinenmarketings.

14. Zanox hat verschiedene 100%ige Tochtergesellschaften in verschiedenen Ländern: Zanox S.A.S., Paris, Zanox S.L., Madrid, Zanox B.V., Amsterdam, Zanox s.r.l., Mailand, Zanox Ltd., London, Zanox Inc., Chicago und zanox we create partners A.B., Stockholm, sowie eine 100%ige Tochtergesellschaft in Deutschland, die eprofessional GmbH, Hamburg. In der Schweiz hat die Zanox keine Tochtergesellschaft oder Niederlassung.

15. Beim "Affiliate Marketing" fungiert Zanox als Schnittstelle zwischen dem Werbekunden und dem Anbieter von Online-Werbefläche. Der Schnittstellendienst wird über eine Schnittstellensoftware abgewickelt. Es handelt sich dabei um ein automatisiertes Massengeschäft, an dem weltweit ca. 1'800 Werbekunden auf der einen und ca. 1 Mio. so genannte Publisher auf der andern Seite beteiligt sind.

16. Möchte ein Werbekunde das Zanox-Netzwerk für eine Werbekampagne nutzen, so schliesst Zanox mit dem Werbekunden eine Vereinbarung über die Details der Kampagne ab und bietet diese dann den Anbietern von Online-Werbeflächen an, die als Publisher bei Zanox registriert sind. Wird die Werbung eines Zanox-Werbekunden auf diese Weise bei einem

Publisher platziert und wird über dieses Werbemittel eine Transaktion beim Werbekunden ausgelöst, so bezahlt der Werbekunde über Zanox ein Entgelt an den Publisher sowie eine Provision an Zanox. Zwischen dem Werbekunden und dem Publisher besteht keine direkte Vertragsbeziehung. Die Werbekunden und die Publisher schliessen jeweils separat einen Vertrag mit Zanox ab.

17. Über die eprofessional GmbH, Hamburg, ist die Zanox im Bereich des Suchmaschinenmarketings tätig. Dabei handelt es sich um die Platzierung von sog. Weblinks (sog. Sponsored Links) auf der Ergebnisseite von Internet-Suchmaschinen bei Suchanfragen. Zanox wird im Auftrag von Werbetreibenden tätig, die ihre Produkte vermarkten wollen, indem einem User als Antwort auf eine bestimmte Suchmaschineneingabe unter anderem (neben dem Ergebnis der Suchmaschine) einen sog. "Sponsored Link" präsentiert bekommt. Die Rangfolge der Platzierung der Werbebotschaft auf der Ergebnisseite der Suchmaschine erfolgt über eine Versteigerung der Rangplätze, das sog. "Keyword Bidding". Zanox nimmt im Auftrag der Werbekunden an diesen Versteigerungen teil. Für die Teilnahme an den Versteigerungen erhält Zanox eine Aufwandsentschädigung und von einigen Suchwortvermarktern eine Umsatzprovision.

18. Die Geschäftstätigkeit der Zanox, die erfolgsabhängig vergütete Platzierung von Werbung zwischen Werbetreibenden und Anbietern von Online-Werbeflächen, gehört bislang nicht zur Geschäftstätigkeit von Publicitas oder von mit ihr verbundenen Konzerngesellschaften und gehört bislang nicht zur Geschäftstätigkeit der Axel Springer.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

19. Das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 Kartellgesetz (KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 21 KG).

B.1.1 Unternehmen

20. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG), welche im Rahmen ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit als Anbieter oder als Nachfrager auftreten. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

21. Als Unternehmenszusammenschluss gilt die Fusion von zwei oder mehr bisher voneinander unabhängiger Unternehmen, sowie 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 Unter-

nehmen oder Teile von solchen erlangen (Art. 4 Abs. 3 KG).

22. Die AS Venture, die Publicitas und die bisherigen Aktionäre von Zanox haben einen Aktienkaufvertrag abgeschlossen. Gemäss des Vertrages, der unter der aufschiebenden Bedingung der Gutheissung durch die deutschen, österreichischen und Schweizer Wettbewerbsbehörden steht, soll die AS Venture 60% und die Publicitas 40% der Aktien von Zanox erwerben.

23. In einer gesonderten Unternehmensvereinbarung haben sich die AS Venture, Publicitas und Zanox darauf geeinigt, die Zanox nach Vollzug des Aktienerwerbs bis spätestens Ende 2007 umzustrukturieren. Zanox soll nach bestimmten Ländern, abhängig vom Sitz des jeweiligen Werbekunden, auf zwei Gesellschaften aufgeteilt werden (Zanox I und Zanox II). Zielvorgabe für die Zuordnung zu Zanox II soll ein Anteil von [...] % am Gesamt-EBITA von Zanox I und Zanox II sein. Die bisherigen Zanox-Tochtergesellschaften in Deutschland, Grossbritannien, Schweden, den Niederlanden und den USA sollen im Zuge der Umstrukturierung Tochtergesellschaften von Zanox I werden, die bisherigen Tochtergesellschaften in Frankreich, Spanien und Italien dagegen Tochtergesellschaften der Zanox II. An Zanox I soll danach die AS Venture [...] % und Publicitas [...] % der Anteile halten. Bei Zanox II sollen umgekehrte Beteiligungsverhältnisse bestehen, d.h. die AS Venture [...] % und die Publicitas [...] % der Anteile halten. Der aus drei Mitgliedern bestehende Aufsichtsrat von Zanox I soll mit zwei Vertretern der Axel Springer und einem Vertreter der Publigroupe besetzt werden, der dreiköpfige Aufsichtsrat von Zanox II soll mit einem Vertreter der Axel Springer und zwei Vertretern der Publigroupe besetzt werden. Aus Konsolidierungsgründen werden Zanox I und Zanox II letztlich durch AS Venture bzw. Publicitas kontrolliert.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

24. 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 vorgebracht.

B.3 Meldepflicht

25. 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 entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von mindestens CHF 100 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

26. Die Publicitas erwirtschaftete – alle Angaben gemäss Angabe der Parteien - im Jahr 2006 eine weltweite Bruttomarge von CHF [...], auf die Schweiz fallen davon CHF [...]. Die AS Venture erwirtschaftete im Jahr 2006 einen Umsatz von CHF [...], der Anteil, der auf die Schweiz entfällt, betrage CHF [...]. Die Zanox

erwirtschaftete im Jahr 2006 einen Umsatz von CHF [...]. Der Anteil, der davon auf die Schweiz entfällt, betrage ca. CHF [...].

27. Eine jeweils alleinige Übernahme der Kontrolle von Zanox I durch AS Venture bzw. von Zanox II durch Publicitas würde aus Gründen des Nichterreichens der Umsatzgrenzwerte im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. b keine Meldepflicht gemäss den Bestimmungen über die Fusionskontrolle des Kartellgesetzes auslösen. Allerdings bestehen zwischen Zanox I und Zanox II Verbindungen über den Bezug von Leistungen der bestehenden Zanox-Technologieplattform und die von den erwerbenden Unternehmen beschlossene Personalunion des Managements in den beiden Zanox-Gesellschaften, so dass aus dem Blickwinkel der Bestimmungen über die Fusionskontrolle von einer gemeinsamen Kontrolle von AS Venture und Publicitas über die Zanox-Gesellschaften ausgegangen werden kann. Da bei einer gemeinsamen Kontrolle von Zanox I und II durch die AS Venture und Publicitas die Umsatzwerte von Art. 9 Abs. 1 KG überschritten werden, ist das Zusammenschlussvorhaben gemäss den Bestimmungen über die Fusionskontrolle meldepflichtig.

C Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

28. 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).

29. 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.

C.1 Relevante Märkte

I. Sachlich relevante Märkte

30. 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).

31. Zanox wirkt als Schnittstelle zwischen den Werbetreibenden und den Anbietern von Online-Werbeflächen. Auf der einen Seite unterstützt Zanox die Werbetreibenden in ihren Verkaufsaktivitäten, indem sie diese Online-Werbeflächen bei den registrierten Publishern vermittelt. Dadurch, dass durch diese platzierten Werbeflächen Transaktionen ausgelöst werden, greift Zanox in die Verkaufsaktivitäten der Werbetreibenden ein. Die Entlohnung erfolgt dabei erfolgsbasierend, d.h. nur wenn eine Transaktion ausgelöst wird, erfolgt eine Zahlung vom Werbetreibenden an Zanox (sowie an den Publisher). Auf der andern Seite ist sie für die Publisher tätig, welche durch die Werbekunden der Zanox die Online-Werbeflächen auf ihren Internetseiten, in ihren Newsletters etc. belegen können. Diese Aktivität lasse sich

gemäss Aussagen der Parteien nicht in die klassischen Aktivitäten des Werbemarktes einordnen. Es liegt keine klassische Werbemarkttätigkeit und auch keine klassische Mediaberatungstätigkeit vor. Die Zanox dürfte zudem auch nicht als klassischer Promoter oder Absatzvermittler gelten, obwohl das Geschäftsmodell die eine oder andere Komponente dieser klassischen Werbemarkttätigkeiten enthalten dürfte. In der Schweiz erhalten Mediaagenturen für ihre Aktivitäten einerseits von Werbekunden in der Regel ein Honorar, das gerade nicht erfolgsbasiert ist, und andererseits vom gewählten Medium zur Weiterleitung an den Werbekunden eine Beraterkommission. Im Gegensatz zu den traditionellen Vermittlern von Werberaum handelt die Zanox auch nicht als Verkäuferin oder Vermittlerin für das betroffene Medium. Letztlich kann aus folgenden Gründen eine genaue Abgrenzung offen gelassen werden und der Zusammenschluss unabhängig von der genauen sachlichen Marktabgrenzung als unbedenklich erachtet werden.

32. Die Geschäftsaktivitäten der Zanox in der Schweiz können mit einem Gesamtumsatz von ca. CHF [...] als marginal bezeichnet werden. Des Weiteren hat kein am Zusammenschluss beteiligtes Unternehmen entsprechende oder ähnliche Marktaktivitäten. Gemäss der BSW Leading Swiss Agencies (eine Vereinigung von Schweizer Werbeagenturen) betrug der Bruttobetriebsertrag der BSW-Mitglieder im Jahr 2002 (ca. 7% aller in der Schweiz domizilierten tätigen Werbe- und Kommunikationsagenturen) CHF 410 Mio. Dies entspreche 2/3 sämtlicher in der Schweiz betreuten Werbebudgets. Hochgerechnet auf die gesamte Schweiz ergäbe sich ein geschätzter Bruttobetriebsertrag der Mediaagenturen von ca. CHF 615 Mio. Bezogen auf diese Zahl aus dem 2002 würde der Anteil von Zanox ca. [...] % ausmachen. Zahlen zum Online Anteil der Mediaberater seien für die Schweiz nicht erhältlich. Gemäss einer Schätzung der Parteien gehe man davon aus, dass die unmittelbaren Konkurrenten von Zanox in der Schweiz Umsätze in der Grössenordnung von CHF 25 bis 30 Mio. erzielen.

33. Eine genaue Einordnung der beschriebenen Geschäftstätigkeit von Zanox zu einem bestimmten sachlich relevanten Markt ist aufgrund der dynamischen Marktsituation im Medienbereich insbesondere im Online-Bereich, schwierig vorzunehmen. Einerseits liegt keine klassische Werbemarkttätigkeit vor, da das Geschäftsmodell von Zanox bereits einen Schritt weiter in die unmittelbare Verkaufsaktivität des Werbetreibenden und damit des Produkthanbieters eingreift. Es handelt sich auch nicht um eine klassische Mediaberatungstätigkeit, weil die Zanox mit ihrem Geschäftsmodell bereits unmittelbar in die Absatzvermittlung des Produkthanbieters eingreift.

34. Ein paralleles Geschäftsmodell, wie es die Zanox betreibt, dürfte man in der Schweiz insbesondere bei Google (mit ihren Produkten "AdWords" und "AdSense") finden. Google dürfte zudem bezüglich dieser und ähnlicher Geschäftsmodelle der weitaus grösste Player in der Schweiz sein. Die Parteien schätzen den Anteil von Google im entsprechenden Geschäftsbe-

reich in der Schweiz auf bis zu 90%. Andere Anbieter, die ähnliche Geschäftsmodelle anbieten wären: Search, TradeDoubler.com, ebay.ch und Amazon.

II. Räumlich relevante Märkte

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

36. Die Parteien machen geltend, dass aufgrund der Sprachgrenzen die Werbemärkte oft national abgegrenzt werden. Es würde internationale Unternehmen geben, die europaweit oder sogar weltweit ihre Werbung schalten würden, dies aber meist in Form von nationalen Kampagnen durchführen liessen, die sich den entsprechenden Gegebenheiten des Landes anpassen würden. Man gehe daher davon aus, dass es sachgerecht sei, den räumlich relevanten Markt im vorliegenden Fall auf den deutschen Sprachraum (Deutschland, Österreich und die deutschsprachige Schweiz) abzugrenzen. Die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes kann auf grund der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses jedoch ebenfalls offen gelassen werden, da selbst bei einer nationalen Marktabgrenzung keine betroffenen Märkte vorliegen (vgl. unten).

C.2 Keine betroffenen Märkte

37. Gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20% oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30% oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als "vom Zusammenschluss betroffene Märkte" bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

38. Aufgrund der Ausführungen oben ergibt sich bezüglich des Geschäftsbereichs der Zanox, dass keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegen. Die weiteren beteiligten Unternehmen sind im Geschäftsbereich der Zanox nicht tätig, und mit Ausnahme der erwähnten Kooperation im Bereich der Vermarktung von Printmedien zwischen AS Venture und Publigroupe gebe es gemäss Aussagen der Parteien keine weiteren Berührungspunkte zwischen den Unternehmen.

D Ergebnis

39. Aus den genannten Gründen ergeben sich keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung (vgl. Art. 10 Abs. 1 KG). Das Zusammenschlussvorhaben ist als unbedenklich anzusehen. Die Voraussetzungen für die Einleitung eines Prüfungsverfahrens sind nicht gegeben.

B 2.3

7. Rasperia Trading Limited, UNIQA Versicherungen AG und Raiffeisen Holding/STRABAG

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

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

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

Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 18. Juni 2007

1. Am 25. Juni 2007 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung über

ein Zusammenschlussvorhaben ein. Demgemäss beabsichtigen die Rasperia Trading Limited, die UNIQA Versicherungen AG und die Raiffeisen Holding durch Aktienerwerb die gemeinsame Kontrolle über STRABAG (österreichischer Baukonzern) zu erlangen.

2. Die vorläufige Prüfung ergab, dass durch diesen Zusammenschluss in der Schweiz weder eine markbeherrschende Stellung begründet noch eine solche verstärkt wird. Auf die Eröffnung einer Prüfung konnte demzufolge verzichtet werden.

B 2.3

8. Oel-Pool AG/Oel Hauser AG und Groupe Charmettes 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 Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 18. Juni 2007

1. Am 9. Juli 2007 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung über ein

Zusammenschlussvorhaben ein. Demgemäss beabsichtigte die Oel-Pool AG, Oel Hauser AG und Groupe Charmettes zu übernehmen.

2. Die vorläufige Prüfung ergab, dass durch diesen Zusammenschluss in der Schweiz weder eine markbeherrschende Stellung begründet noch eine solche verstärkt wird. Auf die Eröffnung einer Prüfung konnte demzufolge verzichtet werden.

B 2.3

9. CT Cinetrade AG/Sportradio AG

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

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

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

Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 31. Juli 2007

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 31. Juli 2007

A Sachverhalt

1. Am 28. Juni 2007 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) die Anfrage um eine erleichterte Meldung betreffend das Zusammenschlussvorhaben CT Cinetrade (Cinetrade) und sportradio.ch AG (Sportradio) ein. Das Gesuch um erleichterte Meldung wurde vom Sekretariat anschliessend genehmigt, worauf die vollständige Meldung am 6. Juli 2007 eintraf. Cinetrade möchte [>50%] von Sportradio übernehmen. Gleichzeitig wird in einem separaten Vertrag die Übernahme von [...] der Sportradio Aktien von der Swisscom Fixnet AG (Swisscom) vereinbart.

2. **Cinetrade** ist ein unter schweizerischem Recht konstituiertes Medienunternehmen mit Sitz in Zürich. Sie gehört zu [...] dem Hauptaktionär Stephan Sager und zu 49% der Swisscom (Swisscom/Cinetrade, veröffentlicht in RPW 2005/2, S. 363 ff.). Der Tätigkeitsbereich von Cinetrade umfasst Pay TV, Kino (KITAG) und die Verwertung von Filmrechten für Videos und DVDs (PlazaVista). Das Pay TV wird von ihrer Tochtergesellschaft, der Teleclub AG (Teleclub) abgewickelt. An Teleclub hält Cinetrade [...] während [...], 33.3% in den Händen der Ringier AG sind.

3. **Sportradio** ist eine nach schweizerischem Recht konstituierte Gesellschaft mit Sitz in Zürich. Sie wurde Ende 2003 gegründet und im Sommer 2005 um die sporttv.ch (Sporttv) erweitert. Sowohl Sportradio als auch Sporttv produzieren für Veranstalter, Clubs, TV- und Radiostationen komplette Sendungen oder beliefern sie mit Beiträgen, Interviews und Stimmen. Das Unternehmen beschäftigt 25 Festangestellte bzw. freie Mitarbeiter. Zu Spitzenzeiten werden ca. 40'000 Zuschauer bzw. Zuhörer erreicht.

4. Die Verbreitung ihrer Inhalte wird von Sportradio mittels eines Internetportals für alle Internetbenutzer kostenlos angeboten. Das Übertragungsmedium wird in Abhängigkeit der Rechtsverhältnisse gewählt und alle Übertragungen werden ohne Sendeunterbrechung produziert. Die dazu benötigten Radioberichte und kurzen TV-Berichte werden von ihr selbst produziert.

5. Neben Live-Übertragungen im Radio- oder Fernsehformat wird seit Ende 2005 auf Sporttv ein moderiertes TV-Magazin ausgestrahlt, welches Aktuelles, Hin-

tergrundreportagen, Zusammenfassungen der Live-Übertragungen und Interviews aus diversen Gebieten des Sports thematisiert. Zudem führt Sporttv jede Woche eine Diskussion zum Meinungsaustausch zwischen sportinteressierten Leuten und den Akteuren (bspw. Spieler, Trainer usw.) im Programm.

6. Sportradio stellt [...] als sogenannte White-Label-Produkte zur Verfügung.

7. Schlussendlich soll mit dem Zusammenschluss eine Integration von Sportradio und deren Geschäftsführer, der bereits heute als Moderator beim von Cinetrade betriebenen Bezahlfernsehen Teleclub tätig ist, erreicht werden. Damit erhofft sich Cinetrade eine effizientere Nutzung der personellen Ressourcen.

B Erwägungen**B.1 Geltungsbereich**

8. 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

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). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

10. Als Unternehmenszusammenschluss gilt die Fusion von zwei oder mehr bisher voneinander unabhängiger Unternehmen, sowie jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen (Art. 4 Abs. 3 KG).

11. Cinetrade übernimmt mit Aktienkaufvertrag vom 5. Juni 2007 [...] der Aktien von Sportradio und legt in einem separaten Vertrag fest, dass die restlichen [...] von der Swisscom an die Cinetrade übergehen werden. Somit liegt ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG vor.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

12. 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 vorgebracht.

B.3 Meldepflicht

13. 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 Mrd. oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von mindestens CHF 100 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

14. Eine Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 1 KG besteht angesichts eines Jahresumsatzes von [...] von Sportradio nicht. Es stellt sich damit die Frage einer Meldepflicht gestützt auf Art. 9 Abs. 4 KG.

15. Art. 9 Abs. 4 KG sieht vor, dass die Meldepflicht ungeachtet der Abs. 1-3 besteht, 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.

16. Die Wettbewerbskommission hat in ihrer Rechtsprechung rechtskräftig festgestellt, dass die Telecom PTT (heute: Swisscom) auf dem schweizerischen Telefoniemarkt als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren ist (Telecom PTT/Blue Window, RPW 1997/2, S. 174, Dispositiv Ziff. 1). Dazu ist festzuhalten, dass sich die marktbeherrschende Stellung gemäss den entsprechenden Erwägungen auf das Netz und die Dienste bezogen hat (RPW 1997/2, S. 167, Rz. 38).

17. Swisscom hält gegenwärtig 49% an Cinetrade. Die Kontrollübernahme von Cinetrade durch Swisscom unterlag einer Prüfung durch die Wettbewerbskommission im Rahmen der Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (RPW 2005/2, S. 363 ff.). Ob im jetzigen Zeitpunkt Cinetrade von Swisscom allein oder gemeinsam mit anderen Aktionären kontrolliert wird, spielt im Hinblick auf die Prüfung einer Meldepflicht nach Art. 9 Abs. 4 KG keine Rolle. Gemäss Art. 3 Abs. 1 Bst. b der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) ist Swisscom als kontrollierendes Unternehmen und damit als am Zusammenschluss beteiligtes Unternehmen anzusehen, unabhängig davon, ob die Kontrolle allein oder gemeinsam ausgeübt wird.

18. Art. 9 Abs. 4 KG verlangt für das Vorliegen einer gestützt auf diese Bestimmung bestehenden Meldepflicht, dass das Zusammenschlussvorhaben einen Markt betrifft, der demjenigen vor- oder nachgelagert oder benachbart ist, für welchen die marktbeherrschende Stellung eines beteiligten Unternehmens rechtskräftig festgestellt worden ist. Die Wettbewerbskommission bejahte im Zusammenschlussvorhaben Swisscom / Cinetrade eine Meldepflicht gestützt auf Art. 9 Abs. 4 KG, da der Zusammenschluss zu einer vertikalen Verflechtung von Inhalten (u.a. Verwer-

tungsrechte) und vom Zugang führte. Mindestens betreffend die Inhalte handelt es sich dabei um einen dem Telefoniemarkt respektive dem Übertragungsnetz im Sinne des Entscheids Telecom PTT/Blue Window vorgelagerten Markt (RPW 2005/2, S. 363).

19. Gemäss der Website von Sportradio bezeichnet sich diese als einziger TV- und Radio-Sportsparten-sender der Schweiz. Die Übertragung der Inhalte erfolgt über das Internet. Es handelt sich damit um die geplante Akquisition eines Inhalte-Anbieters durch eine Infrastruktureignerin, für deren Netz im erwähnten Entscheid Telecom PTT/Blue Window eine Marktbeherrschung festgestellt wurde. Die vertikale Verflechtung weist in Bezug auf Art. 9 Abs. 4 KG hinsichtlich der Ausgangslage grosse Ähnlichkeiten mit dem Zusammenschlussvorhaben Swisscom/Cinetrade auf. Die Botschaft zum Kartellgesetz erwähnt diesbezüglich, dass vertikale oder konglomerale Zusammenschlüsse mit Beteiligung des marktbeherrschenden Unternehmens unter Berücksichtigung eines Nahverhältnisses der Märkte auch erfasst werden sollen (BBI 1995 I 468, S. 581).

20. Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen und mit Blick auf die bestehende Praxis der Wettbewerbskommission liegt somit, gestützt auf Art. 9 Abs. 4 KG, ein meldepflichtiger Unternehmenszusammenschluss vor.

C Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

21. 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).

22. 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.

C.1 Relevante Märkte

I. Sachlich relevante Märkte

23. 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). Beim vorliegenden Zusammenschlussvorhaben steht die akustische und visuelle Übertragung oder Berichterstattung von Sportanlässen via Internet im Vordergrund.

Verbreitung via Sporttv

24. Bereits beim Zusammenschluss von Swisscom/Cinetrade ist die Wettbewerbskommission von einem Markt für PayTV und einem Markt für FreeTV ausgegangen. Da es sich um freizugängliche Internetangebote handelt und die Einnahmen für den Internetzugang hauptsächlich dem Internetanbieter zugute kommen, ist das Sendeangebot von Sporttv als FreeTV anzusehen.

25. Betreffend die Beschaffungsseite wird der Inhalt von den am Zusammenschluss beteiligten Parteien als Nicht-Premium Content qualifiziert. Dieser Ansicht kann im vorliegenden Fall gefolgt werden, jedoch behält sich die Wettbewerbskommission vor, die Abgrenzung von Sportinhalten bei einer allfälligen tieferen und umfassenderen Analyse anders zu definieren.

Verbreitung via Sportradio

26. Die Substitutionsbeziehungen zwischen Radio, Printmedien und Fernsehen wurden von der Wettbewerbskommission bereits mehrmals untersucht (vgl. NZZ/Espace/Bund RPW 2004/2 S. 485 ff. Rz.93). Dabei wurde festgestellt, dass sich alle durch spezifische Eigenschaften auszeichnen und sie daher als Komplemente und nicht als Substitute zu betrachten seien.

27. Betreffend die Beschaffungsseite kann in Analogie zum Markt beim Sporttv auch beim Sportradio ein Markt für Nicht-Premium Content abgegrenzt werden. Dies deckt sich mit der Sicht der am Zusammenschluss beteiligten Parteien. Es sei jedoch auch hier erwähnt, dass sich die Wettbewerbskommission die Möglichkeit offen lässt, zukünftig mit Hilfe einer tieferen Analyse zu einer anderen Abgrenzung zu gelangen.

II. Räumlich relevante Märkte

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

Verbreitung via Sporttv

29. Sowohl die Absatz- als auch die Beschaffungsseite sind sprachregional abzugrenzen. Aufgrund der deutschen Sprache der Sporttv Programme werden sowohl Inhalte als auch Zielpublikum in der Deutschschweiz akquiriert.

Verbreitung via Sportradio

30. Dieselbe Abgrenzung wie bei der visuellen Verbreitung von Sportinhalten kann auch bei der akustischen vorgenommen werden. Auch für diese

Programme sind grösstenteils deutschsprachige Inhalte und Zuhörer von Interesse. Es wird somit auch hier die Deutschschweiz als räumlich relevanter Markt abgegrenzt.

C.2 Keine betroffenen Märkte

31. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20% oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30% oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als "vom Zusammenschluss betroffene Märkte" bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

32. Es liegen keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor. Mit einem Umsatz von [...] im Geschäftsjahr 2006 gehört Sportradio und Sporttv zu den kleinen Akteuren im Markt der Verbreitung von Sportinhalten. Sportradio steht in Konkurrenz mit diversen nationalen und regionalen Radiosendern und im Fernsbereich konkurriert sich Sporttv mit dem Schweizer Fernsehen und mit anderen privaten Fernsehangebietern.

33. Im Juli 2007 wurde publiziert, dass auf U1 TV ab September ein neuer Sportkanal auf Sendung gehen soll, der eher Randsportarten wie Handball, Volleyball oder Unihockey im Programm haben wird. Dies veranschaulicht, dass neben grösseren Konkurrenten wie der SRG auch weitere kleinere Anbieter in diesem Markt tätig sind und tätig werden.

D Ergebnis

34. Aus den genannten Gründen ergeben sich keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung (vgl. Art. 10 Abs. 1 KG). Das Zusammenschlussvorhaben ist als unbedenklich anzusehen. Die Voraussetzungen für die Einleitung eines Prüfungsverfahrens sind nicht gegeben.

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

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

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

Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 2. Juli 2007

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 2. Juli 2007

A Sachverhalt

1. Am 13. Juni 2007 hat die Wettbewerbskommission die vollständige Meldung des Zusammenschlussvorhabens zwischen der Swisscom AG (Swisscom) und Transmedia Communications SA (Transmedia) erhalten. Danach beabsichtigt Swisscom den Erwerb einer Minderheitsbeteiligung an der Transmedia [...].

2. *Swisscom* ist die Muttergesellschaft einer Telekommunikations-Gruppe mit Sitz in Ittigen (BE). Ihre Rechtsform ist als spezialgesetzliche Aktiengesellschaft ausgestaltet. Mit einem Umsatz von 9.7 Milliarden Franken im Jahr 2006 und über 17'000 Vollzeitstellen ist Swisscom das führende Telekommunikationsunternehmen in der Schweiz. Die erbrachten Dienstleistungen erbringt sie auf den Gebieten der mobilen, der netzgebundenen und der IP-basierten Datenkommunikation. Im Detail sind dies insbesondere die Festnetztelefonie, der Breitband Zugang, die Mobiltelefonie und die Informationstechnologie sowie neuerdings die Verbreitung von IPTV.

3. Zur Swisscom-Gruppe gehört die Cinetrade AG (CT), an welcher Swisscom eine [...] Minderheitsbeteiligung hält. Die restlichen [...] gehören dem Hauptaktionär Stephan Sager. CT ist zu [...] an der Teleclub AG (Teleclub) beteiligt, wobei die restlichen [...] der Ringier AG gehören. Teleclub ist auf dem Markt des Pay TV tätig, dies hauptsächlich in der Form von Pay per Channel (PPC). Dieses Angebot wird in deutschschweizer Kabelnetzen verbreitet.

4. Zur Swisscom Fixnet AG gehört Bluewin, ein für Privatkunden tätiger Internet Service Provider mit Dienstleistungen im Internet- und Multimediabereich. Unter dem Namen Bluewin vermarktet Swisscom auch ihre IP-basierten Radio- und Fernsehangebote (BluewinTV) sowie Voice-over-IP (Bluewin Phone). Ein um zwei fertig konfektionierte Kanäle und ein umfassendes Sportangebot erweitertes Sendeangebot wird von TC über die IPTV Plattform von BluewinTV verbreitet.

5. BluewinTV ermöglicht mit dem Angebot von Video on Demand (VOD), auf eine Fülle von Spielfilmen zuzugreifen. Sowohl das VOD- als auch das Pay per View (PPV)-Angebot wird BluewinTV von TC zur Verfügung gestellt. Beim VOD kann z.B. zu einem Preis von CHF 3.50 pro Film und für eine Dauer von 24 Stunden ein Film beliebig oft angesehen werden.

6. *Transmedia* wurde im Jahr 2003 gegründet und ist ein international tätiges Unternehmen mit Sitz in Genf. Sie gehört zu [...] der MRT Holdings Ltd und zu [...] den beiden Gründern Etienne Mirlesse und Natalia Tsarkova. MRT weist ausser dem Halten dieser Beteiligung an Transmedia keine Geschäftstätigkeit aus. Transmedia ist mit [...] an i-concerts SA beteiligt. Neben mehreren Consultants im internationalen Bereich arbeiten sechs Personen in Vollzeit.

7. Die Geschäftstätigkeit erstreckt sich auf die beiden Bereiche

- Erwerb von VOD Content Rechten für die eigene Bibliothek und für die Vermittlung entsprechender Verwertungsrechte an Dritte;

- Zusammenstellen von Content zu themenbezogenen VOD-Channels einschliesslich Erstellung von Softwareapplikationen für die Implementierung in Internetportale oder in digitales Fernsehen.

8. Transmedia erzielt ca. [...] des Gesamtumsatzes auf dem Schweizer Markt. Es werden ausschliesslich Business to Business (B2B) bzw. Business to Business to Customer (B2B2C) Beziehungen unterhalten. Beim B2B2C ist Transmedia nur im B2B-Bereich tätig.

9. Transmedia gilt auf dem europäischen Markt als bedeutender Veräusserer von VOD-Rechten. Die Aktivitäten erstrecken sich auf alle wachsenden IP-VOD Plattformen, insbesondere auf Digital Subscriber Line (DSL), glasfaserbasierte Netze, Satelliten, Kabel, Virtual Private Network (VPN) und auf mobiles Video.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

10. Das Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG; SR 251) gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG).

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). Transmedia ist als Unternehmen in diesem Sinne zu qualifizieren.

12. Swisscom als Muttergesellschaft einer Telekommunikations-Gruppe, die Dienstleistungen für Endkunden und Wiederverkäufer bereitstellt, ist als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren (RPW 2005/3, S. 505 ff., S. 508).

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

13. Als Unternehmenszusammenschluss gilt jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein

oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen (Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG). Ein Vorgang, durch den zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen erlangen, das sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten, stellt einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG des Gesetzes dar, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (Art. 2 Abs. 2 Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU; SR 251.4).

14. Swisscom beabsichtigt einen [...] Erwerb an Transmedia. [...].

15. Das Vorhaben ist aufgrund der beschriebenen Eigenschaften als Gemeinschaftsunternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU und damit als Unternehmenszusammenschluss gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG zu qualifizieren.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

16. 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

17. Eine Meldepflicht eines Zusammenschlussvorhabens kann sich durch Erreichen der in Art. 9 Abs. 1 KG definierten Umsatzschwellen ergeben. Aus dieser Bestimmung ergibt sich, dass mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielen müssen. Die beteiligten Unternehmen bestimmen sich vorliegend nach Massgabe von Art. 3 Abs. 2 Bst. b VKU. In diesem Fall erreicht nur Swisscom in der Schweiz einen Umsatz von CHF 100 Mio., nicht jedoch Transmedia (Umsatz im Jahr 2006 betrug [...]), womit die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG nicht erreicht sind.

18. Die Meldepflicht besteht jedoch ungeachtet der Art. 9 Abs. 1-3 KG, falls eines der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen, 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).

19. Die Wettbewerbskommission hat rechtskräftig festgestellt, dass die Telecom PTT (heute Swisscom) auf dem schweizerischen Telefonmarkt als marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 KG zu qualifizieren ist (Telecom PTT/Blue Window, RPW 1997/2, S. 174, Dispositiv Ziff. 1). Dazu ist festzuhalten, dass sich die marktbeherrschende Stellung gemäss den entsprechenden Erwägungen auf das Netz und die Dienste bezogen hat (RPW 1997/2, S. 167, Rz. 38). Gestützt auf Art. 9 Abs. 4 KG wurde in der Folge das Bestehen einer Meldepflicht bejaht (u. a. RPW 1998/3, S. 412, RPW 2003/1, S. 204; vgl. insbesondere den Zusammenschluss Swisscom/Cinetrade,

veröffentlicht in RPW 2005/2, S. 363 ff.). Vorliegendes Zusammenschlussvorhaben betrifft das VOD Geschäft, mithin Märkte, die aufgrund des Datentransfers dem Telefon- oder Fernhernetz vorgelagert sind.

20. Der Zusammenschluss ist deshalb gestützt auf Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig. Von einer sich aus Art. 9 Abs. 4 KG ergebenden Meldepflicht gehen im Übrigen auch die meldenden Unternehmen aus.

B.5 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens nach erfolgter vorläufiger Prüfung

21. 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).

22. 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

23. 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).

24. Das Zusammenschlussvorhaben tangiert im Wesentlichen den Markt des Handels mit Verwertungsrechten von Werken (insbesondere den Handel mit VOD-Verwertungsrechten) und den Markt des Pay TV.

Markt für den Handel von VOD-Verwertungsrechten

25. Bereits früher hatte die Wettbewerbskommission die Frage zu beantworten, ob und allenfalls wie der dem Pay TV-Markt vorgelagerte Markt der Beschaffung von Pay TV-Content unterteilt werden könnte. Als sinnvolle Unterscheidung hat sich dabei die Unterteilung eines Premium Content und eines Library Content Marktes erwiesen. Die Wettbewerbskommission folgt bei ihrer Definition des Begriffs Premium-Content grösstenteils jener der Europäischen Kommission. Diese subsumiert unter Premium-Content sowohl Erstausstrahlungsrechte an Filmen als auch Erstübertragungen an Sportveranstaltungen (vgl. Entscheidung der Europäischen Kommission vom 29.12.2003; COMP/C 2-38.287 i.S. Telenor/Canal+/Canal Digital, Rz. 26).

26. Das Kriterium Content in Premium oder Library einzuteilen, gründet somit nicht auf der inhaltlichen Qualität der Sendungen sondern hauptsächlich auf der Aktualität des gezeigten Inhalts. Von diesem Kriterium ausgehend folgt, dass Premium-Content nach Ablauf einer gewissen Zeitspanne zu sogenanntem Library-Content wird (RPW 2005/2, S. 368 f., Rz 59 ff.).

Markt für Pay TV

27. Die Wettbewerbskommission geht bei der Abgrenzung des relevanten Marktes sowohl von einem Markt für Pay TV als auch von einem Markt für Free TV aus (RPW 2005/2, S. 366 ff.). Dies erscheint als sinnvoll, da Pay TV für Konsumenten nicht oder nur unvollständig durch Free TV substituierbar ist. Pay TV ist bis anhin eher als Komplement zum Free TV zu betrachten, da im Pay TV vor allem nach verschiedenen Spezialinteressen (Sport, Dokumentationen oder bestimmte Arten von Filmen) gewählt werden kann, während im Free TV jene Inhalte eine Plattform finden, welche die Interessen einer möglichst grossen Bevölkerungsgruppe abzudecken imstande sind. Weiter greifen viele fremdsprachige Abonnenten auf Pay TV-Programme zurück, da sie nur so Unterhaltung in ihrer Sprache konsumieren können. Die Abonnenten von Pay TV sind bereit, für die von ihnen selektiv ausgewählten Zusatzleistungen Mehrkosten in Kauf zu nehmen.

28. Ein wesentliches Unterscheidungsmerkmal zwischen Pay TV und Free TV ist das Austauschverhältnis. Während beim Pay TV der Sender gegen Entgelt (Abonnementsgebühr) des Verbrauchers eine Leistung erbringt, gibt es diesen Austausch bei Free TV nicht. Der Anbieter von Free TV deckt seine Kosten - mit Ausnahme der SRG, die gebührenfinanziert ist - im Wesentlichen durch Werbeeinnahmen. Der Austausch findet in diesem Fall zwischen dem Sender und dem Unternehmen statt, das Werbung über das Fernsehen verbreiten möchte. Unabhängig von der Art des Austauschverhältnisses wollen beide möglichst viele Zuschauer akquirieren.

29. Die Bedingungen auf dem Markt unterscheiden sich somit darin, dass für die Free TV-Anbieter die Werbeeinnahmen und die Einschaltquoten wichtige Kennzahlen sind, während für die Pay TV-Anbieter vor allem die Gestaltung der Abonnementspreise und des Programmangebots entscheidend ist.

30. Durch die fortschreitende Digitalisierung ist nicht auszuschliessen, dass eine gewisse Konvergenz zwischen den beiden Verbreitungsformen stattfinden wird. Ob dadurch die Annahme eines einzigen relevanten Marktes gerechtfertigt wäre, bleibt umstritten. Es steht jedoch ausser Diskussion, dass trotz Abgrenzung unterschiedlicher Märkte das Free TV Wirkungen auf die Verhaltensweise von Pay TV-Anbietern haben kann.

31. Der Pay TV Markt könnte weiter in PPV, in PPC, in VOD und in Near VOD (NVOD) unterteilt werden. Die Wettbewerbskommission vertritt die Ansicht, eine Unterscheidung der verschiedenen Spartenkanäle sei nicht notwendig, da die unterschiedlichen Programmangebotsformen miteinander in Konkurrenz stehen würden.

B.5.1.b Räumlich relevante Märkte

32. 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).

Markt für den Handel von VOD-Verwertungsrechten

33. Üblicherweise werden Rechte für Inhalte (z. B. Filme) national vergeben. Dies muss im Fall der Schweiz wegen ihrer Viersprachigkeit näher analysiert werden. Viele Filme werden in synchronisierter Fassung im Fernsehen ausgestrahlt. Im Weiteren sind die Präferenzen der Konsumenten in den verschiedenen Sprachregionen unterschiedlich. Diese Unterschiede werden in der Programmzusammenstellung gut sichtbar. Trotz der Überwindung der sprachlichen Grenzen durch die Digitalisierung bleiben weiterhin die regionalen Vorlieben bestehen. Dieses Argument spricht gegen eine nationale und für eine sprachregionale räumliche Abgrenzung.

34. Es ist somit beim Gebiet des Handels mit Library Content Rechten von einer sprachregionalen Markt-abgrenzung auszugehen.

Markt für Pay TV

35. Die Verbreitung des Pay TV-Angebots erfolgt aus rechtlichen, sprachlichen und kulturellen Gründen national. In Bezug auf den deutschen Sprachraum (Deutschschweiz, Deutschland und Österreich) bezwecken diese Schranken hauptsächlich eine Verhinderung der Verbreitung der Inhalte über die Landesgrenzen hinaus.

36. Die Vermutung liegt nahe, dass der räumlich relevante Markt jeweils auf die Sprachregionen begrenzt ist. Zu berücksichtigen bleibt, dass die Pay TV-Anbieter zukünftig ihr Angebot über Sprachgrenzen hinaus ausdehnen werden, da die Digitalisierung ein paralleles ausstrahlen in verschiedenen Sprachen ermöglicht.

37. Es wird daher auch beim Pay TV-Markt von einer regionalen Abgrenzung ausgegangen, welche die Deutschschweiz umfasst.

B.5.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

38. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20% oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30% oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als « vom Zusammenschluss betroffene Märkte » bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

39. Es wird vorliegend auf eine umfassende Analyse der Marktstellung in weiteren relevanten Märkten, in denen Swisscom tätig ist, verzichtet. In diesen weiteren Märkten erfolgen durch den geplanten Zusammenschluss keine Veränderungen. Zudem sind diese Märkte der Wettbewerbskommission aus anderen Zusammenschlussvorhaben bekannt (z.B. Swisscom/Cybernet, s. 248 ff.).

I. Aktueller Wettbewerb

Markt für den Handel mit VOD-Verwertungsrechten

40. Transmedia handelt ausschliesslich mit VOD-Rechten von Longtail- (Klassiker, die mehrere Male über längere Zeit konsumiert werden) und Nischencontent. Die Produktpalette umfasst hauptsächlich Musik und ansonsten vor allem klassische französische Filme. Die von Transmedia gehandelten Produkte sind eher als Library-Content zu qualifizieren.

41. Auf dem Beschaffungsmarkt steht Transmedia den Rechteinhabern von Werken gegenüber und auf dem Absatzmarkt konkurriert sie mit anderen Händlern von Inhalten anderer Rechteinhabern. Marktgegenseite bilden Unternehmen, die VOD anbieten, entweder über das Internet oder über digitales Fernsehen. Im Schweizer Markt setzt Transmedia die VOD-Verwertungsrechte hauptsächlich bei TC (Verbreitung über Swisscom/BluewinTV) sowie Sierre-Energie (Kabel-TV Betreiber in der Westschweiz) ab.

42. Die Marktgegenseite von Transmedia verfügt über zahlreiche Ausweichmöglichkeiten. Longtail- und Nischencontent beinhalten so viele Themenbereiche, dass es für einen einzigen Anbieter unmöglich ist, die gesamte Breite abzudecken. Neben den Unternehmen, die Verwertungsrechte anbieten, steht der Marktgegenseite auch die Möglichkeit offen, die Rechte direkt bei den Rechteinhabern nachzufragen.

43. Eine Angabe eines Marktanteils von Transmedia fällt nicht zuletzt aufgrund der vielen Anbieter schwer. Da Transmedia jedoch ausschliesslich auf dem Gebiet von VOD-Verwertungsrechten für Longtail- und Nischencontent tätig ist, dürfte dieser eher klein sein. Das Verhältnis der Umsätze von Blockbustern (erfolgreiche Neuproduktionen) zu Longtailcontent dürfte sich ungefähr bei 80:20 Prozent befinden. Es ist für Transmedia somit schwierig, einen grossen Teil des Marktes abzudecken, weil sie keine Rechte für Blockbustern vermarktet. Probleme entstehen eher bei der Vermarktung von Premium-Content, da damit meist Exklusivitätsrechte verbunden sind (vgl. RPW 2005/2, S. 363 ff.). Das Unternehmen selbst schätzt seinen Marktanteil in jedem Fall tiefer als [...] ein.

44. Betreffend die Wettbewerbsverhältnisse gilt weiter zu beachten, dass Transmedia die VOD-Verwertungsrechte nicht exklusiv vergibt. Dadurch behält Transmedia die Unabhängigkeit, ihre Rechte beliebig vielen anderen Kunden zu vermarkten, was ja beispielsweise mit der Berücksichtigung von Sierre-Energie als Kunde geschehen ist.

	Umsätze 2004 (CH)	Umsätze 2005 (CH)	Umsätze 2006 (CH)
Transmedia	-	[...]	[...]

Tabelle 1: Umsätze von Transmedia auf dem Markt für Library Content.

45. Da Swisscom/CT bisher auf diesem Markt nicht tätig war, kommt es zu keinen Anteilsadditionen.

Markt für Pay TV

46. Bei der Betrachtung des Pay TV Marktes in der Schweiz fällt auf, dass wegen der Verbreitung über das digitale Fernsehen oder das Internet die Nachfrage und das Angebot von VOD zugenommen haben. Nach einer allfälligen Vergabe der DVB-H Konzession (voraussichtlich im Herbst 2007) wird zudem die drahtlos-terrestrische Verbreitung für den Empfang auf mobilen Empfangsgeräten dazukommen.

47. VOD Anbieter via Kabelnetz sind die Cablecom GmbH (Cablecom), BluewinTV und Vario TV. Vario TV ist ein Tochterunternehmen der Sierre-Energie SA und bietet Internet, Telefon und IPTV an. BluewinTV verbreitet VOD und PPV in allen Landesteilen. Dies tut sie neben Teleclub in der Deutschschweiz und Canal+ in der Westschweiz. Die mit VOD verbreiteten Inhalte bezieht BluewinTV für alle Landesteile von CT/TC. Beim VOD sind die Angebote thematisch gleich strukturiert, weisen jedoch entsprechend den jeweiligen Präferenzen der Landesteile und der Verfügbarkeit der Inhalte Unterschiede aus. CT/TC bezieht diverse Titel des französischsprachigen VOD-Angebots von Transmedia, die als Rechthändlerin darüber verfügen kann. Cablecom bietet momentan in ihrem TV-Angebot NVOD an und hat Anfang Mai 2007 angekündigt, dass VOD-Inhalte ab sofort auch für Hispeed Internetkunden angeboten würden. Im Unterschied zu BluewinTV, das PPV und VOD nur im IPTV anbietet, steht bei Cablecom NVOD via digitalem CATV und nun auch VOD per Internet zur Wahl.

48. Die Bewegung, die den Markt für Pay TV im Bereich VOD erfasst hat, zeigt sich auch an den erfolgten und angekündigten Marktzutritten im IPTV und im Internet TV. Neben Vario TV, das bereits seit einigen Monaten VOD bedient, hat auch die SRG angekündigt, dass sie im August ins VOD Geschäft einsteigen werde. Es ist nicht auszuschliessen, dass in naher Zukunft Wholesale-Kunden von Swisscom unter Inanspruchnahme deren Angebots in das Free- oder Pay TV Geschäft einsteigen werden. Im Weiteren können deutschsprachige Endkunden auch VOD von Maxdome (das grösste VOD-Portal im Internet) beziehen. In der französischsprachigen Schweiz bietet Canal+ VOD übers Internet an und im Tessin stehen VOD-Angebote der Mediaset-Gruppe in Planung.

49. Gemäss Umfragen von TC und Swisscom liegt der Anteil von Konsumenten die Pay TV abonniert haben bei ca. [...]. Dies lässt erahnen, dass der Pay TV Markt, gemessen am Gesamtmarkt (Free und Pay TV zusammen), sehr klein sein dürfte. Die vorliegenden Daten erlauben betreffend Pay TV folgende Schätzungen von Swisscom:

	<i>Tätigkeit auf dem Pay TV Markt</i>
Swisscom/BluewinTV	Keine Tätigkeit
CT/TC	<p>2004-2006: Der Marktanteil in der Deutschschweiz, gemessen an der Anzahl Kunden, beträgt [...]. PPV und VOD waren in der Periode von 2004-2006 noch nicht im Angebot. In der Westschweiz und im Tessin hatte die CT/TC bis Ende 2006 keine Pay TV Angebote.</p> <p>2007: Mit dem Angebot von PPV und VOD durch BluewinTV erreicht TC künftig auch im Tessin Marktanteile. Dabei wird sie jedoch bestimmt in Konkurrenz zu anderen Anbietern stehen.</p>
Transmedia	Keine Tätigkeit in der Schweiz

Table 2: Schätzungen der Marktanteile im Pay TV.

B.5.3 Ergebnis

50. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

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

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

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

Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 2. Juli 2007

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 31. Juli 2007

A Sachverhalt

1. Am 5. Juli 2007 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend Sekretariat) die vollständige Meldung eines Zusammenschlussvorhabens zwischen Tech Data (Schweiz) GmbH (nachfolgend Tech Data) und Actebis AG (nachfolgend Actebis) ein. Tech Data beabsichtigt, von Actebis die wesentlichen Vermögenswerte für deren bisherige Geschäftstätigkeit zu erwerben. Tech Data und Actebis haben am 18. Juni 2007 eine Absichtserklärung über vorliegend zu beurteilende Transaktion unterzeichnet. Das der Übertragung der Vermögenswerte zu Grunde liegende Verpflichtungsgeschäft wurde von Tech Data und Actebis noch nicht unterzeichnet, ist mit Ausnahme des Übergangs der Arbeitsverhältnisse auf Tech Data indessen bereits ausgehandelt.

2. Tech Data ist eine 100%-ige Tochtergesellschaft der Tech Data Europe GmbH und gehört zur Tech Data Gruppe. Die Konzernobergesellschaft der Tech Data Gruppe ist die Tech Data Corporation, ein US-amerikanisches Unternehmen mit Sitz in Clearwater, Florida, USA. Tech Data ist als Wholesale-Distributor von IT-Produkten tätig. Kunden von Tech Data sind verschiedene Arten von Wiederverkäufern (z.B. Retailer, Value Added Resellers, Corporate Account Resellers oder Systemhäuser), aber keine Endverbraucher. Die Produktpalette von Tech Data umfasst den gesamten IT-Bereich (u.a. Personal Computer, Server, Peripherals, Storage, Networking, Software, Components und Supplies Produkte). In geringem Umfang ist Tech Data auch im Telekommunikations- und Unterhaltungselektronikbereich tätig. Im Vergleich zum Vertrieb der IT-Produkte von nur untergeordneter Bedeutung sind die Kundendienstleistungen, welche Tech Data ebenfalls anbietet.

3. Actebis ist eine 100%-ige Tochtergesellschaft der Actebis Holding GmbH, mit Sitz in Soest, Deutschland. Die Actebis Gruppe ist Teil der deutschen Otto Group (nachfolgend Otto). Die Muttergesellschaft von Otto ist die Otto GmbH & Co. mit Sitz in Hamburg. Die Geschäftstätigkeit von Actebis deckt sich mehrheitlich mit jener von Tech Data, d.h. Actebis ist, wie Tech Data, ebenfalls als Wholesale-Distributor von IT-Produkten tätig und bietet in geringem Umfang Produkte aus den Bereichen Telekommunikation und Unterhaltungselektronik an. Actebis verkauft ihre

Produkte nur an Wiederverkäufer und nicht an Endkunden.

4. Tech Data hofft, durch den Zusammenschluss die Kundenbasis zu verbreitern, da Actebis vor allem im Kundensegment der kleineren und mittleren Unternehmen präsent ist und in der französischen Schweiz besser verwurzelt ist. Zudem sollen durch grössere Warenvolumen eine Senkung der Transaktionskosten, eine Erhöhung des Lagerumschlags und eine Verbesserung der Warenverfügbarkeit erreicht werden. Nach der Transaktion wird Actebis in der Schweiz nicht mehr als Wholesale-Distributor von IT-Produkten tätig sein.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

5. 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

6. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG). Tech Data ist somit als Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren.

7. Die von Actebis zu veräussernden Aktiven sind keine selbstständigen Nachfrager oder Anbieter von Gütern im Wirtschaftsprozess. Ein zu übernehmender Vermögenswert kann jedoch als Unternehmensteil qualifiziert werden (RPW 2006/3, S. 476 ff., S. 479; DUCREY/DROHLSHAMMER, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, HOMBURGER et al. [Hrsg.], Zürich 1997, ad Art. 9, Rz. 22). Ist Gegenstand eines Zusammenschlusses ein Teil eines Unternehmens, so gilt dieser Teil als beteiligtes Unternehmen (Art. 3 Abs. 2 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 [VKU; SR 251.4]). Die von Tech Data zu übernehmenden Aktiven sind somit als am Zusammenschluss beteiligtes Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

8. Als Unternehmenszusammenschluss gilt die Fusion von zwei oder mehr bisher voneinander unabhängiger Unternehmen, sowie jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen (Art. 4 Abs. 3 KG). Nach Art. 1 Bst. a VKU können insbesondere Eigentums- oder Nutzungsrechte an der Gesamtheit

oder an Teilen des Vermögens des Unternehmens Mittel zur Kontrolle sein.

9. Tech Data beabsichtigt, weitgehend alle ausstehenden Kundenforderungen, das Warenlager sowie eine Liste der Kunden in den Jahren 2006 und 2007 von Actebis zu erwerben. Gegenstand der Transaktion sind mithin die wesentlichen Vermögenswerte für die bisherige Geschäftstätigkeit von Actebis. Vorliegend handelt es sich somit um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 KG.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

10. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 und 2 KG wurden von den meldenden Unternehmen auch nicht vorgebracht.

B.3 Meldefähigkeit und Meldepflicht

B.3.1 Meldefähigkeit

11. Vor der Beurteilung der Meldepflicht des als Zusammenschluss qualifizierten Erwerbs der Aktiven, ist zu beurteilen, ob die geplante Transaktion zum heutigen Zeitpunkt bereits meldefähig ist.

12. Die Meldung eines Zusammenschlussvorhabens hat gemäss Art. 9 KG vor dem Vollzug des Zusammenschlusses zu erfolgen. Voraussetzung für die Meldung ist grundsätzlich der Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts. Ist der Zusammenschluss lediglich beabsichtigt oder ist die Realisierung des Verpflichtungsgeschäfts noch von gewissen Bedingungen abhängig, kann das Zusammenschlussvorhaben - analog zu der Regelung in der EU - dennoch gemeldet werden, wenn die beteiligten Unternehmen glaubhaft machen, dass sie gewillt sind, das entsprechende Verpflichtungsgeschäft abzuschliessen beziehungsweise die Bedingungen zur Realisierung des Geschäfts zu erfüllen (Art. 4 Abs. 1 der Verordnung [EG] Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [„EG-Fusionskontrollverordnung“], ABl. L 24/1 vom 29. Januar 2004). Der Meldung sind folglich eine schriftliche, von den Parteien unterzeichnete Grundsatzentscheidung oder Absichtserklärung, aus welcher die Absicht zum Zusammenschluss konkret hervorgeht, sowie allfällige Vertragsentwürfe, beizulegen (RPW 2006/3, S. 476 ff., S. 481 f.).

13. Der Meldung liegt eine von Tech Data und Actebis am 18. Juni 2007 unterzeichnete Absichtserklärung vor, wonach Tech Data von Actebis die wesentlichen Vermögenswerte für deren bisherige Geschäftstätigkeit erwerben will. Zudem findet sich bei den Akten ein Vertragsentwurf betreffend die geplante Transaktion, der mit Ausnahme des Übergangs der Arbeitsverhältnisse auf Tech Data ausgehandelt ist. Die beteiligten Unternehmen haben glaubhaft gemacht, dass sie gewillt sind, das der geplanten Transaktion zu Grunde liegende Verpflichtungsgeschäft abzuschliessen. Der geplante Erwerb der Vermögenswerte durch die Tech Data ist demnach meldefähig.

14. Sollten die Unternehmen ihr beabsichtigtes Zusammenschlussvorhaben nach Einreichen der Meldung abändern, behalten sich die Wettbewerbsbehörden vor, je nach Tragweite der Änderung, entweder die Einreichung einer neuen Meldung oder deren Ergänzung zu verlangen (Art. 21 VKU).

B.3.2 Meldepflicht

15. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von mindestens 100 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

16. Die Tech Data Gruppe erzielte im vorangehenden Geschäftsjahr (1. Februar 2006 bis 31. Januar 2007) einen weltweiten Umsatz in Höhe von 21'440 Millionen USD, ausmachend 26'371 Millionen Franken (Umrechnungskurs zu 1.23). Bei Actebis ist nur der Umsatz massgebend, der auf den zu veräussernden Unternehmensteil entfällt. Da der erworbene Unternehmensteil praktisch die gesamte Geschäftstätigkeit von Actebis umfasst, kann annäherungsweise auf den gesamten Umsatz von Actebis abgestellt werden. Im Geschäftsjahr 2006 erzielte Actebis einen Umsatz von rund [...] Millionen Franken. Der kumulierte weltweite Umsatz der beteiligten Unternehmen beträgt demnach [...] Millionen Franken.

17. Tech Data erzielte im Geschäftsjahr 2006 in der Schweiz einen Umsatz von [...] Millionen Franken. Actebis erzielte ihren Umsatz in Höhe von [...] Millionen Franken fast ausschliesslich in der Schweiz. Der in der Schweiz erzielte Umsatz der beteiligten Unternehmen für das Jahr 2006 beträgt somit [...] Millionen Franken. Die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG sind daher erreicht, weshalb das Zusammenschlussvorhaben nach Art. 9 Abs. 1 KG meldepflichtig ist.

C Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

18. 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).

19. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

C.1 Relevante Märkte

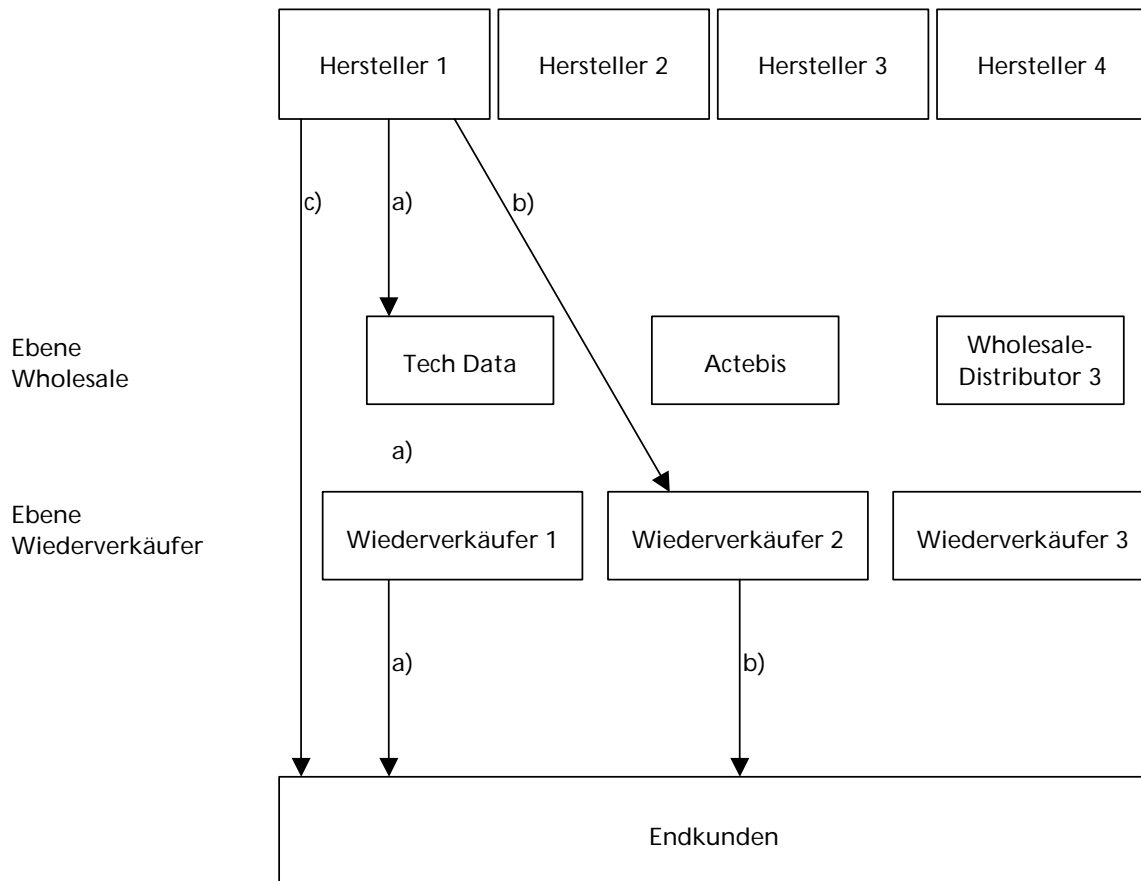
I. Sachlich relevante Märkte

20. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwen-

dungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

21. Das vorliegend zu beurteilende Zusammenschlussvorhaben betrifft den Vertrieb von IT-Produkten. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als Wholesale-Distributoren von IT-Produkten tätig. Wholesale-Distributoren kaufen die IT-Produkte beim Hersteller ein und verkaufen sie weiter. Bei den Kunden der Wholesale-Distributoren handelt es sich in der Regel nicht um Endkunden, sondern um verschiedene Arten von Wiederverkäufern. Die Hersteller, Wholesale-Distributoren und Wiederverkäufer bieten eine breite Produktpalette an, Wiederverkäufer und Wholesale-Distributoren fragen ebenfalls eine breite Produktpalette nach. Es erscheint somit nicht sachgerecht, den Markt nach verschiedenen IT-Produkten aufzuteilen.

22. Die meldenden Unternehmen nennen drei mögliche Formen des Vertriebs von IT-Produkten, welche zu unterschiedlichen Marktabgrenzungen führen könnten. Nachfolgende Abbildung illustriert diese drei möglichen Vertriebsformen. Bei der Vertriebsform a) beliefern die Hersteller die Wholesale-Distributoren. Diese liefern die IT-Produkte den Wiederverkäufern, welche die Endkunden beliefern. Bei der Vertriebsform b) werden die Wholesale-Distributoren ausgeklammert, d.h. die Hersteller beliefern die Wiederverkäufer mit IT-Produkten. Die Wiederverkäufer verkaufen die IT-Produkte ihrerseits an die Endkunden. Die beiden ersten Vertriebsformen a) und b) werden nachfolgend als indirekter Vertrieb bezeichnet. Die dritte mögliche Vertriebsform besteht darin, dass die Hersteller die IT-Produkte den Endkunden verkaufen, ohne dass Wholesale-Distributoren und/oder Wiederverkäufer in das Vertriebssystem eingebunden sind (Vertriebsform c) in der Abbildung). Die Vertriebsform c) wird nachfolgend als direkter Vertrieb bezeichnet.



23. Die meldenden Unternehmen gehen von einem sachlichen Markt aus, der zumindest alle Formen des indirekten Vertriebs von IT-Produkten (über Wholesale-Distributoren und/oder Wiederverkäufer; Vertriebsformen a) und b) in der Abbildung) umfasst. Die als Wholesale-Distributoren von IT-Produkten tätigen beteiligten Unternehmen kaufen die IT-Produkte beim Hersteller ein und verkaufen sie an die Wiederverkäufer. Die Wiederverkäufer beziehen die IT-Produkte indessen auch ohne Einbezug der Wholesale-Distributoren, da sich für die Wiederverkäufer die

Alternative bietet, die IT-Produkte beim Wholesale-Distributor oder beim Hersteller zu beziehen.

24. Allenfalls wäre auch denkbar, eine engere sachliche Marktabgrenzung vorzunehmen, welche ausschliesslich die Wholesale-Distribution – unter Ausklammerung direkter Lieferungen von den Herstellern zu den Wiederverkäufern – umfasst, in Betracht zu ziehen (Vertriebsform b) in der Abbildung). Wie vorstehend ausgeführt, beliefern die Hersteller die Wiederverkäufer auch ohne Einbezug der Wholesale-

Distributoren. Eine Marktabgrenzung, die lediglich die Wholesale-Distribution umfasst, erscheint deshalb als zu eng. Alternativ käme im vorliegenden Fall auch eine weitere sachliche Marktabgrenzung in Betracht, die auch den direkten Vertrieb, d.h. direkte Lieferungen vom Hersteller zum Endkunden, umfasst (Vertriebsformen a), b) und c) in der Abbildung). Da das Zusammenschlussvorhaben auch als unbedenklich anzusehen wäre, wenn von einem sachlichen Markt ausgegangen würde, der alle Formen des indirekten Vertriebs von IT-Produkten (über Wholesale-Distributoren und/oder Wiederverkäufer; Vertriebsformen a) und b) in der Abbildung) umfasst, kann offen gelassen werden, ob der sachlich relevante Markt auch den direkten Vertrieb umfasst.

25. Im Ergebnis kann eine definitive Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes offen gelassen werden, da der Zusammenschluss unabhängig von der sachlichen Marktabgrenzung als unbedenklich zu qualifizieren ist. Der sachliche Markt umfasst zumindest alle Formen des indirekten Vertriebs von IT-Produkten (über Wholesale-Distributoren und/oder Wiederverkäufer; Vertriebsformen a) und b) in der Abbildung).

II. Räumlich relevante Märkte

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

27. Ob der Markt, wie seitens der meldenden Unternehmen geltend gemacht, räumlich international abzugrenzen ist oder ob von einer nationalen Marktabgrenzung auszugehen ist, kann offen gelassen werden, da der Zusammenschluss selbst bei der engst möglichen Abgrenzung als unbedenklich zu erachten ist.

C.2 Keine betroffenen Märkte

28. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20% oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30% oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als «vom Zusammenschluss betroffene Märkte» bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen

werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

29. Es liegen keine betroffenen Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor. Die Wiederverkäufer beziehen IT-Produkte auch bei den Herstellern direkt. Tech Data verfügt zur Zeit über einen Marktanteil von [5-10%], Actebis über einen solchen von [0-5%], ausgehend von einem nationalen Markt für den indirekten Vertrieb von IT-Produkten. Durch die geplante Transaktion steigt der Marktanteil von Tech Data auf besagtem Markt auf schätzungsweise [10-15%], d.h. sie steigt nicht zum grössten Wholesale-Distributor auf, sondern bleibt hinter ALSO (Marktanteil [10-20%]) zurück.

30. Die meldenden Unternehmen werden auch nach dem Zusammenschluss für keinen wichtigen Hersteller über eine Vertriebsexklusivität verfügen. Wiederverkäufer werden ihre Wholesale-Distributoren somit auch künftig jederzeit wechseln können, ohne dass ihnen dadurch zusätzliche Kosten entstehen. In der Regel tätigen Wiederverkäufer ohnehin Einzelkäufe und zwar regelmässig bei mehreren Wholesale-Distributoren und/oder Herstellern gleichzeitig. Massgebend für welchen Wholesale-Distributor sich ein Wiederverkäufer entscheidet, sind die Warenverfügbarkeit, der Preis usw.

31. Nicht zuletzt aufgrund des Zusammenwachsens des IT-Bereichs mit der Telekommunikation sowie der Unterhaltungselektronik (sog. Konvergenz) dürfte das Marktvolumen im IT-Bereich künftig zunehmen. Hinzu kommt der Umstand, dass die Marktzutrittskosten verhältnismässig tief sind und auch keine grösseren Marktzutrittschranken ersichtlich sind. Nicht unberücksichtigt werden darf ferner der Umstand, dass etwas über die Hälfte der in der Schweiz vertriebenen IT-Produkte unter Umgehung jeglichen Zwischenhandels direkt von den Herstellern an die Endkunden verkauft werden.

D Ergebnis

32. Aus den genannten Gründen ergibt die vorläufige Prüfung keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Das Zusammenschlussvorhaben ist als unbedenklich anzusehen. Die Voraussetzungen für die Einleitung eines Prüfungsverfahrens nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3

12. *ALSTOM Rail Service (Schweiz) AG von ALSTOM Schienenfahrzeuge AG und Schweizerische Bundesbahnen SBB Cargo AG*

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

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

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

Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 4. September 2007

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 3. September 2007

A Sachverhalt

1. Am 03. August 2007 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend Sekretariat) die vollständige Meldung eines Zusammenschlussvorhabens ein. Danach beabsichtigen die ALSTOM Schienenfahrzeuge AG (nachfolgend Alstom Schienenfahrzeuge) und die Schweizerische Bundesbahnen SBB Cargo AG (nachfolgend SBB Cargo) die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens ALSTOM Rail Service (Schweiz) AG (nachfolgend Alstom Rail).

2. Alstom ist ein weltweit tätiges Unternehmen. In der Schweiz ist Alstom mit Alstom (Schweiz) AG vertreten. Die Hauptbereiche von Alstom (Schweiz) AG sind Energie und Transport. Im Bereich Energie bietet Alstom (Schweiz) AG Anlagen, Ausrüstungen und Dienstleistungen für die Erzeugung von Energie an. Allerdings fällt das gemeldete Zusammenschlussvorhaben Alstom Rail in den anderen Tätigkeitsbereich von Alstom (Schweiz) AG, den Bereich Transport. Für den Bereich Transport ist in der Schweiz die Tochtergesellschaft Alstom Schienenfahrzeuge AG verantwortlich. Der Bereich Transport besteht aus den vier Unterbereichen Rollmaterial, Schieneninfrastruktur, schlüsselfertige Systeme und Service. Zum Unterbereich Rollmaterial gehört das Angebot von Schienenfahrzeugen wie beispielsweise Strassenbahnen, Untergrundbahnen, Hochgeschwindigkeitszüge, Lokomotiven und Güterwagen. Der zweite Unterbereich Schieneninfrastruktur ist die Entwicklung, Produktion und Installation von Infrastrukturen für Verkehrsnetze. Dazu gehören Zugkontrollsysteme, Einrichtungen für die Stromversorgung von Schienensystemen, Kommunikations- und Signalanlagen, das Verlegen von Schienen und Stationseinrichtungen. Beim dritten Unterbereich schlüsselfertige Systeme handelt es sich um komplette Lösungen für Strassenbahnen und Untergrundbahnen. Bei schlüsselfertigen Systemen ist Alstom Schienenfahrzeuge um das gesamte Projektmanagement besorgt. Dabei nimmt das Personal von Alstom Schienenfahrzeuge vor Ort die finanzielle, administrative und technische Koordination vor sowie die Gestaltung, den Aufbau und Instandhaltung der Systeme. In den vierten Unterbereich Service ordnet Alstom Schienenfahrzeuge die Wartung von Einrichtungen für Schienennetze (beispielsweise Signalanla-

gen oder Gleise) und Rollmaterial ein. Zum weltweiten Angebot ihrer Dienstleistung Wartung von Rollmaterial zählt Alstom Schienenfahrzeuge auch die Renovation und Reparatur von Rollmaterial. Für die Erbringung von Renovierungen und Reparaturen handelt Alstom Schienenfahrzeuge auch mit Ersatzteilen. Zusätzlich bietet Alstom Schienenfahrzeuge die Bewirtschaftung des Ersatzteillagers für die Schienenverkehrsunternehmen an.

3. Der SBB-Konzern ist eine Aktiengesellschaft. Alleinige Aktionärin ist die Eidgenossenschaft. Die SBB ist in drei Divisionen aufgeteilt: Personenverkehr, Güterverkehr (SBB Cargo) und Infrastruktur. Zu diesen drei Divisionen kommen die Bereiche Immobilien und zentrale Dienste hinzu. Mit ihrer Division Personenverkehr ist die SBB hauptsächlich in der Schweiz tätig. Die SBB bietet Personentransport im Nah- sowie Fernverkehr an, beispielsweise S-Bahnen und InterCity-Züge. Für die Division Güterverkehr ist die Tochtergesellschaft SBB Cargo zuständig. Im Gegensatz zum Personenverkehr ist SBB Cargo national und international tätig. In der Schweiz bietet SBB Cargo sowohl Binnenverkehr als auch Import- und Exportverkehr an. Auf internationaler Ebene entwickelte sich SBB Cargo vor allem im Nord-Süd-Verkehr zu einem europäischen Gütertransportunternehmen. Zu SBB Cargo gehört auch der Geschäftsbereich Instandhaltung. Letzterer sorgt für die Instandhaltung und die technische Sicherheit der Wagen- und Lokomotivflotte sowie deren Verfügbarkeit in der Schweiz und auf der Nord-Süd-Achse. Die Dienstleistung des Rollmaterialunterhalts erbringt SBB Cargo für unternehmensinterne Kunden und für Drittkunden. Als Full-Service-Anbieter unterstützt der Geschäftsbereich Instandhaltung seine Kunden über den gesamten Lebenszyklus von Güterwagen und Lokomotiven. Die dritte Division Infrastruktur steuert den Bahnbetrieb: die Züge müssen pünktlich und sicher auf dem richtigen Gleis ans Ziel gelangen. Zudem unterhält die Division Infrastruktur Eisenbahnanlagen wie beispielsweise Schienennetz (ungefähr 3000 km), Signalanlagen und Übertragungsleitungen. Für Bahnhöfe, Nutzungsareale im Bahnhofsumfeld und Bürogebäude führt SBB den zusätzlichen Geschäftsbereich Immobilien. Das Hauptgeschäft von SBB Immobilien ist die kaufmännische und technische Bewirtschaftung ihres Liegenschaftsbestands. Für unternehmensweite Aufgaben führt SBB schliesslich den Bereich zentrale Dienste. Zu den zentralen Diensten gehören beispielsweise das Finanzwesen und die Personalverwaltung.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

4. 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

5. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

6. 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 selbständigen 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).

7. 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):

- a. Das Gemeinschaftsunternehmen wird von den Gründerunternehmen gemeinsam kontrolliert.
- b. Das Gemeinschaftsunternehmen erfüllt auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit (Vollfunktionsunternehmen).
- c. Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen fließen in das Gemeinschaftsunternehmen ein.

a. Gemeinsame Kontrolle

8. 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 Unternehmens auszuüben (Art. 1 Abs. 1 VKU).

9. Gemeinsame Kontrolle liegt in der Regel vor, wenn die beherrschenden Unternehmen bei allen wichtigen Entscheidungen betreffend das beherrschte Unternehmen Übereinstimmung erzielen müssen (DUCREY in: Schweizerisches Immaterialgüterrecht 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).

10. Alstom Schienenfahrzeuge ist mit 51% an Alstom Rail beteiligt. Die restlichen Beteiligungen hält SBB Cargo. Gemäss dem zwischen der SBB Cargo und der Alstom Schienenfahrzeug geschlossenen Aktionärsbindungsvertrag (ABV) fasst die Generalversammlung der Alstom Rail Service ihre Beschlüsse und vollzieht ihre Wahlen mit der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktienstimmen, soweit Gesetz, Statuten oder ABV nichts anderes bestimmen. In Ziffer 2.3.3 sieht der ABV vor, dass neben der in Art. 704 OR aufgeführten Geschäfte bestimmte weitere Beschlüsse einem qualifizierten Quorum von zwei Dritteln der vertretenen Stimmen und der absoluten Mehrheit der vertretenen Aktiennennwerte bedürfen, wobei 100% der Aktien vertreten sein müssen. Zu diesen Beschlüssen gehören u.a. jene über Umstrukturierungen der Alstom Rail, den Erwerb und die Veräusserung von Beteiligungen an anderen Unternehmen, die Eingehung strategischer Kooperationen, die Festsetzung und Änderung der Statuten, soweit sie Aktionärsrechte betreffen, Ausrichtungen von Dividenden und anderen Ausschüttungen an die Aktionäre und Kapitalerhöhungen.

11. Gemäss Ziffer 2.3.4 des ABV besteht der Verwaltungsrat des Gemeinschaftsunternehmens aus 6 Mitgliedern, wobei 4 von der Alstom Schienenfahrzeuge und 2 von der SBB Cargo AG gewählt werden. Bestimmte strategische Entscheidungen des Verwaltungsrats, wie jene über den Mittelfluss- und Investitionsplan, das Budget und das Rechnungswesen, die Finanzplanung und die Finanzkontrolle, Rechtsgeschäfte, die über den gewöhnlichen Geschäftsverkehr hinausgehen und Umstrukturierungen im Sinne des Fusionsgesetzes verlangen allerdings Einstimmigkeit. Kommt es dabei zu einer Pattsituation, ist gemäss Ziffer 3 i. des ABV jede Partei berechtigt, der anderen Kauf und Verkauf sämtlicher Aktien anzubieten. Die verlangte Einstimmigkeit ermöglicht es beiden am Gemeinschaftsunternehmen beteiligten Unternehmen unabhängig von den tatsächlichen Beteiligungsverhältnissen, Entscheidungen von strategischer Bedeutung zu blockieren.

12. Gestützt auf vorgenannte Ausführungen kann festgehalten werden, dass die Zusammenschlussparteien strategische geschäftspolitische Entscheidungen gemeinsam treffen und folglich Alstom Rail gemeinsam kontrollieren.

b. Vollfunktionsunternehmen

13. 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 selbständige 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 Tätigkeit 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.

14. Gemäss Meldung wird Alstom Rail am Markt auftreten. Das geplante Unternehmen wird die Dienstleistungen von Rollmaterialwartung auch anderen Unternehmen als der SBB Cargo anbieten. Zudem soll Alstom Rail die Kompetenzen im Bereich der Dieselmotoren ausserhalb der Anwendungen für Eisenbahnen nutzen. Die zwei Geschäftsbereiche Rangierlokomotiven/Dienstfahrzeuge und Kesselwagen bilden die Einlage von SBB Cargo.

15. Das zwischen der Alstom Schienenfahrzeuge und der SBB Cargo geschlossenen "Transaction Agreement" sieht vor, dass Alstom Rail selbständig lebensfähig sein und trotz der gemeinsamen Kontrolle über eine faktische, wirtschaftliche bzw. funktionale Selbständigkeit verfügen wird. Das Unternehmen wird mit eigenem Management und ausreichenden Ressourcen in personeller, finanzieller und sachlicher Hinsicht ausgestattet, um ihre Dienstleistungen selbständig anbieten zu können.

16. Gemäss Meldung besteht keine zeitliche Begrenzung für die Tätigkeit von Alstom Rail. Alstom Rail soll ihre Kompetenz grenzüberschreitend ausweiten und zusätzliche Dienstleistungen anbieten. Schliesslich definieren SBB Cargo und Alstom Schienenfahrzeuge mittel- und langfristige Ziele für Alstom Rail. Alstom Rail ist somit auf Dauer angelegt.

17. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Alstom Rail die Kriterien für ein Vollfunktionsunternehmen erfüllt.

c. Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen

18. Die Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens stellt einen Unternehmenszusammenschluss nach Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar, wenn ein Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen nach Art. 2 Abs. 1 VKU vorliegt und in es Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen einfließen (Art. 2 Abs. 3 VKU). Dies ist beispielsweise der Fall, wenn eines der Gründungsunternehmen sei-

ne Produktionsanlagen oder seine Vertriebsorganisation in das Gemeinschaftsunternehmen einbringt (DUCREY, a.a.O., S. 243 f.).

19. SBB Cargo beabsichtigt die Auslagerung ihrer zwei Geschäftsbereiche Unterhalt Rangierlokomotiven/Dienstfahrzeuge (RL/DFZ) und Unterhalt Kesselwagen (KW). Für diese Auslagerung gründen SBB Cargo und Alstom Schienenfahrzeuge das Gemeinschaftsunternehmen Alstom Rail. Folglich fließen von SBB Cargo Geschäftstätigkeiten in die neu zu gründenden Alstom Rail ein.

B.1.3 Ergebnis

20. Aufgrund der beschriebenen Eigenschaften erfüllt Alstom Rail die Voraussetzungen für ein Gemeinschaftsunternehmen nach Art. 2 Abs. 2 VKU. Das Vorhaben Alstom Rail stellt somit einen Unternehmenszusammenschluss nach Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG dar.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

21. Den materiellrechtlichen Bestimmungen des KG vorbehalten sind Vorschriften, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG), und solche, die einzelne Unternehmen zur Eröffnung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG). In den hier zu beurteilenden Bereichen gibt es keine Vorschriften, welche Wettbewerb ausschliessen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien **auch nicht geltend gemacht**.

B.3 Meldepflicht

22. 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 entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Mio. erzielten (Art. 9 Abs.1 Bst. a KG). Mindestens zwei der beteiligten Unternehmen müssen zudem einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielt haben (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

23. Gemäss Meldung sind die schweiz- und weltweit erzielten Umsätze der Zusammenschlussparteien im Geschäftsjahr 2006/2007 die folgenden:

	Umsatz kumuliert weltweit (in Mio. CHF)	Umsatz kumuliert Schweiz (in Mio. CHF)	Umsatz Schweiz (in Mio. CHF)
Alstom Schienenfahrzeuge	[...]	[...]	[...]
SBB Cargo	[...]	[...]	[...]
kumuliert	[...]	[...]	[...]

24. [...]Damit sind die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG überschritten bzw. erreicht. Folglich ist das Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig.

C Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

C.1 Relevante Märkte

C.1.1 Sachlich relevante Märkte

25. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

26. Gemäss Meldung kann das in der Eisenbahninfrastruktur im Einsatz stehende Rollmaterial in folgende Typen unterschieden werden:

- Rangierlokomotiven: Diese kommen auf Bahnhöfen für das Zusammenstellen (Rangieren) von Güter- und Personenwagen oder auf einem Anschlussgleis für die Endzustellung an einen Kunden zum Einsatz. Es sind meistens Diesellokomotiven. Einzig in der Schweiz werden häufig auch elektrische Lokomotiven eingesetzt. Sie eignen sich nur für kurze Strecken.

- Streckenlokomotiven: Diese werden für die Traktion von Güter- und Personenwagen im Nah- und Fernverkehr eingesetzt. In Europa werden sie überwiegend elektrisch angetrieben, weltweit sind es jedoch mehrheitlich Diesellokomotiven. In der Schweiz gibt es Lokomotivtypen die grenzüberschreitend auch in Deutschland oder Italien einsetzbar sind.

- Dienstfahrzeuge: Diese Lokomotiven werden für den Unterhalt der Eisenbahninfrastruktur - namentlich des Streckennetzes - und für die Sicherstellung der Betriebsfähigkeit des Eisenbahnverkehrs eingesetzt. Es können Schienenfahrzeuge unterschiedlicher Ausstattung je nach vorgesehenem Einsatz sein, so z.B. Lösch- und Rettungsfahrzeuge, Messfahrzeuge, Baumaschinenfahrzeuge, etc.

- Güterwagen: Diese werden entweder von Privatunternehmen oder Eisenbahnverkehrsunternehmen gehalten. Sie werden für den Gütertransport eingesetzt. Der Aufbau eines Güterwagens bestimmt sich nach dessen Einsatz.

- Kesselwagen: Dies sind Eisenbahnwagen (Güterwagen) zum Transport von Flüssigkeiten und Gasen aller Art sowie pneumatisch oder hydraulisch förderbaren Feststoffen (Pulver).

- Personenwagen: Dies sind Wagen für den Transport von Reisenden. Dazu gehören auch Sonderwagen wie z.B. Speisewagen.

27. Gemäss Meldung hat die Auslagerung des Geschäftsbereichs "Grossunterhalt von Rangierlokomotiven und Dienstfahrzeugen" und "Grossunterhalt Kesselwagen" von SBB Cargo an das geplante Gemeinschaftsunternehmen Auswirkungen auf den Wettbewerb im Markt für die Wartung von schienengebundenem Rollmaterial. Dieser Markt kann gemäss Mel-

dung in Anlehnung an den Entscheid der Europäischen Kommission Bombardier/ADtranz vom 3. April 2001 (COMP/M.2139-Bombardier/ADtranz, Rz. 16, S. 6) in folgende (Teil-) Märkte unterteilt werden:

- a. Markt für Betriebsunterhalt (light maintenance)
- b. Markt für Instandhaltung (heavy maintenance)
- c. Markt für Umbau (refurbishment)

28. Aus Sicht der Nachfrager sind die vorgenannten Wartungsarbeiten nicht untereinander austauschbar und beschreiben damit je einzeln einen sachlichen (Teil-) Markt. In vorstehenden (Teil-) Märkten ist die Organisation und Durchführung von Transporten des Rollmaterials nicht enthalten. Der Transport des Rollmaterials wird in der Regel vom Eisenbahnunternehmen selbst vorgenommen. Denn nur speziell ausgebildete Lokomotivführer mit Fahrbewilligung dürfen Eisenbahnfahrzeuge bewegen. Die Anstellung von Lokomotivführern durch ein Wartungsunternehmen lohnt sich meist nicht. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens Alstom Rail sind deshalb Organisation und Durchführung von Rollmaterialtransporten nicht Teil der sachlich relevanten Märkte.

a. Markt für Betriebsunterhalt

29. Der Markt für Betriebsunterhalt umfasst alle Arbeiten die aufgrund von Verordnungen (z.B. Verordnung vom 23. November 1983 über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen [Eisenbahnverordnung, EBV] SR 742.141.1), Betriebshandbüchern und Vorschriften von Herstellern regelmässig erbracht werden müssen, um den sicheren Betrieb des Fahrzeuges zu gewährleisten. Um die Verfügbarkeit des Rollmaterials hoch zu halten werden diese Arbeiten weitgehend vom Eisenbahnunternehmen eigenständig ausgeführt. So ist bei der SBB AG (nachfolgend SBB) die SBB Cargo für den Betriebsunterhalt zuständig.

b. Markt für Instandhaltung

30. Zum Markt für Instandhaltung gehören alle grösseren Arbeiten, die aufgrund von Defekten, Ausfällen, Unfällen, etc. notwendig sind, sowie Revisionen. Diese Arbeiten beinhalten grössere Überholungen, die in der Regel nur in einer Betriebswerkstätte während mehrerer Tage oder Wochen durchgeführt werden können.

c. Markt für Umbauarbeiten

31. Der Markt für Umbauarbeiten umfasst Arbeiten, die sich aufgrund von sich verändernden gesetzlichen Vorschriften und Auflagen (z.B. Umweltschutz/Einbau von Katalysatoren und Partikelfiltern) ergeben, oder aufgrund der Einführung neuer Technologien als nützlich erweisen. Dazu gehören Modernisierungs- und Anpassungsarbeiten und unter Umständen der vollständige Umbau des Rollmaterials.

C.1.2 Räumlich relevante Märkte

32. Die vorliegend interessierenden *Rangierlokomotiven und Dienstfahrzeuge*, bei denen es sich hauptsächlich um Diesellokomotiven handelt, sind vorwiegend stationär im Einsatz. Deshalb ist der Betreiber

solcher Fahrzeuge an lokal präsenten Anbietern von Wartungsarbeiten interessiert. Infolge Zeitverlust und hoher Transportkosten wäre es für einen Betreiber von Rangierlokomotiven unwirtschaftlich, sein schienengebundenes Rollmaterial für Betriebsunterhalts-, Instandhaltungs- und Umbauarbeiten vom Betriebsstandort über längere Distanzen zu verschieben. Deshalb ist für alle drei (Teil-)Märkte je von einem *regionalen, höchstens nationalen* räumlichen Markt auszugehen.

33. Der räumlich relevante Markt für die Wartung von *Kesselwagen* (Güterwagen) ist gemäss Meldung europäisch abzugrenzen, weil Güterwagen räumlich wesentlich flexibler disponiert werden können als Rangierlokomotiven/Dienstfahrzeuge. So können Güterwagen auch in einem Leerrücklauf einer örtlich günstig gelegenen Werkstätte auf der Transportstrecke übergeben werden. Trotzdem geht die Wettbewerbskommission im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben Alstom Rail für die Wartung von Kesselwagen von einem *nationalen* räumlich relevanten Markt aus. Eine nationale räumliche Marktangrenzung ist im Einklang mit dem Entscheid der Europäischen Kommission Bombardier/ADtranz vom 3. April 2001 (COMP/M.2139-Bombardier/ADtranz, Rz. 26). In diesem nimmt die Europäische Kommission bei Instandhaltungs- und Modernisierungsleistungen eine einzelstaatliche räumliche Marktangrenzung vor.

C.1.3 Vor- und nachgelagerte Märkte

34. Als zur Instandhaltung und zum Umbau von Rangierfahrzeugen, Dienstfahrzeugen und Kesselwagen vorgelagerte Märkte können gemäss Meldung jene für die Lieferung von Ersatzteilen oder für spezialisierte Leistungen für Instandhaltung und Umbau angesehen werden. Vertikal steht das Erstellen und Betreiben der Eisenbahninfrastruktur sowie die Organisation und Durchführung von Gütertransporten in Abhängigkeit zu den vorliegend relevanten Märkten für Umbau und Instandhaltungsarbeiten an Rangierfahrzeugen/Dienstfahrzeugen und Kesselwagen.

35. Die SBB Cargo ist vertikal in die SBB-Gruppe eingebunden. SBB bietet Dienstleistungen im öffentlichen Verkehr, namentlich in der Bereitstellung von Infrastruktur im Personennah- und Fernverkehr sowie im Güterverkehr an.

36. Alstom Schienenfahrzeuge ist vertikal in die Alstom-Gruppe eingebunden. Die Alstom stellt ebenfalls schienengebundene Fahrzeuge her, gemäss Meldung jedoch nur beschränkt auf den Bereich von Schienenbau für Trams und U-Bahnen oder im Bereich der Elektrifizierung von Infrastrukturanlagen. Alstom ist ansonsten weder im Bereich von Umbau- und Instandhaltungsarbeiten von Rangierlokomotiven/Dienstfahrzeugen oder Kesselwagen noch im Infrastrukturbau oder Güterverkehr tätig.

37. Die von Alstom hergestellten Schienenfahrzeuge können und werden gemäss Meldung auch von anderen Unternehmen als dem geplanten Gemeinschaftsunternehmen unterhalten werden. Die Käufer der Schienenfahrzeuge lassen sich häufig die Schutzrechte abtreten, damit sie die Fahrzeuge auch von Drittun-

ternehmen warten lassen können. Das geplante Gemeinschaftsunternehmen wird daher gemäss Meldung überwiegend Fahrzeuge anderer Hersteller instandhalten bzw. umbauen. Es sei allerdings möglich, dass gewisse Komponenten aufgrund des besonderen Know-Hows nur durch den Hersteller instandgehalten werden könnten. Dies treffe sowohl für Schienenfahrzeuge von Alstom als auch für solche anderer Hersteller zu.

38. Gemäss Meldung gibt es in Bezug auf die an das Gemeinschaftsunternehmen auszulagernden Instandhaltungs- und Umbauarbeiten keine direkten vertikalen Beziehungen zwischen der SBB-Gruppe und der Alstom-Gruppe.

C.2 Voraussichtliche Stellung auf den betroffenen Märkten

39. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20% oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30% oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als "vom Zusammenschluss betroffene Märkte" bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

C.2.1 Absatzmärkte

40. Gemäss Meldung ist aufgrund der historisch gewachsenen Struktur, dass Rollmaterialeigentümer die Wartungsarbeiten an ihrem Rollmaterial heute zur Hauptsache noch selber erbringen, die Nachfrageseite auf den Absatzmärkten für den Betriebsunterhalt, Instandhaltung und Umbau nach wie vor weitgehend identisch mit der Anbieterseite: Die erforderlichen Dienstleistungen werden von den Eisenbahnverkehrsunternehmen noch überwiegend selbst erbracht.

41. Auf der Nachfrageseite für Wartungsarbeiten an *Rangierlokomotiven/Dienstfahrzeugen* ist die SBB gemäss Meldung, als weitaus grösstes Eisenbahnverkehrsunternehmen in der Schweiz mit dem grössten Bestand an solchem Rollmaterial derzeit grösster Nachfrager von Wartungsdienstleistungen an diesem Rollmaterial. Weitere Nachfrager sind die BLS, die Rhätische Bahn und die Südostbahn. Die SBB Cargo erwirtschaftet 95% ihres Umsatzes mit der SBB und 5% mit Dritten.

42. Auf der Nachfrageseite für Wartungsarbeiten an *Kesselwagen* sind gemäss Meldung neben den in Rz. 27 erwähnten Eisenbahnverkehrsunternehmen auch grössere und kleinere Privatwageneigentümer wie die Wascosa AG, die VTG Aktiengesellschaft, Rexwal Services SA, Mitrag AG und KVG vorhanden. Die SBB Cargo erwirtschaftet mit der Wartung von Kesselwagen derzeit 55% des Umsatzes mit der SBB und 45% mit Dritten.

C.2.2 Marktteilnehmer

43. Die grössten Anbieter auf den Märkten Betriebsunterhalt, Instandhaltung und Umbau in der Schweiz sind heute gemäss Meldung gesamthaft betrachtet die folgenden:

- SBB Cargo AG
- BLS AG
- Rhätische Bahn (Schmalspur)
- Stadler Winterthur

44. Der Markt für Instandhaltung von *Rangierlokomotiven/Dienstfahrzeugen* öffnet sich gemäss Meldung zunehmend. Es handelt sich um einen Expansionsmarkt. Grösster Anbieter in diesem Markt ist gemäss Meldung Stadler Winterthur.

45. Für die Instandhaltung von *Kesselwagen* ist SBB Cargo gemäss Meldung der derzeit grösste Anbieter. Daneben gibt es kleinere, von den Eisenbahnverkehrsunternehmen unabhängige Anbieter wie z.B. die Joseph Meyer Waggon AG und Cattaneo. SBB Cargo wird gemäss Meldung auch nach Vollzug des Joint Venture Instandhaltungsdienstleistungen für Dritte anbieten. Allerdings nicht für Kesselwagen.

46. Alstom Rail wird als Anbieter in die beiden (Teil-) Märkte *Umbau und Instandhaltung* eintreten und einen zusätzlichen Wettbewerber darstellen. Heute

werden diese Dienstleistungen gemäss Meldung hauptsächlich von den Eisenbahnverkehrsunternehmen oder Rollmaterialherstellern selber angeboten. Das Angebot der Dienstleistungen umfasst gemäss Meldung alle Instandhaltungs- und Umbauarbeiten an Schienenfahrzeugen, von kleineren Wartungsarbeiten über periodische Revisionen bis zu grösseren Umbauarbeiten von Schienenfahrzeugen. Sie wird diese Dienstleistungen zur Hauptsache am Standort Biel anbieten, daneben aber auch mobile Einsatzequipen bereitstellen, die ihre Dienstleistungen vor Ort erbringen werden.

C.2.3 Beschaffungsmärkte

47. Als Lieferanten für das geplante Gemeinschaftsunternehmen kommen gemäss Meldung allgemein Unternehmen aus der Maschinenindustrie, Zulieferer und Handelsbetriebe in Frage. Derzeitige Lieferanten der Alstom-Gruppe sind auch potentielle Lieferanten des geplanten Gemeinschaftsunternehmens. Dazu gehören gemäss Meldung bspw. ABB, Bombardier Transportation und Selectron AG.

C.2.4 Marktvolumen

48. Das Marktvolumen für Wartungsdienstleistungen an schienengebundenem Rollmaterial präsentiert sich gemäss Angaben in der Meldung, die sich auf Einschätzungen von Mercer Management Consulting stützen folgendermassen:

	Eisenbahnverkehrsunternehmen	Dritte Wartungsunternehmen
Wartungsleistungen an schienengebundenem Rollmaterial	75% (450 Mio)	25% (150 Mio.)

Gemäss Schätzung von Mercer Management Consulting enthält das Marktvolumen von CHF 600 Mio. auch die Eigenleistungen der Eisenbahnverkehrsunternehmen. Im vorliegenden Zusammenschlussvorhaben Alstom Rail ist eine Berücksichtigung der Eigenleistungen der Eisenbahnverkehrsunternehmen sinnvoll, um das Verhältnis zwischen unternehmensinternen Wartungsleistungen und Wartungsleistungen an Dritte darzustellen. Von allen Wartungsleistungen erbringen die Eisenbahnverkehrsunternehmen immer noch 75% unternehmensintern.

49. Istom Rail plant, in den kommenden fünf Jahren einen Anteil von CHF 50 Mio. am Gesamtmarkt für Wartungsarbeiten an schienengebundenem Rollmaterial von ungefähr CHF 600 Mio. zu bewirtschaften. Damit machte der Anteil von Alstom Rail 8% am Volumen für Wartungsleistungen aus. Die Zusammenschlussparteien schätzen, dass sich der Marktanteil des geplanten Gemeinschaftsunternehmens in etwa folgendermassen auf die relevanten (Teil-) Märkte aufteilen wird: Instandhaltung 75%, Umbau 20%, Betriebsunterhalt 5%.

50. Die Anteile der Eisenbahnverkehrsunternehmen am Marktvolumen hängen von ihrer Grösse ab. SBB ist

in der Schweiz nach wie vor das grösste Eisenbahnverkehrsunternehmen und hat folglich auch den grössten Anteil am Wartungsmarkt. Gemäss Meldung können aber keine genauen Angaben zu den Teilmärkten gemacht werden. Denn vorgenannte (Teil-) Märkte bestehen heute in der Schweiz noch nicht, da die Wartungsdienstleistungen vorwiegend von den Eisenbahnverkehrsunternehmen erbracht werden und sich eine Öffnung erst seit ca. 5 Jahren abzeichnet.

C.2.5 Marktanteile der Zusammenschlussunternehmen

51. Die nachfolgend genannten Marktanteile beziehen sich auf das Gesamtgeschäft für Wartungsarbeiten an Rollmaterial im Schienenverkehr. Nach Angaben von Alstom Schienenverkehr ist eine gesonderte Betrachtung der Segmente Rangierlokomotiven/Dienstwagen einerseits und Kesselwagen andererseits mangels vorhandener Daten nicht möglich.

52. Tabellarisch zusammengefasst betragen die Marktanteile:

Markt	Marktanteil SBB Cargo	Marktanteil Alstom Schienenfahrzeuge	Kumulierter Marktanteil
Betriebsunterhalt	30-35%	0%	30-35%
Instandhaltung	35-40%	0-5%	40-45%
Umbau	15-20%	5-10%	20-30%

C.2.6 Aktueller Wettbewerb

53. Zunächst wird geprüft, ob genügend aktuelle Konkurrenz besteht, die Wettbewerbsdruck auf das entstehende Unternehmen ausüben kann.

54. Wettbewerbsdruck entsteht gemäss Angaben der Alstom Schienenfahrzeuge vorliegend dadurch, dass Wartungsarbeiten heute zur Hauptsache von drei Kategorien von Unternehmen ausgeführt werden:

- **"In-house"-Abteilungen** der Eisenbahnverkehrsunternehmen, die nach wie vor Wartungsarbeiten an ihrem eigenen Rollmaterial durchführen. Diese Abteilungen sind traditionellerweise sehr gut ausgerüstet und verfügen über Überkapazitäten. Unter dem staatlichen - finanziell begründeten - Reorganisationsdruck haben sie begonnen ihre Dienstleistungen Dritten anzubieten.
- **Hersteller von Rollmaterial**, die Umbau- und Instandstellungsarbeiten offerieren.
- **Unabhängige Wartungsunternehmen**, die sich auf bestimmte Unterhaltssparten spezialisiert haben.

55. Die Tendenz, dass **Unterhalts- und Instandstellungsarbeiten** nicht mehr nur "in-house" von den Eisenbahnverkehrsunternehmen selber, sondern durch spezialisierte Dritte angeboten werden, wird gemäss Meldung durch die Öffnung des Markts für den Gütertransport auf der Schiene verstärkt. Als Folge dieser Öffnung seien in den vergangenen Jahren eine Vielzahl von neuen Transportunternehmen entstanden, die den Gütertransport auf Schienen organi-

sieren und anbieten (z.B. Veolia Transport in Deutschland). Diese Unternehmen verfügten teilweise über eigenes Rollmaterial, aber nicht über eigene Unterhaltsbetriebsstätten, weshalb sie auf Anbieter von Wartungsleistungen angewiesen seien.

56. Weiter ist gemäss Meldung festzustellen, dass der Bestand von Rangierlokomotiven und Dienstfahrzeugen zwar tendenziell abnimmt aber die Fahrzeugauslastung erhöht wird. Eine intensivere Nutzung der Fahrzeuge habe eine grössere Nachfrage nach Betriebsunterhalts- und Instandhaltungsdienstleistungen zur Folge.

57. Die **Überprüfung von Kesselwagen** erfolgt gemäss Meldung regelmässig alle 4 Jahre. Für die Zulassung und Revision solcher Wagen gelten länderspezifische Vorschriften. Der Markt für die Wartungsarbeiten an Kesselwagen ist bereits mit der Aufhebung der Einstellpflicht und entsprechenden Verträgen mit privaten Wagenbesitzern liberalisiert worden. Gemäss Meldung wird erwartet, dass der Markt in Zukunft **expandiert**.

58. Die aus der Sicht der Alstom Schienenfahrzeuge ernst zu nehmenden **Wettbewerber** auf dem Markt für **Instandhaltung und Umbau** sind die BLS und die Stadler Winterthur. Die BLS hat ein Marktvolumen von CHF 88 Mio. und damit einen Marktanteil von ca. 15%, die Stadler Winterthur verfügt mit einem Marktvolumen von CHF 32 Mio. über einen Marktanteil von ca. 5%.

59. Tabellarisch zusammengefasst betragen die Marktanteile:

Markt	BLS	Stadler	Alstom Rail Services
Wartungsmarkt für Rollmaterial	15%	5%	8½% (für die Zukunft geschätzt)

60. Bei der Suche nach geeigneten Partnern für eine Kooperation lud SBB Cargo verschiedene Unternehmen zur Eingabe von Angeboten ein. Die meisten dieser angebotsunterbreitenden Unternehmen sind im nachfolgenden Abschnitt Potenzieller Wettbewerb erwähnt.

C.2.7 Potenzieller Wettbewerb

61. Die Analyse des potenziellen Wettbewerbs soll aufzeigen, ob das geplante Gemeinschaftsunternehmen durch in naher Zukunft mögliche Marktzutritte diszipliniert wird (RPW 2006/4 746 f.). Unter dem Gesichtspunkt der potenziellen Konkurrenz ist auch zu prüfen, ob aktuelle Konkurrenten ihre Marktstellung in mittelbarer Zukunft verstärken könnten, womit der

Handlungsspielraum des marktbeherrschenden Unternehmens eingeschränkt würde (ZACH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. A., Bern 2005, Rz. 584).

62. In den letzten fünf Jahren ist Stadler Winterthur neu in den Markt eingetreten und hat heute ein Marktvolumen von 5%. Das Unternehmen ist im Bereich *Instandhaltung von Dieselschienenfahrzeugen* tätig und kurzfristig in der Lage, seine Dieseltechnologie auszuweiten und verstärkt als direkte Konkurrentin der Alstom Rail aufzutreten.

63. Dass Interesse an einer solchen Ausweitung besteht, kann insoweit als aktuell beurteilt werden, als das Unternehmen auch an der Ausschreibung der SBB Cargo für die Wartung der Rangierlokomotiven und Dienstfahrzeuge teilgenommen hat. Nach Ansicht der Alstom Schienenfahrzeuge ist Stadler ein potenzieller Wettbewerber, der mit Bestimmtheit in unmittelbarer Zukunft seine Position auf dem Markt für Instandhaltung und Umbau von Rollmaterial ausbauen wird.

64. Gemäss Einschätzung der Alstom Schienenfahrzeuge könnten in den nächsten drei Jahren mit einer Wahrscheinlichkeit von 70% eines oder zwei der folgenden Unternehmen in den gleichen Markt eintreten:

- **Unternehmen 1:** Verfügt als Hersteller von Diesellokomotiven über ein entsprechendes Know-How. Das Interesse in den Instandhaltungsmarkt einzutreten manifestiert sich unter anderem [...] wie bei Stadler Winterthur durch die Teilnahme an der Ausschreibung von SBB Cargo betreffend den Unterhalt von Rangierlokomotiven/Dienstfahrzeugen.

- **Bombardier:** Verfügt als Hersteller von Diesellokomotiven über ein umfassendes entsprechendes Know-How. Das Interesse, in den Instandhaltungsmarkt einzutreten zeigt sich ebenfalls durch Teilnahme an der Ausschreibung von SBB Cargo betreffend den Unterhalt von Rangierlokomotiven/Dienstfahrzeugen.

- **Unternehmen 3:** Verfügt durch eigene Werkstätten bereits über ein umfassendes Know-How in Dieseltechnologie und ist offenbar gewillt, dieses auch verstärkt auf dem Markt anzubieten. [...] Eine Ausweitung des Angebots und ein Anstreben an Marktanteilzugewinn ist daher potenziell sehr rasch möglich. Das Interesse von Unternehmen 3 an der Strategie manifestiert sich ebenfalls in der Teilnahme an der Ausschreibung der SBB Cargo für den Erwerb des Geschäftsbereiches Unterhalt von Kesselwagen.

- **Unternehmen 4:** Verfügt als [...] über eine grosse Dieseltechnologie. Das Interesse an einer möglichen Ausweitung des Tätigkeitsbereiches in der Schweiz auf dieselangetriebene Schienenfahrzeuge und die Instandhaltung von Güterwagen manifestiert sich ebenfalls in der Teilnahme an der Ausschreibung von SBB Cargo für den Unterhalt der Rangierlokomotiven/Dienstfahrzeuge sowie die Übernahme des Geschäftsbereiches Unterhalt von Kesselwagen.

- **Unternehmen 5:** Eher unbekanntes Unternehmen, das sich derzeit bemüht, in Europa ein Instandhaltungswerk für Rollmaterial aufzubauen. Das Interesse an einem Markteintritt Schweiz manifestiert sich ebenfalls in der Teilnahme an der Ausschreibung von SBB Cargo für den Unterhalt der Rangierlokomotiven/Dienstfahrzeuge sowie die Übernahme des Geschäftsbereiches Unterhalt von Kesselwagen.

- **Joseph Meyer Waggonbau AG:** Das Unternehmen ist als Hersteller von unterschiedlichen Güterwagentypen bereits sehr aktiv im Instandhaltungsgeschäft für Güterwagen tätig und zeigt Interesse, diesen Bereich auszubauen und ein neues Geschäftsfeld aufzubauen. Das Interesse zeigt sich ebenfalls in der Teilnahme an der Ausschreibung von SBB Cargo für den Unterhalt der Rangierlokomotiven sowie die Übernahme des Geschäftsbereiches Unterhalt von Kesselwagen.

- **Unternehmen 7:** [...] Das Unternehmen verfügt bereits über eigene Instandhaltungswerkstätten in [...] und [...] und zeigt Interesse am Eintritt in den Schweizer Markt. Dieses Interesse bestätigte Unternehmen 7 ebenfalls durch seine Teilnahme an der Ausschreibung von SBB Cargo für den Unterhalt der Rangierlokomotiven/Dienstfahrzeuge sowie die Übernahme des Geschäftsbereiches Unterhalt von Kesselwagen.

- **Unternehmen 8:** Als Hersteller von Lokomotiven verfügt das Unternehmen über ein grosses technisches Know-How auch für die Instandhaltung. Zudem kann das Unternehmen als Hersteller Synergien vielfältig nutzen, so dass der Markteintritt in der Schweiz zu vergleichsweise geringen Kosten möglich ist (gilt für alle Rollmaterialhersteller gleichermaßen).

- **Unternehmen 9:** Hersteller von Güterwagen, der zur besseren Auslastung seiner Anlagen nach Gelegenheit sucht, ins Instandhaltungsgeschäft im Bereich Güterwagen einzudringen.

65. Gemäss den Angaben der Alstom Schienenfahrzeuge hängen die Kosten, die ein Markteintritt verursacht vom betrieblichen Hintergrund ab und können unterschiedlich sein. Ein Neuaufbau inklusive Aneignung der erforderlichen Technologie sei eher unwahrscheinlich, weil die Beschaffung von Technologie, Know-how und Infrastruktur sehr kostenintensiv sei. Selbst der Neubau einer kleinen Werkstatt bedeute eine Investition von CHF 50 Mio.

66. Kostentreibend seien vor allem die eisenbahntechnische Ausrüstung, die Verbindung mit dem Eisenbahnbetrieb und der Eisenbahninfrastruktur sowie die Anschaffung der zahlreichen speziellen und grossen Maschinen. Bei einem zu erwartenden Umsatz einer kleinen Werkstatt von CHF 15 Mio. und einer Bruttorendite von ca. CHF 3 Mio. seien die Anlagekosten sehr hoch. Dies werde auch durch die Tatsache bestätigt, dass viele neue Eisenbahnverkehrsunternehmen im Ausland mit erheblichen staatlichen Investitionsbeihilfen (für Fahrzeuge und Werkstätten) gefördert wurden, damit sie überhaupt erst in den Markt einsteigen konnten.

67. Anstatt neuer Markteintritte ist gemäss Meldung vielmehr zu erwarten, dass Rollmaterialhersteller ihre Tätigkeit sukzessive auf Instandhaltungsdienstleistungen ausweiten. Dadurch könnten sie einerseits Synergien mit ihren Produktions- und Entwicklungsparten erreichen, andererseits die Wertschöpfung und Kundenanbindung vergrössern.

68. In der Meldung werden folgende andere Faktoren genannt, welche die Kosten eines Marktzutritts beeinflussen könnten:

- Behördliche Bewilligungen und/oder Normen stellen kein nennenswertes Hindernis dar.
- Bestehende Exklusivverträge zwischen Eisenbahnverkehrsunternehmen und Herstellern, welche die Drittvergabe des Unterhaltes bis zu einem gewissen Zeitpunkt untersagen. Solche Klauseln sind bis anhin mit Rechten geistigen Eigentums gerechtfertigt worden. Nach Ansicht der beteiligten Unternehmen würden solche Exklusivitätsklauseln mit zunehmender Liberalisierung allerdings kaum mehr in dieser Tragweite durchsetzbar.
- Patente, Know-How und andere Schutzrechte gehören in der Regel den Herstellern von Rollmaterial und anderen Komponenten.
- Werbung spielt auf den hier fraglichen Märkten eine kleine Rolle. Es handelt sich um einen reinen Industriellen-Kundenmarkt mit einer überschaubaren Zahl von Marktteilnehmern. Die faktischen Kundenbindungen dürften in Zukunft bei zunehmendem Wettbewerbsdruck keine Rolle mehr spielen. Entscheidend werden in Zukunft vielmehr das Verhältnis von Qualität und Preis einer Wartungsdienstleistung sein.
- Die Grösse eines Unternehmens stellt in gewisser Hinsicht einen Wettbewerbsvorteil dar: Eine bestimmte kritische Grösse muss erreicht werden, damit die Investitionen gedeckt werden können. Im Güterwagenbereich ist sie sicherlich kleiner als im Bereich der Rangierlokomotiven/Dienstfahrzeuge.
- Hinsichtlich der Frist innerhalb welcher ein Marktzutritt vollzogen werden kann, muss von einem kurzen Zeitplan ausgegangen werden. Bei den Rollmaterialherstellern ist es jederzeit möglich, mit einem Verlauf von schätzungsweise ein bis zwei Jahren in den Markt für Wartungsdienstleistungen einzutreten. Sofern neue Werkstätten gebaut werden müssen und nicht bestehende übernommen werden können, ist die Bauzeit zu berücksichtigen. Am vorliegenden Beispiel von Alstom zeigt sich, dass bei günstiger Konstellation ein Jahr ausreicht.

69. Gemäss Meldung wird **SBB Cargo** aufgrund eines Rahmenvertrages für die Instandhaltung von Rangierlokomotiven/Dienstfahrzeugen in diesem Bereich **Hauptkunde** von Alstom Rail sein. Der Rahmenvertrag ist für die Dauer von 5 Jahren abgeschlossen (Art. 21 des Rahmenvertrages). Daneben fallen als potenzielle Nachfrager der Dienstleistungen der Alstom Rail alle anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen und private Betreiber von Werksbahnen oder Anschlussgleisen, die über Rangierlokomotiven verfügen in Betracht.

70. Fraglich ist, ob potenzielle Wettbewerber am Marktzutritt gehindert werden, wenn die SBB, als grösste Schweizer Eigentümerin von schienengebundenem Rollmaterial während der Dauer des Rahmenvertrages die Instandhaltung ihrer Rangierlokomotiven und Dienstfahrzeuge exklusiv durch das geplante Gemeinschaftsunternehmen ausführen lässt. Da die SBB die Instandhaltung bisher durch die konzerninterne SBB Cargo und nicht durch unabhängige Dritte hat vornehmen lassen ändert sich soweit ersichtlich nichts an der Situation der potenziellen Wettbewerber.

71. Alstom Schienenfahrzeuge handelt auch mit Ersatzteilen und bietet zudem die Bewirtschaftung des Ersatzteillagers für die Schienenverkehrsunternehmen an. Da dieser Bereich auch bislang Drittunternehmen, die eine solche Bewirtschaftung anbieten, nicht zugänglich war, ändert sich durch die Auslagerung eines Teils der Unterhaltsarbeiten an die geplante Alstom Rail auch aus dieser Perspektive nichts an der Situation für potenzielle Wettbewerber.

72. Es kann damit festgehalten werden, dass die Tatsachen, dass SBB Cargo zumindest während der Dauer des Rahmenvertrages Hauptkunde der geplanten Alstom Rail sein wird und Alstom Schienenfahrzeuge sehr wahrscheinlich die Alstom Rail mit Wartungsarbeiten betrauen wird, nichts an der Situation für die Konkurrenz ändert, da diese bislang auch keinen Zugang zu diesen Aufträgen hatte. In Bezug auf Aufträge von anderen Unternehmen entsteht mit Alstom Rail ein neuer Konkurrent, der den Wettbewerb voraussichtlich verstärken wird.

D Ergebnis

73. Aufgrund der vorstehenden Ausführungen ergeben sich keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Das Zusammenschlussvorhaben ist als unbedenklich anzusehen. Daher sind die Voraussetzungen für die Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG nicht gegeben.

B 2.3

13. Fenaco/Granador

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

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

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

Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 11. September 2007

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 11. September 2007

A Sachverhalt

1. Am 16. August 2007 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend Sekretariat) die vollständige Meldung des Zusammenschlussvorhabens fenaco/Granador durch fenaco ein. Danach beabsichtigt die Genossenschaft fenaco die alleinige Kontrolle über das Gemeinschaftsunternehmen Unidrink AG zu übernehmen. Die Unidrink AG ist ein gemeinsames Getränkeunternehmen der Pomdor AG und der Granador Holding AG. Die Volg Weinkellereien AG (vormals Pomdor AG¹) hält einen Anteil von 64% und die Granador Holding AG einen Anteil von 36% am Aktienkapital der Unidrink AG. fenaco hält 100% der Aktien der Volg Weinkellereien AG und ist damit indirekt mit 64% an der Unidrink AG beteiligt. Das Gemeinschaftsunternehmen existiert seit April 2005. Das Zusammenschlussvorhaben Gemeinschaftsunternehmen Unidrink AG wurde dem Sekretariat am 11. Februar 2005 gemeldet und von demselben als nicht meldepflichtig qualifiziert, weil die Umsatzzschwellen von Art. 9 KG nicht erreicht wurden². Gemäss Meldung sind fenaco und der Verwaltungsrat der Granador Holding AG anlässlich der Festlegung der künftigen Strategie zum Schluss gekommen, dass die Führung der Unidrink AG als Gemeinschaftsunternehmen Nachteile aufweist. Die Parteien sind in der Folge übereingekommen, dass die Granador Holding AG vollumfänglich durch die fenaco übernommen werden soll, damit eine vollständige Integration der Granador Holding AG und damit der Unidrink AG in die fenaco erfolgen kann. Zu diesem Zweck hat die fenaco den Aktionären der Granador Holding AG am 28. August 2007 ein Angebot für die Übernahme aller Granador-Aktien unterbreitet. Damit findet ein Wechsel von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle statt.

2. Die *fenaco* ist eine genossenschaftlich organisierte Unternehmensgruppe der schweizerischen Agrarwirtschaft mit Sitz in Bern. Sie bezweckt die Versorgung der Landwirtschaft und weiterer Kreise mit landwirtschaftlichen Produktionsmitteln, Verbrauchsgütern und Dienstleistungen, einschliesslich Import und Handel mit Mineralölprodukten. Weiter verfolgt sie eine auf die Veredelung und Vermarktung von Erzeugnissen aus Pflanzen- und Tierprodukten ausgerichtete Handels-, Produktions- und Dienstleistungstätigkeit, einschliesslich Handel mit Weinen und Spiri-

tuosen. Die fenaco besitzt Konzernstruktur. Die strategischen Geschäftsfelder sind in Divisionen zusammengefasst, zu welchen gemäss Meldung sowohl Stammhaus-Geschäftsbereiche, als auch Tochtergesellschaften gehören können. Die Tätigkeit der fenaco im Bereich der Getränke gehört zum Departement Getränke/Wein und erfolgt ausschliesslich in der Volg Weinkellereien AG bzw. Unidrink.

3. Die *Volg Weinkellereien* AG (nachfolgend Volg Weinkellereien) mit Sitz in Winterthur bezweckt die Herstellung von und den Handel mit Weinen und anderen alkoholischen und nicht alkoholischen Getränken aller Art. Sie hält 64% der Aktien der Unidrink und 100% der Aktien der Mineralquellen Elm AG.

4. Die *Granador* Holding AG (nachfolgend Granador) hat ihren Sitz in Hitzkirch (LU). Sie bezweckt das Erwerben, Halten, Verwalten, Veräussern und Finanzieren von Gesellschaften, insbesondere im Getränke- und Nahrungsmittelbereich. Sie hält 36% der Aktien der Unidrink. Weiter hält sie 100% der Lupo Holding AG, einer reinen Liegenschaftsgesellschaft.

5. Das Gemeinschaftsunternehmen *Unidrink* AG (nachfolgend Unidrink) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Hitzkirch (LU). Sie bezweckt Herstellung und Abfüllung von Getränken sowie den Handel mit Getränken aller Art. Sie hält 72% der Aktien an der Pomog AG mit Sitz in Amriswil (TG), welche Obst und Früchte zu Obst- und Fruchtsaft-Konzentraten verarbeitet.

6. Unidrink produziert Apfelsaft und Obstwein (Ramseier), Süssgetränke (Sinalco, Elmer Citro), Mineralwasser (Elmer Mineral), und Fruchtsaft (Granador). Darüber hinaus produziert Unidrink Eigenmarken für Schweizer Detailhändler (Bier und Süssgetränke) und stellt im Unterauftrag für internationale Unternehmen (Pepsi, Coca Cola, Unilever, Eckes Granini) Getränke her. Mit seinem Vollsortiment ist Unidrink ein bedeutender Getränkeproduzent in der Schweiz.

7. Unidrink wurde im Jahr 2005 gegründet und sollte von fenaco und Granador als Gemeinschaftsunternehmen geführt werden. Gemäss Meldung hat sich der Markt seit 2005 verändert. Insbesondere erfolgten weitere Zusammenschlüsse oder Markteintritte in die Schweiz. Beispielsweise hat Migros im Februar 2007 den Kauf von Denner bekannt gegeben und werden in den nächsten Jahren Aldi und Lidl in den Schweizer Markt eintreten. Durch diese Markteintritte werden Getränkeproduzenten in der Schweiz unter Druck geraten und müssen effizienter werden. Im Zusammenhang mit der Festlegung der künftigen

¹ Die Pomdor AG wurde im Jahr 2006 konzernintern in die Volg Weinkellereien AG fusioniert.

² Vergleiche das Schreiben 41-0000: Zusammenschluss Pomdor AG / Granador AG zu Unidrink AG.

strategischen Ausrichtung, der Wahl der Produktionsstandorte und der Besetzung der Schlüsselpositionen zeigte sich, dass die Führung der Unidrink als Gemeinschaftsunternehmen Nachteile hat. Mit der alleinigen Kontrolle durch fenaco sollen Geschäftsent-scheide künftig schneller und damit effizienter gefasst werden können.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

8. 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

9. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern oder Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1bis KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

10. Als Unternehmenszusammenschluss gilt jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen (Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG). Ein Unternehmen erlangt im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG die Kon-

trolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen, wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des anderen Unternehmens auszuüben (Art. 1 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [VKU], SR 251.4).

11. Am 28. August 2007 hat fenaco den Aktionären der Granador, die ihrerseits bisher zu 36% am Aktienkapital des Gemeinschaftsunternehmens Unidrink beteiligt war, ein öffentliches Kaufangebot unterbreitet. Mit dem Erwerb sämtlicher Granador-Aktien erlangt fenaco mittelbar die alleinige Kontrolle über Unidrink. Damit liegt ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne des Kartellgesetzes vor.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

12. 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

13. Vorhaben über Zusammenschlüsse 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 entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Mio. erzielten; und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a und Bst. b. KG).

14. Gemäss Meldung wurden im Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss folgende Umsätze erzielt:

Gesellschaft	Umsatz 2006 (in Mio. CHF)
fenaco	4'745
Granador Holding AG	2.2
Unidrink AG	200

Die beteiligten Unternehmen haben im letzten Geschäftsjahr insgesamt einen Umsatz von mehr als CHF 2 Mia. und zwei beteiligte Unternehmen haben in der Schweiz einen Umsatz von je mehr als CHF 100 Mio. erzielt. Damit sind die Umsatzschwellen in Art. 9 KG überschritten und der Zusammenschluss ist meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens nach erfolgter vorläufiger Prüfung

15. 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).

16. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den Zusammenschluss beurteilt.

B.4.1 Relevante Märkte

B.4.1.a Sachlich relevanter Markt

17. 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).

18. Unidrink produziert Apfelsaft und Obstwein, kohlenstoffhaltige Softdrinks, Mineralwasser, Fruchtsaft und Bier. In der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 6. Dezember 2004 in Sachen Feldschlösschen Getränke Holding/Coca Cola AG/Coca Cola Beverages AG (RPW 2005/1 S. 114 ff., Ziff. 58) wurden im Bereich nicht alkoholischer Getränke u.a. ein Markt für kohlenstoffhaltige Softdrinks, ein Markt für Mineralwasser und ein Markt für Fruchtsäfte abgegrenzt. Die fenaco schlägt vor, die Produkte Apfelsaft und Obstwein ebenfalls als einen Teilmarkt zu definieren. Im Bereich alkoholischer Getränke wird von Unidrink zudem Bier produziert, weshalb zusätzlich ein Markt für Bier abzugrenzen ist. Der Bereich Spirituosen (Pomdor AG Distellerie, St. Georg) ist im Oktober 2006 an die Diwisa AG verkauft worden und fenaco/Unidrink haben sich aus diesem Bereich zurückgezogen. In der Meldung werden folgende Teilmärkte abgegrenzt:

- a. Markt für Süssgetränke
- b. Markt für Mineralwasser
- c. Markt für Fruchtsaft
- d. Markt für Bier
- e. Markt für Apfelsaft und Obstwein

19. Obstwein ist gemäss Art. 378 der Lebensmittelverordnung vom 1. März 1995, ([LMV] SR 817.02) ein Getränk, das aus frisch gepresstem oder physikalisch haltbar gemachtem Apfelsaft oder Birnensaft durch eine teilweise oder vollständige alkoholische Gärung gewonnen worden ist. Der Alkoholgehalt muss mindestens drei Volumenprozent betragen; gestattet ist die Zugabe von Apfel- oder Birnensaft, Zucker oder Zuckerarten für die Nachgärung zur Herstellung von Obstschäumwein sowie Kohlendioxyd (Art. 379 LMV). Gemäss Meldung produziert Unidrink aus Mostäpfeln Apfelsaft und Obstwein. Apfelsaft und Obstwein würden mit dem gleichen Ausgangsprodukt hergestellt und die Beschaffungs- und Absatzkanäle seien im Wesentlichen gleich, weshalb nachfolgend nicht von zwei unterschiedlichen Teilmärkten ausgegangen werden müsse.

20. Ob Apfelsaft und Obstwein einen eigenen relevanten Markt bilden, während alle anderen Fruchtsäfte einem Markt für Fruchtsäfte zugeordnet werden, ist fraglich. Dies würde implizieren, dass z.B. Birnen- und Orangensaft als Substitute angesehen würden, nicht jedoch Birnen- und Apfelsaft. Die Frage nach der korrekten Marktabgrenzung kann vorliegend jedoch offengelassen werden: Wie nachfolgend zu erläutern ist, bietet die Übernahme der alleinigen Kontrolle über Unidrink durch fenaco selbst bei der engsten Marktabgrenzung (Markt für Apfelsaft und Obstwein) keine Anhaltspunkte für eine Begründung oder eine Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung.

Marktgegenseite sind gemäss Meldung in vorliegendem Fall einerseits die Grossunternehmen des Detailhandels (Coop, Denner etc.) und andererseits die Gastronomie, die mittels Depositären (Feldschlösschen, Heineken, Eichhof u.a.) von Unidrink beliefert werden. Aus Sicht der Detailhändler und der Depositäre kann davon ausgegangen werden, dass die einzelnen Produzenten von Apfelsaft und Obstwein substituierbar sind. Nicht abschliessend geklärt ist allerdings die Frage, ob diese Beziehung symmetrisch ist und die Absatzkanäle Gastronomie-Depositäre und Detailhandel produzentenseitig als Substitute zu bewerten sind. Coop und Denner allein nehmen gemäss Meldung ca. 60% der von Unidrink produzierten Menge ab. Ihre Nachfragemacht dürfte die Ausweichmöglichkeiten der Produzenten signifikant einschränken. Auf eine vertiefte Analyse der Substituierbarkeit der Absatzkanäle kann jedoch vorliegend verzichtet werden, da der Unternehmenszusammenschluss zu keinen Marktanteilsadditionen und damit nicht zu einer Veränderung der Marktstrukturen führt.

B.4.1.b Räumlich relevanter Markt

21. 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).

22. fenaco schlägt vor von einem internationalen Markt auszugehen und begründet dies damit, dass weder auf der Beschaffungs- noch auf der Absatzseite Import- und Exportbeschränkungen bestehen. Aufgrund der hohen Kosten, die der internationale Getränketransport verursacht, ist allerdings davon auszugehen, dass Detailhändler und Depositäre den Getränken, welche den sachlich relevanten Markt beschreiben, vorwiegend schweizweit nachfragen. Der räumlich relevante Markt ist folglich *national* abzugrenzen.

B.5.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

23. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20% oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30% oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als "vom Zusammenschluss betroffene Märkte" bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

24. Die *Marktanteile von Unidrink an der Inlandproduktion* sind gemäss Meldung für die einzelnen sachlichen Märkte die folgenden:

Produktion von	Nationale Gesamtproduktion (in 1000 Litern)	Produktion Unidrink (in 1000 Litern)	Marktanteil Unidrink (in Prozenten)
Süssgetränken	600'000	[...]	10-20
Mineralwasser	435'000	[...]	0-10
Bier	428'000	[...]	0-10
Fruchtsäften	160'000	[...]	20-30
Apfelsaft und Obstwein	79'000	[...]	40-50

Quelle: ASG Getränkestatistik, Canadean Report, SOV

25. Die *Marktanteile von Unidrink am Inlandkonsum* sind gemäss Meldung für die einzelnen sachlichen Märkte die folgenden:

Konsum von	Nationaler Gesamtkonsum (in 1000 Litern)	Produktion Unidrink (in 1000 Litern)	Marktanteil Unidrink (in Prozenten)
Süssgetränken	747'000	[...]	0-10
Mineralwasser	734'000	[...]	0-10
Bier	462'000	[...]	0-10
Fruchtsäften	172'000	[...]	20-30
Apfelsaft und Obstwein	79'000	[...]	40-50

Quelle: Canadean Report

26. Der Marktanteil von Unidrink in den Teilmärkten Süssgetränke, Mineralwasser, Bier und Fruchtsaft beträgt weniger als 30%. Es handelt sich demnach nicht um betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU.

27. Der Schwellenwert von 30% wird einzig auf dem Markt für Apfelsaft und Obstwein überschritten. Nachfolgend wird deshalb die voraussichtliche Stellung von Unidrink auf dem Teilmarkt für Apfelsaft und Obstwein untersucht.

I. *Aktueller Wettbewerb*

a. *Beschaffungsmarkt*

28. Gemäss Meldung bezieht Unidrink Mostobst (Äpfel und Birnen) von Bauern aus der ganzen Schweiz. Zu den typischen Mostäpfeln gehören beispielsweise die Sorten Blauacher, Boskop, Sauergrauech, Thur-

gauer Weinapfel oder Toblässler. Alle diese Sorten wachsen praktisch ausschliesslich auf den traditionellen Hochstammbäumen. Die Kantone Bern, Thurgau, St. Gallen und Luzern haben die grössten Bestände an Hochstammbäumen und produzieren entsprechend die grössten Mostobstmengen.

29. Gemäss Meldung sind die Apfelsaft- und Obstweinproduzenten nicht auf Mostobst aus ihrer Region spezialisiert, sondern bieten ein Vollsortiment an, womit sie den Einkauf in der gesamten Schweiz tätigen. Da der Markt für Mostobst wirksam durch Zölle geschützt wird, ist der internationale Einkauf erschwert. Es ist daher von einem nationalen Markt auszugehen.

30. Bei der Abnahme von Mostobst zeigt sich gemäss Meldung folgendes Bild:

Produzent	Abnahme von Most- obst (in t)	Marktanteil (in %)
Unidrink	[...]	30-40
Thurella AG, Egnach	[...]	20-30
Mosterei Möhl AG, Arbon	[...]	0-10
Brunner E. AG, Steinmaur	[...]	0-10
Brunschwiler Urs + Judith, Gos- sau	[...]	<1
Fremo Interdrink AG, Muri (AG)	[...]	0-10
Frutonic SA, Pont-de-la-Morge	[...]	0-10
Getränke Fraefel, Henau	[...]	0-10
Huwiler AG, Balterswil	[...]	0-10
Kobelt & Co. Mosterei, Marbach	[...]	<1
Landtwing Rütter AG, St. Erhard	[...]	0-10
Lussi Getränke AG, Stans	[...]	<1
Muff Adrian, Römerswil	[...]	<1
NIBA-Getränke AG, Bazenried	[...]	<1
Obstverwertungsgenossenschaft, Staad	[...]	<1
OrCava AG, Wädenswil	[...]	<1
Pilatus Getränke AG, Alpnach Dorf	[...]	<1
Schlör AG, Menziken	[...]	<1
Unipektin AG, Eschenz	[...]	0-10
Weiss zum Erlenbach AG, Cham	[...]	<1
Weitere, inkl. Bäuerliche Direkt- vermarkter	[...]	10-20
Total	145'840	100

Quelle: Schweizerischer Obstverband

31. In der Schweiz gibt es damit drei grosse Abnehmer für Mostobst (Unidrink, Thurella und Möhl) und viele kleinere und mittlere Abnehmer. Es herrscht Tendenz zur Unterversorgung des Marktes mit Mostäpfeln. Dies hat gemäss Meldung mit einem allgemeinen Rückgang von Mostbäumen über die letzten Jahre hinweg sowie kurzfristigen Angebotsbeschrän-

kungen infolge Befall der Bäume mit Feuerbrand zu tun. Die Obstproduzenten der Schweiz finden demnach problemlos Abnehmer für Mostäpfel.

b. Absatzmarkt

32. Die **Absätze von Obstsaft und Obstwein** im Jahr 2006 waren gemäss Meldung die folgenden:

Produzenten	Absatz von Obstsaft und Obstwein (in 1'000 l)	Marktanteil (in %)
Unidrink	[...]	40-50
Thurella AG, Egnach	[...]	30-40*
Mosterei Möhl AG, Arbon	[...]	0-10*
Weitere	[...]	10-20*

Quelle: Schweizerischer Obstverband/Canadean Report (*=Schätzungen)

33. Abnehmer von Obstsaft und Obstwein sind

gemäss Meldung Unternehmen im Detailhandel (Coop, Migros etc.) sowie Depositäre, welche die Gastronomie beliefern. Coop und Denner sind die grössten Abnehmer von Unidrink. Ihre Bezüge machen 60% der von Unidrink insgesamt abgesetzten Menge aus.

34. Gemäss Meldung kaufen Coop und Migros sowie die Depositäre in der ganzen Schweiz ein. Auch der Markt für verarbeiteten (z.B. pasteurisierten) Most sowie Obstwein ist durch Zölle geschützt. Deshalb ist der Absatzmarkt ebenfalls national abzugrenzen.

c. Vertriebs- und Nachfragestruktur

aa. Marktphase

35. Gemäss Meldung lassen sich bei Apfelsaft und Obstwein keine systematischen Marktphasen erkennen. Nach zwei Jahrzehnten kontinuierlichem Rückgang steige der Konsum seit vier Jahren wieder kräftig an. Dieses gesteigerte Interesse könne auf der einen Seite auf neue Gebinde wie die 1.5 Liter-PET-Flasche oder die Bag-in-Box-Verpackung im Direktverkauf, auf der anderen Seite auch auf Produktinnovationen wie beispielsweise Apfelschorle zurückgeführt werden.

bb. Kundensegmente

36. Gemäss Meldung stellen der Detailhandel und die Gastronomie die beiden grössten Kundensegmente dar.

37. Im Detailhandel gibt es gemäss Meldung wenige grosse Anbieter, welche aufgrund ihrer Marktstellung eine grosse Nachfragenacht haben. Aufgrund der Platzverhältnisse am Point of Sale verfügen sie über ein relativ eng begrenztes Sortiment. Zudem kann festgestellt werden, dass allgemein hohe Preise für Listungen (Listungsgebühren werden für das Aufnehmen von Produkten in das Sortiment eines Detailhändlers erhoben und u.a. nach Platzierung der Pro-

dukte sowie deren Promotion abgestuft) bezahlt werden.

38. In der Gastronomie ist der Anteil der grossen Abnehmer von Obstsaften und Obstwein kleiner als im Detailhandel und die Anzahl Kunden, d.h. die Getränkehändler und Depositäre, ist grösser. Die grössten einzelnen Abnehmer sind Brauereien mit eigenen Produkten. Die Getränkehändler und Depositäre verfügen aufgrund der unterschiedlichen Nachfrage der Gastronomiebetriebe generell über breite Sortimente.

cc. Bedeutung von Forschung und Entwicklung

39. In der Meldung wird das Getränk Apfelschorle als wesentliche Innovation bezeichnet. Dies habe in den letzten Jahren zu einer Steigerung des Absatzes geführt. Dieses ursprünglich in Deutschland und Österreich lancierte Getränk habe den Nerv der Zeit getroffen. Daher könne mit relativ wenig Werbemitteln eine breite Bekanntheit erreicht werden. Solche Innovationen seien jedoch äusserst selten und in naher Zukunft nicht zu erwarten.

dd. Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten

40. Gemäss den Angaben in der Meldung gibt es zur Zeit keine Forschungs- und Entwicklungstätigkeiten der Unternehmen. Danach werden die wichtigsten Produktinnovationen auf der Ebene Marketing durchgeführt.

d. Marktentwicklung

aa. Marktvolumen und Marktanteile der beteiligten Unternehmen in den letzten 3 Jahren

41. Gemäss Meldung haben sich die Marktanteile der beteiligten Unternehmen auf dem **Beschaffungsmarkt für Mostobst** folgendermassen entwickelt:

Produzent von Obstsaft	2004 (in %)	2005 (in %)	2006 (in %)	Q.1+2 2007 (in %)
Granador	0-10	0	0	0
Volg Weinkellereien	30-40	0	0	0
Granador/Volg Weinkellereien/Unidrink (seit 2005)	0	30-40	30-40	Niveau Vorjahre

42. Auf dem *Absatzmarkt für das Sortiment Apfelsaft und Obstwein* entwickelten sich die Marktanteile wie folgt:

Produzent von Obstsaft	2004 (in %)	2005 (in %)	2006 (in %)	Q.1+2 2007 (in %)
Granador	0-10	0	0	0
Volg Weinkellereien	30-40	0	0	0
Granador/Volg Weinkellereien/Unidrink (seit 2005)	0	40-50	40-50	Niveau Vorjahre

Wie man den Tabellen entnehmen kann, sind die Marktanteile von Granador und den Volg Weinkellereien nach der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens Unidrink auf dasselbe übergegangen und haben sich seither nur gering verändert. Die Tätigkeit der fenaco im Bereich der Getränke erfolgt ausschliesslich in der Volg Weinkellereien. Da die Produktion von Apfelsaft und Obstwein durch Volg Weinkellereien vollständig an das Gemeinschaftsunternehmen Unidrink ausgelagert wurde, kommt es

bei der Übernahme der vollständigen Kontrolle über Unidrink durch fenaco zu keinen Marktanteilsadditionen.

bb. Marktanteile der drei wichtigsten Wettbewerber

43. Gemäss Meldung haben sich die Marktanteile der drei wichtigsten Wettbewerber auf dem *Beschaffungsmarkt für Mostobst* folgendermassen entwickelt:

Produzent von Obstsaft	2004 (in %)	2005 (in %)	2006 (in %)	Q.1+2 2007 (in %)
Unidrink	30-40	30-40	30-40	Wie Vorjahre
Thurella	20-30	20-30	20-30	Wie Vorjahre
Möhl	0-10	0-10	0-10	Wie Vorjahre

Quelle: Schweizerischer Obstverband

44. Auf dem Absatzmarkt für das Sortiment Apfelsaft und Obstwein entwickelten sich die Marktanteile gemäss Meldung wie folgt:

Produzent von Obstsaft	2004 (in %)	2005 (in %)	2006 (in %)	2007 (1.+2. Q.) (in %)
Unidrink	30-40	40-50	40-50	Wie Vorjahre
Thurella	30-40*	30-40*	30-40*	Wie Vorjahre
Möhl	0-10*	0-10*	0-10*	Wie Vorjahre

(*Schätzungen)

45. Gemäss Meldung liegen die Marktanteile der drei wichtigsten Wettbewerber auf dem Beschaffungsmarkt leicht tiefer als auf dem Absatzmarkt, weil alle drei Unternehmen noch Saft bei anderen Mostproduzenten einkaufen.

II. Potentieller Wettbewerb

46. In den letzten fünf Jahren haben gemäss Meldung keine neuen Unternehmen mit der Produktion von Obstsaft in der Schweiz begonnen. Es werden auch in den nächsten drei Jahren keine solchen Marktzutritte erwartet.

47. Allerdings könnte der Marktanteil von Unidrink gemäss Meldung in Zukunft aus folgenden Gründen zurückgehen: Im Rahmen der Agrarpolitik des Bundes wird in den nächsten Jahren eine Marktöffnung erwartet, mit welcher Importe von Mostobst und Konzentraten, insbesondere aus Polen und China, möglich sein werden. Es sei wahrscheinlich, dass die grossen Detailhändler für ihre Säfte im Tief- und Mittelpreissegment selbst Konzentrat aus dem Ausland importieren und aufbereiten, und bloss für die Premiummarken des Hochpreissegments Schweizer Saft verwenden werden.

B.5.3 Ergebnis

48. Auf dem Beschaffungsmarkt für Mostobst sind Unidrink mit 30-40%, Thurella mit 20-30% und Möhl mit 5-10% der in der Schweiz angebotenen Menge

die grössten Abnehmer. Es gibt eine Unterversorgung mit Mostäpfeln, weshalb die Produzenten leicht Abnehmer finden. Auf dem Absatzmarkt für Apfelsaft und Obstwein sind Unidrink mit 40-50%, Thurella mit in der Meldung geschätzten 30-40% und Möhl mit in der Meldung geschätzten 5-10% der insgesamt abgesetzten Menge in der Schweiz die grössten Anbieter. Obwohl Unidrink über eine starke Marktstellung verfügt, ist sie aufgrund der Nachfragemacht insbesondere von Coop und Denner sowie der Marktstellung der Mitbewerber nicht in der Lage sich in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Die Marktanteile der drei wichtigsten Wettbewerber sind in den letzten drei Jahren mehr oder weniger konstant geblieben. Durch die Übernahme der alleinigen Kontrolle der Unidrink durch fenaco wird sich daran voraussichtlich nichts ändern. Diese führt zu keiner Marktanteilsaddition und hat keinen Einfluss auf die Marktstellung der Unidrink. Folglich dürfte sich auch an der Situation der bestehenden und allfälliger potentieller Wettbewerber auf dem Markt für Apfelsaft und Obstwein nichts ändern.

49. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3

14. TF1 SA/Artemis 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 Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 2. Juli 2007

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 20. August 2007

A En fait

1. Le 24 juillet 2007, la Commission de la concurrence a reçu une notification annonçant que les sociétés de droit français TF1 SA et ARTEMIS SA envisageaient la prise de contrôle conjoint de la société PREFAS 11 (renommée TOP TICKET.S, le 31 mai 2007).

2. TF1 SA, dont le siège est situé en France, est contrôlée par le GROUPE BOUYGUES, basé en France. Le GROUPE BOUYGUES est principalement actif dans les secteurs des médias par le biais de TF1 SA, des télécoms (Bouygues Telecom), des services, de la construction, des routes et de l'immobilier. TF1 SA est active dans le secteur de la télévision en France principalement. Elle exploite une chaîne généraliste hertzienne gratuite et édite plusieurs chaînes thématiques et deux chaînes gratuites diffusées sur la Télévision Numérique Terrestre gratuite en France : TF1 et TMC (détenue conjointement avec le GROUPE AB). TF1 contrôle également plusieurs filiales par l'intermédiaire desquelles elle exerce en France des activités de régie publicitaire (TF1 Publicité), de production audiovisuelle et cinématographique, de commercialisation de droits audiovisuels et de films, de produits dérivés et d'exploitation de sites internet. TF1 détient également le contrôle conjoint de Metro France dans le domaine de la presse gratuite à contenu rédactionnel.

3. ARTEMIS SA, dont le siège est situé en France, est contrôlée par la société FINANCIÈRE PINAULT, elle-même détenue à 100% par la famille de François PINAULT. ARTEMIS SA contrôle notamment le GROUPE PPR qui est organisé autour de deux grands pôles d'activités que sont le luxe (Gucci Group) et la distribution (FNAC, Conforama, Redcats, CFAO). ARTEMIS SA détient également Christie's le leader mondial des ventes aux enchères d'œuvre d'art. ARTEMIS SA est en outre présente dans la presse au travers de l'hebdomadaire d'information Le Point, des mensuels Histoire, Historia, La Recherche, Le Magazine Littéraire, et dans la presse financière spécialisée (Agefi, Agefi hebdo, Actifs).

4. A noter que la société ARTEMIS SA est actionnaire de la société BOUYGUES à hauteur de 2,1%.

5. PREFAS 11, qui a été renommée TOP TICKET.S le 31 mai 2007 et dont le siège est à la même adresse que la

société TF1 SA (cf. § 2), a été créée par TF1 SA, en décembre 2006, mais n'exerce pas encore d'activité. PREFAS 11 aura pour activité la publication d'un magazine mensuel gratuit d'annonces de commerçants sous forme de coupons de réduction ainsi que l'exploitation d'un site Internet qui lui sera dédié. PREFAS 11 sera donc principalement active dans le domaine de l'offre d'espaces publicitaires dans la presse gratuite d'annonces et sur Internet. A partir de 2008, elle offrira aussi des espaces publicitaires sur les terminaux mobiles. PREFAS 11 sera active dans un premier temps en France, puis ensuite, sous réserve de l'accord des associés, dans un ou plusieurs autres Etats membres de l'Union européenne.

6. Le magazine mensuel gratuit proposera :

- au consommateur des réductions sous forme de coupons à faire valoir sur des services ou produits offerts par des commerçants locaux ; le magazine sera donc constitué en majeure partie d'espaces publicitaires (les coupons) proposés par des équipes de commerciaux en local, principalement à des petits annonceurs locaux indépendants (commerces de proximité) ou adossés à des enseignes nationales pour de la communication locale;
- quelques encarts publicitaires "classiques" pour des annonceurs locaux indépendants et pour des annonceurs adossés à des enseignes nationales;
- quelques articles (représentant environ 20% du magazine) s'inscrivant dans une ligne éditoriale ciblant un public féminin de 18 à 45 ans sur des thèmes relevant des loisirs, de la beauté, de la forme, de la mode etc.

Le magazine ne comportera pas de petites annonces de particuliers.

Il est prévu que les magazines soient distribués, dans un premier temps, dans certaines villes de France, soit, dans la première phase du projet, à Rennes et Grenoble, puis à compter du 31 janvier 2008 au plus tard, dans 25 à 30 autres villes de France; enfin, sous réserve de l'accord des associés, dans un ou plusieurs autres Etats membres de l'Union européenne. Aucune activité de PREFAS 11 n'est prévue, ni planifiée sur le territoire suisse.

7. La société PREFAS 11 proposera également, en parallèle, des espaces publicitaires sur un site Internet dédié au magazine et hébergeant des blogs d'annonceurs ainsi qu'à partir de 2008 des offres de publicité sur les terminaux mobiles.

8. L'opération envisagée est une acquisition de contrôle en commun de la société PREFAS 11 par les sociétés TF1 SA et ARTEMIS SA. TF1 SA s'engage à vendre à ARTEMIS SA, dès que l'autorisation des autorités de concurrence compétentes aura été obtenue, 45% des actions de la société PREFAS 11, nouvellement créée en décembre 2006 par TF1 qui la détenait

à 100%. Au préalable, TF1 SA cèdera 10% du capital social de PREFAS 11 à la société RECRUIT Co. Ltd., qui sans en exercer le contrôle conjoint avec TF1 SA et ARTEMIS SA, participe au projet de création d'activité de PREFAS 11 afin d'y apporter son expérience dans un domaine nouveau des magazines gratuits de coupons qui est connu au Japon. A l'issue de l'opération, TF1 SA et ARTEMIS SA détiendront chacune exactement 45% des actions de PREFAS 11 et auront des droits de vote égaux pour la prise des décisions influençant la politique commerciale de PREFAS 11 et le même nombre de représentants au Conseil d'administration.

9. La concentration a également été notifiée à la Commission européenne. Elle devrait se prononcer sur le fond autour de la fin août 2007.

B En droit

B.1 Applicabilité des prescriptions de la LCart

10. La Loi sur les cartels (LCart) s'applique aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises (art. 2 LCart).

B.1.1 Entreprise

11. Est considéré comme entreprise tout acteur qui produit des biens ou des services et participe ainsi de manière indépendante au processus économique, que ce soit du côté de l'offre ou de la demande. Les entreprises qui participent à la concentration tombent ainsi dans le champ d'application de la LCart (art. 2 al. 1 bis LCart).

B.1.2 Concentration d'entreprises

12. Par concentration d'entreprises, on entend:

- a) la fusion de deux ou plusieurs entreprises jusque-là indépendantes les unes des autres;
- b) toute opération par laquelle une ou plusieurs entreprises acquièrent, notamment par prise de participation au capital ou conclusion d'un contrat, le contrôle direct ou indirect d'une ou de plusieurs entreprises jusque-là indépendantes ou d'une partie de celles-ci (art. 4 al. 3 LCart).

13. L'opération par laquelle deux ou plusieurs entreprises prennent le contrôle en commun d'une entreprise qu'elles ne contrôlaient antérieurement pas en commun constitue une concentration au sens de l'art. 4 al. 3 let. b LCart lorsque l'entreprise commune accomplit de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome (art. 2 al. 1 de l'Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises, OCCE).

14. PREFAS 11 n'exerce pas encore d'activités. Par la suite, PREFAS 11 aura pour activité la publication d'un magazine mensuel gratuit d'annonces de commerçants avec coupons de réduction ainsi que l'exploitation d'un site Internet qui lui sera dédié. PREFAS 11 sera donc principalement active dans le domaine de l'offre d'espaces publicitaires dans la

presse gratuite d'annonces et sur Internet. Elle envisage également, dès 2008, de proposer des espaces publicitaires sur les terminaux mobiles. Elle aura une direction opérationnelle et disposera de ressources suffisantes afin de remplir ses fonctions de manière durable et autonome. Il s'agit donc d'une entité économique autonome au sens de l'art. 2 al 1 OCCE.

15. L'opération envisagée par TF1 SA et ARTEMIS SA constitue dès lors une acquisition de contrôle commune au sens de l'art. 2 al. 1 OCCE, tombant dans le champ d'application de la LCart.

B.1.3 Principe des effets

16. La Loi sur les cartels est applicable aux états de fait qui déploient leurs effets en Suisse, même s'ils se sont produits à l'étranger (art. 2 al. 2 LCart).

17. Les activités de PREFAS 11 seront lancées dans un premier temps en France, dans la première phase à Rennes et Grenoble, puis, à compter du 31 janvier 2008 au plus tard, dans 25 à 30 autres villes de France, et enfin sous réserve de l'accord des associés, dans un ou plusieurs Etats membres de l'Union européenne. Aucune activité de PREFAS 11 n'est prévue, ni planifiée en Suisse.

18. L'acquisition de PREFAS 11 par TF1 SA et ARTEMIS SA n'aura donc pas à fortiori d'incidence sur le marché suisse.

19. Suivant la jurisprudence du Tribunal fédéral publiée à l'ATF 127 III 219, cons. 4b, il y a lieu d'admettre que les entreprises dont les chiffres d'affaires atteignent les valeurs seuils de l'art. 9 al. 1 LCart sont assujetties à la Loi sur les cartels et ont l'obligation d'annoncer leur opération de concentration, même si elles ont leur siège à l'étranger.

20. Néanmoins, dans la mesure où, comme en l'espèce et dans au moins trois cas soumis dernièrement à la Commission de la concurrence (ADM Poland et CEFE-TRA/BTZ ; Coca-Cola Company et Nestlé SA / Putrasetia; Swisscom Broadcast AG / Antenna Hungaria Rt), le marché suisse n'est absolument pas concerné par la concentration envisagée, la question de l'application de la LCart sur la base de l'art. 2 al. 2 LCart pourrait être discutée. La pratique actuelle de la Commission de la concurrence est toutefois de les examiner.

B.1.4 Obligation de notifier

21. En vertu de l'art. 9 al. 1 LCart, les opérations de concentration d'entreprises doivent être notifiées avant leur réalisation à la Commission de la concurrence lorsque, dans le dernier exercice précédant la concentration:

- a) les entreprises participantes ont réalisé ensemble un chiffre d'affaires minimum de 2 milliards de francs ou un chiffre d'affaires en Suisse d'au moins 500 millions de francs, et
- b) au moins deux des entreprises participantes ont réalisé individuellement en Suisse un chiffre d'affaires minimum de 100 millions de francs.

22. Selon l'art. 3 al. 1 let. b OCCE, sont considérées comme entreprises participantes en cas d'acquisition

du contrôle, les entreprises qui acquièrent le contrôle et celles que vise l'acquisition du contrôle. Le chiffre d'affaires d'une entreprise participante résulte de la somme des chiffres d'affaires découlant de ses propres activités et des chiffres d'affaires de ses filiales, sociétés mères, sociétés affiliées et entreprises communes (art. 5 al. 1 OCCE).

23. Les chiffres d'affaires cumulés des entreprises participantes – GROUPE BOUYGUES, GROUPE FINANCIERE PINAULT - au niveau mondial atteignent environ plus de 73 milliards de francs suisses. En Suisse, les groupes BOUYGUES et FINANCIERE PINAULT sont actifs. Ils y ont réalisé des chiffres d'affaires de environ respectivement plus de 971 millions et 790 millions de francs suisses au cours du dernier exercice.

24. Les seuils de l'article 9 al. 1 let. a et b sont donc réalisés en l'espèce, si bien que la concentration est soumise à l'obligation de notifier.

B.2 Examen préalable

B.2.1 Marchés pertinents

B.2.1.a Marché géographique

25. Selon l'art. 11 al. 3 let. b OCCE, le marché géographique comprend le territoire sur lequel les partenai-

res potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché des produits.

26. Comme relevé aux chiffres 17 et 18 ci-dessus, l'acquisition de PREFAS 11 par TF1 SA et ARTEMIS SA n'aura aucun impact sur le marché suisse. En effet, les activités de PREFAS 11 s'étendent, en premier lieu à Rennes et Grenoble, puis, à compter du 31 janvier 2008 au plus tard, dans 25 à 30 autres villes de France, et enfin sous réserve de l'accord des associés, dans un ou plusieurs Etats membres de l'Union européenne, mais en aucun cas en Suisse. Il manque dès lors géographiquement un lien avec la Suisse.

27. Dans la mesure où le marché suisse n'est ni actuellement ni potentiellement concerné par la concentration, il n'y a pas lieu d'examiner d'autres éléments de l'état de fait.

C. Conclusion

28. L'examen préalable n'a fait apparaître aucun indice selon lequel la concentration créera ou renforcera une position dominante. Par conséquent, il n'y a pas lieu de procéder à un examen de l'opération de concentration au sens de l'art. 10 LCart.

B 2	5. Andere Entscheide Autres décisions Altre decisionii
B 2.5	1. Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen

Feststellungsverfügung; Art. 25 VwVG

Enquête selon art. 27 ss LCart

Inchiesta giusta l'art. 27 segg LCart

Verfügung vom 7. Mai 2007 i.S. Gesuch um Eröffnung einer Untersuchung und Erlass einer Feststellungsverfügung betreffend Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen.

Gesuch um Eröffnung einer Untersuchung und Erlass einer Feststellungsverfügung; Nichteintretensentscheid der Wettbewerbskommission vom 7. Mai 2007 betreffend Zulässigkeit der Einführung einer DMIF im Maestro-Debitkartensystem

Demande d'ouverture d'une enquête et d'une décision constatatoire ; décision de non-entrée en matière de la Commission de la concurrence du 7 mai 2007 concernant la licéité de l'introduction d'une DMIF dans le système de cartes de débit Maestro

Richiesta di apertura di un'inchiesta e di una decisione d'accertamento; decisione di non entrata in materia della Commissione della concorrenza del 7 maggio 2007 riguardante l'ammissibilità dell'introduzione di una DMIF nel sistema di carte di debito Maestro

A Sachverhalt

A.1 Gegenstand der Verfügung

1. Die vorliegende Verfügung betrifft die Frage, ob dem Gesuch von der Credit Suisse (CS), UBS AG (UBS), Zürcher Kantonalbank (ZKB) sowie der Raiffeisen Schweiz Genossenschaft (zusammen: Parteien), allesamt Herausgeber der Debitkarte Maestro, zu entsprechen ist. Die Parteien haben folgendes Rechtsbegehren gestellt:

“Es sei eine Untersuchung im Sinne von Art. 27 KG zu eröffnen und es sei durch die Wettbewerbskommission eine Feststellungsverfügung zu erlassen, die feststellt, dass die am 30. Juli 2004 im Sinne von Art. 49a Abs. 3 KG gemeldete multilateral ausgehandelte Interchange Fee für inländische Maestro-Transaktionen in der Höhe von 0.4% unter dem Kartellgesetz zulässig ist. “

2. Bei der im Rechtsbegehren erwähnten Gebühr handelt es sich um eine noch einzuführende multilaterale Domestic Interchange Fee (DMIF) für inländische Debitkartentransaktionen, deren Erhebung und Höhe mittels Abrede zwischen verschiedenen Herausgebern der Maestro-Debitkarte (sog. Issuer), nämlich CS, RBA Zentralbank, Schweizer Verband der Raiffeisenbanken (SVRB), UBS, Verband Schweizerischer Kantonalbanken und der Telekurs Multipay AG (Tele-

kurs) als Vertragspartnerin von Akzeptanzstellen (sog. Acquirer), bestimmt wurde. Die geplante Gebühr ist ein Entgelt pro getätigte Debitkartentransaktion, welche von den Acquirern an die Issuer bezahlt werden soll. Die Höhe der DMIF wurde in Form eines Prozentsatzes des der Transaktion zugrundeliegenden Kaufpreises festgelegt.

3. Die DMIF ist im Entwurf der Domestic Rules vom 21. September 2004, welche von den in Rz. 2 genannten Unternehmen innerhalb des Maestro Card Committee (MAECC) definiert wurden, festgehalten und gilt bei Umsetzung der gemeldeten Vereinbarung für sämtliche in der Schweiz tätigen Issuer und Acquirer, sofern diese keine bilateralen Vereinbarungen eingehen.

4. Die Weko hat am 5. Dezember 2005 bereits eine Verfügung bezüglich der DMIF im Bereich Kreditkarten erlassen.¹

A.2 Verfahren

5. Der vorliegenden Verfügung geht ein Meldeverfahren gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG mit anschliessender Eröffnung einer Vorabklärung voraus, was nachfolgend dargestellt wird:

6. Mit Schreiben vom 7. Mai 2004 informierte Telekurs das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat), dass sie sich zu einer Änderung ihres Gebührenmodells, welches gegenüber den Händlern in den Debitkarten-Akzeptanzverträgen Anwendung findet, veranlasst sehe. Die Änderung basiere auf der im Rahmen einer Interchange-Vereinbarung geplanten Einführung einer DMIF, welche die betroffenen Institute gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG noch melden würden. Am 12. Mai 2004 ging beim Sekretariat ein Memorandum von Telekurs mit Informationen zum neuen Debitsystem ein. Mit Schreiben vom 21. Juli 2004 reichte sie sodann ihre angekündigte Meldung gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG ein.

7. Am 9. Juni 2004 fand ein Gespräch zwischen dem Sekretariat und den Issuern über die Einführung einer DMIF statt. Mit Schreiben vom 30. Juli 2004 meldeten gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG CS, SVRB, UBS, ZKB sowie Telekurs im Namen aller an der geplanten DMIF beteiligten Issuer die Interchange-Vereinbarung, welche die Einführung einer DMIF für inländische Maestro-Transaktionen vorsieht. Gegenwärtig sind in der Schweiz 141 Issuer von Maestro-Debitkarten tätig.

¹ Zur Funktionsweise einer Interchange-Vereinbarung siehe RPW 2006/1, S. 65 ff.

Dazu gehören neben den beiden Grossbanken UBS und CS die Kantonalbanken, Raiffeisen Schweiz (vormals Verband Schweizerischer Raiffeisenbanken), Bank Coop und Migrosbank, die Regionalbanken sowie weitere namhafte in- und ausländische Finanzinstitute.

8. Das Sekretariat eröffnete am 15. September 2004 innert der fünfmonatigen Frist gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG eine Vorabklärung betreffend die Interchange-Vereinbarung und das neue Preismodell von Telekurs. Da es sich dabei um zwei miteinander verbundene Sachverhalte handelte, beschloss das Sekretariat, beide Angelegenheiten in einem einzigen Verfahren zu behandeln.

9. Mit Schreiben vom 15. September 2004 versandte das Sekretariat Auskunftsbegehren an Telekurs, an die meldenden Issuer sowie an den Verband Elektronischer Zahlungsverkehr (VEZ). Zudem informierte das Sekretariat den Preisüberwacher mit Schreiben vom 16. September 2004 über die Eröffnung der Vorabklärung.

10. Mit Brief vom 4. Oktober 2004 teilten die Rechtsvertreter der Parteien dem Sekretariat mit, dass diese mit der Umsetzung der geplanten Vorhaben zuwarten würden, wobei der Status quo bestehen bleibe. Die Vorhaben wurden bis zur Einreichung des vorliegenden Gesuchs nicht umgesetzt.

11. Die meldenden Issuer und Telekurs beantworteten ihre Fragebogen mit Schreiben vom 18. Oktober 2004. Mit Schreiben vom 27. Oktober 2004 teilte das Sekretariat den Issuern mit, dass ihre Antworten teilweise unvollständig seien und verlangte für jeden Issuer eine detaillierte Kostenrechnung sowie weitere Informationen. Diese Informationen wurden von den Issuern mit Schreiben vom 29. November 2004 nachgereicht.

12. Mit Schreiben vom 10. Februar 2006 zog Telekurs ihre am 21. Juli 2004 erfolgte Meldung gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG mit der Begründung zurück, aufgrund der eingetretenen Marktentwicklung könne das gemeldete Gebührenmodell in dieser Form nicht in die Praxis umgesetzt werden.

13. Am 8. März 2006 fand eine Sitzung mit den meldenden Issuern und Telekurs statt, an welcher das Sekretariat eine erste mündliche juristische und ökonomische Beurteilung des Falles abgab und seine Bedenken im Zusammenhang mit der Einführung einer DMIF und der Anpassung des Gebührenmodells von Telekurs kund tat. Die meldenden Issuer und Telekurs vertraten bereits anlässlich dieser Sitzung die Auffassung, die *Wettbewerbskommission* (Weko) müsse gestützt auf die Meldung entscheiden, ob die Einführung einer DMIF zulässig sei. Das Sekretariat teilte den meldenden Issuern und Telekurs mit, dass die Weko einen solchen Entscheid ausserhalb eines Untersuchungsverfahrens nicht fällen könne und die Durchführung einer Untersuchung mangels Umsetzung des geplanten Vorhabens nicht möglich sei. Es wurde vereinbart, dass die meldenden Issuer und Telekurs über das weitere Vorgehen beraten und dem Sekretariat diesbezüglich Vorschläge machen.

14. Mit Schreiben vom 6. April 2006 teilten die meldenden Issuer und Telekurs dem Präsidenten der Weko sowie dem Sekretariat bezüglich des weiteren Vorgehens mit, sie seien der Ansicht, das Vorabklärungsverfahren sei weiterzuführen und baldmöglichst mit einer einvernehmlichen Regelung analog dem Kreditkartenverfahren abzuschliessen. Alternativ sei das Vorabklärungsverfahren mit einer Feststellungsverfügung durch die Weko abzuschliessen.

15. Mit Schreiben vom 16. Mai 2006 teilte der Präsident der Weko den meldenden Issuern und Telekurs mit, dass eine Feststellungsverfügung im Stadium der Vorabklärung nicht möglich sei und auch der Abschluss einer einvernehmlichen Regelung gemäss Art. 29 KG entfallende, da dieses Rechtsinstitut nur im Rahmen von Untersuchungen zur Verfügung stehe. Er fügte bei, dass das Meldeverfahren gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG bei Durchführung einer Vorabklärung den Parteien jedoch eine wettbewerbsrechtliche Beurteilung des geplanten Vorhabens durch das Sekretariat verschaffe.

16. Am 30. Juni 2006 fand ein Gespräch zwischen Vertretern des VEZ und dem Sekretariat statt. Der VEZ wurde zu sämtlichen von ihm vorgebrachten Punkten angehört.

17. Mit Schreiben vom 10. Juli 2006 wurde den Parteien des Vorabklärungsverfahrens der Schlussbericht vom 4. Juli 2006 geschickt, wobei diese eingeladen wurden, dem Sekretariat bis 29. September 2006 mitzuteilen, ob sie auf die Einführung der geplanten DMIF verzichten.

18. Der Schlussbericht des Sekretariats gelangt zusammengefasst zu folgenden Schlüssen: Die im gemeinsamen Maestro-Forum multilateral vereinbarte Einführung einer DMIF in der Höhe von 0.4% ist als horizontale Preisabsprache zu qualifizieren. Das Vorliegen einer solchen Abrede hat zur Folge, dass die Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs auf dem relevanten Markt, in casu dem Issuing-Markt in der Schweiz, vermutet wird (Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG). Gemäss Abklärungen des Sekretariats bestehen zwar Anhaltspunkte für einen gewissen Restwettbewerb auf dem Issuing-Markt, weshalb die Vermutung nach Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG möglicherweise umgestossen werden kann. Jedoch verbleiben in jedem Fall Indizien für einen fehlenden Intra-brand- und Inter-brandwettbewerb, so dass der Wettbewerb durch die Absprache erheblich beeinträchtigt sein könnte.

19. Eine Absprache, die zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs führt, kann nur durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden. Wie sich aus dem Schlussbericht ergibt, ist es zweifelhaft, ob Massnahmen zur Reduktion eines Defizits als Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 5 Abs. 2 KG qualifiziert werden können. Sodann muss entgegen der Darstellung der Parteien die Aufwandseite des Maestro-Systems in einer Gesamtbetrachtung erfolgen, ansonsten die Abgrenzung gegenüber anderen Kosten wie bspw. Kontoführungskosten oder Kosten für den Bargeldbezug sowie Erträgen aus dem Zinsdifferenzgeschäft nicht möglich ist. Das Sekretariat

at hält überdies fest, dass die Berechnungen der Issuer bezüglich der Höhe des Defizits nicht schlüssig und in Zweifel zu ziehen sind. Auch kann ein allfälliges Defizit nach Ansicht des Sekretariates auf andere Weise gedeckt werden, beispielsweise durch Erhöhung der Jahresgebühren. Insgesamt kommt das Sekretariat zum Schluss, dass sich die Preisabrede nicht durch wirtschaftliche Effizienzgründe rechtfertigen lässt.

20. Mit Schreiben vom 28. September 2006 gaben die Parteien des Vorabklärungsverfahrens dem Sekretariat ohne Angabe konkreter Umsetzungspläne bekannt, dass sie an der Einführung einer DMIF für Maestro-Transaktionen auch künftig festhalten wollten.

21. Mit Schreiben vom 8. Dezember 2006 reichten die Parteien das eingangs erwähnte Gesuch um Eröffnung einer Untersuchung und Erlass einer Feststellungsverfügung ein.

B Erwägungen

B.1 Zum Rechtsbegehren

22. Die Parteien beantragen vorliegend - wie erwähnt - die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG sowie den Erlass einer Feststellungsverfügung, in welcher die kartellrechtliche Zulässigkeit der geplanten DMIF festgestellt wird. Zusammengefasst begründen die Parteien ihren Antrag damit, dass sowohl gestützt auf die allgemeinen Voraussetzungen von Art. 25 VwVG wie auch gestützt auf Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG ein Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung bestehe. Da einer Feststellungsverfügung jedoch notwendigerweise ein Untersuchungsverfahren gemäss Art. 27 KG vorausgehe, folge aus dem Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung auch der Anspruch auf Eröffnung einer Untersuchung. Für das Materielle verweisen die Parteien auf die ergangene Korrespondenz und ihre Eingaben.

23. Wie nachfolgend dargelegt wird, kann auf das Gesuch der Parteien nicht eingetreten werden.

B.2 Kein Anspruch auf Eröffnung einer Untersuchung

24. Gemäss Art. 27 Abs. 1 KG wird eine Untersuchung eröffnet, wenn Anhaltspunkte für das Vorliegen einer unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung bestehen. Der Entscheid, ob hinreichende Indizien für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung bestehen, liegt im Ermessen der Wettbewerbsbehörden.² Aus dem Wortlaut von Art. 27 Abs. 1 KG ist abzuleiten, dass sich die verlangten Anhaltspunkte sowohl auf den Bestand einer das öffentliche Interesse tangierenden Wettbewerbsbeschränkung (so z.B. eine Wettbewerbsabrede) sowie auf deren rechtliche Unzulässigkeit (erhebliche Beeinträchtigung oder Beseitigung des Wettbewerbs, keine Rechtfertigungsgründe) zu beziehen haben.³ Dabei ist es unerheblich, ob sich diese Indizien aufgrund einer vorausgegangenen Vorabklärung ergeben haben oder im Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung offensichtlich sind.⁴

25. Daraus ergibt sich auch, dass immer dann, wenn von vorneherein eine Abrede nicht geeignet ist, den

Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen zu beschränken, weil sie beispielsweise keinen Wettbewerbsparameter betrifft⁵, oder weil sie mangels Umsetzung keine Wirkungen im Markt entfaltet, keine Pflicht der Wettbewerbsbehörden besteht, ein Untersuchungsverfahren zu eröffnen.

26. Lehre und Rechtsprechung⁶ lehnen das Bestehen eines Anspruches auf Eröffnung einer Untersuchung generell ab. Die Auffassung, dass kein Anspruch auf Eröffnung einer Untersuchung besteht, begründet sich durch den Ermessensspielraum, welcher der Wettbewerbsbehörde bei der Frage, ob hinreichende Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegen, vom Gesetz her zuteil wird. Die Wettbewerbsbehörden haben dabei ihr Ermessen pflichtgemäss auszuüben, d.h. sie müssen u.a. auch das Verhältnismässigkeitsprinzip und die Wahrung der öffentlichen Interessen berücksichtigen.⁷ Die Bejahung eines Anspruches auf Eröffnung einer Untersuchung liefe somit der Konzeption des Kartellverwaltungsverfahrens mit dem vorgesehenen Ermessensspielraum zuwider.⁸

27. Dementsprechend stellt auch die Ablehnung, eine Untersuchung zu eröffnen, keine Verfügung nach Art. 5 Abs. 1 VwVG dar.⁹ Denn mit einem solchen Beschluss wird kein individuell-konkretes Rechtsverhältnis begründet, geändert oder aufgehoben, wie es der Verfügungsbegriff des Verwaltungsverfahrensgesetzes voraussetzt.¹⁰

28. Im vorliegenden Fall wurde gemäss Angaben der Parteien und von Telekurs die geplante und gemeldete DMIF bisher nicht eingeführt respektive umgesetzt. Aufgrund dessen kann ausgeschlossen werden, dass die gemeldete Abrede im heutigen Zeitpunkt überhaupt eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt, aufgrund welcher die Wettbewerbsbehörde eine Untersuchung eröffnen müsste.

² Vgl. BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Herausgeber Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey, Zürich 1997, Art. 27 N 9.

³ Das Kartellgesetz definiert unter dem 2. Kapitel "Materiellrechtliche Bestimmungen", wann bestimmte Verhaltensweisen als "unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen" gelten. Der Wortlaut von Art. 27 KG knüpft an den einzelnen Tatbestandselementen dieser materiellrechtlichen Bestimmungen an. Vgl. auch STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Freiburg 2002, S. 172.

⁴ Gemäss Art. 27 Abs. 1 KG kann die Wettbewerbskommission eine Untersuchung auch ohne vorgängige Vorabklärung eröffnen.

⁵ WALTER A. STOFFEL, Wettbewerbsabreden, in: SIWR V/2, Basel 2000, S. 58 ff.

⁶ RPW 2003/3 S. 676, REKO, Sellita Watch Co. SA/ETA SA Manufacture Horlogère Suisse/WEKO, m.w.H.; RPW 2004/2 S. 637, REKO, Cornèr Banca SA/Telekurs Multipay AG; statt vieler: ROGER ZACH, Schweizerische Kartellrecht, 2. Auflage, Bern 2005, S. 465 N 980.

⁷ U. HÄFELIN/G. MÜLLER/F. UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich etc. 1993, Rn. 441 ff.

⁸ Vgl. STEFAN BILGER, a.a.O., S. 177.

⁹ RPW 1998/4 S. 665 f., REKO, Swisscom/Weko; RPW 2003/3 S. 676, REKO, Sellita Watch Co. SA/ETA SA Manufacture Horlogère Suisse/WEKO; RPW 2004/2 S. 636 f., REKO Cornèr Banca SA/Telekurs Multipay AG/Weko; ROGER ZACH, a.a.O., S. 464 f. N 980.

¹⁰ RPW 2003/3 S. 676, REKO, Sellita Watch Co. SA/ETA SA Manufacture Horlogère Suisse/WEKO.

29. Im Übrigen liegt den Parteien in casu der Schlussbericht des Sekretariats aus der Vorabklärung vor. In diesem Bericht werden die Natur des Vorhabens und die vorgetragenen Rechtfertigungsgründe im Rahmen des Vorabklärungsverfahrens beurteilt. Den Parteien wurde mitgeteilt, dass das Vorhaben ernsthafte Fragen zur wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit hervorruft und bei einer Umsetzung mit der Eröffnung einer Untersuchung zu rechnen ist (Art. 27 Abs. 1 KG, erster Satz). Das Sekretariat hat der Kommission den Schlussbericht zur Kenntnis gebracht (Art. 27 Abs. 1 KG, zweiter Satz). Es ist nicht ersichtlich und wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht, inwiefern die gegebenen Umstände anders zu würdigen bzw. zur sofortigen Einleitung einer Untersuchung führen müssten (vgl. Rz. 64).

30. Die Untersuchung dient – wie bereits erwähnt – dem Zweck, ein bestimmtes Verhalten auf dessen kartellrechtliche Zulässigkeit respektive Unzulässigkeit hin zu prüfen. Dazu gehört namentlich die Prüfung der einzelnen Tatbestandselemente von Art. 5 und 7 KG (vgl. Rz. 24) und insbesondere der Schädlichkeit eines kartellrechtlich verpönten Verhaltens. Eine wettbewerbsrechtliche Würdigung kann dabei nur erfolgen, wenn der Wettbewerbsbehörde die Beweisführung hinsichtlich sämtlicher Tatbestandselemente zugänglich ist, andernfalls sie ihrer Würdigung einen hypothetischen Sachverhalt zu Grunde legen müsste. Dies widerspräche aber dem Konzept des Kartellgesetzes bei der Beurteilung von Verhaltensweisen nach Art. 5 und 7 KG. Eine prospektive Beurteilung einer geplanten Abrede müsste von deren (zukünftigen) Wirkung im Markt, letztlich also von der Erfüllung eines Tatbestandselements, abhängig gemacht werden. Solche "bedingte" Verfügungen sind dem Verwaltungsverfahren des Bundes aber fremd.

31. Folglich besteht vorliegend kein Anspruch auf Eröffnung eines Untersuchungsverfahrens.

B.3 Kein Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung gemäss Kartellgesetz

32. Die Parteien machen vorliegend geltend, es bestehe ein Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung, mit welcher die Weko die Zulässigkeit respektive Unzulässigkeit der gemeldeten Abrede verbindlich festzustellen habe. Ein solcher Anspruch ergebe sich sowohl aus Art. 25 VwVG wie auch aus Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG.

33. Im Folgenden wird deshalb zunächst geprüft, ob die generellen Voraussetzungen für den Erlass einer Feststellungsverfügung nach Art. 25 Abs. 2 VwVG erfüllt sind (Rz. 35 ff.). In einem zweiten Schritt wird zudem geprüft, ob die Parteien gestützt auf Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG einen Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung im Meldeverfahren geltend machen können (Rz. 51 ff.).

B.3.1 Allgemeines

34. Auf Verfahren nach dem Kartellgesetz sind gemäss Art. 39 KG die Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren anwendbar, soweit das Kartellgesetz nicht davon abweicht. Art. 25 Abs. 1 VwVG hält fest, dass die in der Sache zuständige Behörde über den Bestand, den Nichtbestand oder

den Umfang öffentlichrechtlicher Rechte oder Pflichten von Amtes wegen oder auf Begehren eine Feststellungsverfügung treffen kann. Die Feststellung muss sich auf eine konkrete Rechtslage beziehen und eine einzelne Rechtsfrage betreffen (Rz. 37 ff.).¹¹ Weiter muss der Gesuchsteller ein schutzwürdiges rechtliches oder tatsächliches Interesse nachweisen (Rz. 42 ff.). Diese Grundsätze haben gestützt auf Art. 39 KG i.V.m. Art. 25 VwVG auch im Kartellrecht Geltung.

B.3.2 Nichterfüllung der Voraussetzungen für den Erlass einer Feststellungsverfügung gemäss Art. 25 Abs. 2 VwVG

35. Gemäss allgemeinem Verwaltungsrecht gilt bezüglich Feststellungsverfügungen der Grundsatz, wonach eine abstrakte Rechtslage, wie sie aus einem Verwaltungsrechtssatz für eine unbestimmte Vielzahl von Tatbeständen und Personen folgt, nicht feststellungsfähig ist. Nur konkrete, d.h. aus einem hinreichend bestimmten Sachverhalt für einen bestimmten Bürger sich ergebende verwaltungsrechtliche Rechte und Pflichten können Gegenstand einer Feststellungsverfügung sein.¹²

36. Es wurde bereits dargelegt, dass im vorliegenden Fall eine Untersuchung wegen des tatsächlich nicht vorliegenden wirtschaftlichen Sachverhaltes einen ihr fremden, nämlich bedingten Charakter annehmen müsste und daher ausgeschlossen ist (vgl. Rz. 30). Erforderlich ist ein hinreichend bestimmter Sachverhalt, der es erlauben würde festzustellen, ob ein bestimmter Tatbestand, in casu Art. 5 KG, erfüllt ist. Es fragt sich daher, ob unter diesen Umständen überhaupt von einer genügenden Bestimmtheit im Sinne des allgemeinen Verwaltungsrechtes gesprochen werden könnte. Art. 25 VwVG ist nicht für geplante Projekte konzipiert. So oder anders aber fehlt es in casu an der Voraussetzung einer feststellungsfähigen Einzelrechtsfrage und am nötigen Feststellungsinteresse.

B.3.2.1 Keine Feststellungsmöglichkeit betreffend die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit umfassender Verhaltensweisen

37. Im vorliegenden Fall verlangen die Parteien nicht eine Feststellungsverfügung über eine Einzelrechtsfrage innerhalb eines Kartellverwaltungsverfahrens, sondern eine abstrakte Feststellung über die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit einer umfassenden Verhaltensweise, somit also eine umfängliche Prüfung der gemeldeten Abrede unter den materiellen Tatbeständen von Art. 5 oder 7 KG in Form eines Feststellungsverfahrens. Dies sprengt den Rahmen einer Einzelrechtsfrage, in welchem sich die bisherigen Feststellungsentscheide der Weko und der Reko bewegt haben, bei weitem.¹³

¹¹ BGE 126 II 300, 303; BGE 108 Ib 540, 546.

¹² MAX IMBODEN/RENÉ A. RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtssprechung, Bd. I, Basel 1986, S. 222 ff.; vgl. auch RPW 2005/2, S. 425, REKO, X. AG/Y. AG/Z. AG/Weko.

¹³ RPW 1998/3 S. 432, Gasversorgung Rothenburg; RPW 1999/1 S. 182, X SA; RPW 1999/3 S. 513 f., REKO, Klima Suisse/Weko; RPW 2002/2 S. 360 ff., Ernst & Young/Arthur Andersen; RPW 2005/2, S. 425, REKO, X. AG/Y. AG/Z. AG/Weko; vgl. bezüglich Art. 3 KG: RPW 2006/3 S. 513 ff., vorbehaltene Vorschriften in der Zusatzversicherung.

38. Im Entscheid X. AG/Y. AG/Z. AG vs. Weko¹⁴ hatte die Reko zu prüfen, ob die von den betroffenen Parteien im Rahmen eines bereits gegen diese hängigen Untersuchungsverfahrens eingereichte Meldung als Meldung im Sinne der Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 qualifiziert werden könne. Die Parteien hatten diesbezüglich bei der Vorinstanz ein Feststellungsbegehren eingereicht, auf welches die Weko aus verschiedenen Gründen nicht eingetreten war. So verneinte sie das angebliche Feststellungsinteresse mit dem Verweis auf das hängige Untersuchungsverfahren und das geltende Subsidiaritätsprinzip bei Feststellungsverfügungen. Zusätzlich argumentierte die Weko, die Schlussbestimmung des revidierten Kartellgesetzes sehe kein "spezielles Verfahren" vor, in dem Rechtsfragen betreffend Meldung ausserhalb eines ordentlichen Untersuchungsverfahrens mittels Verfügung beantwortet werden könnten.¹⁵

39. Die Reko wies die Begründung der Weko bezüglich dem Feststellungsinteresse zwar in diesem Fall ab, stellte aber gleichzeitig auch fest, dass die Frage der Zulässigkeit einer untersuchten Verhaltensweise nicht Gegenstand eines Feststellungsverfahrens sein könne: "Im Unterschied zu den im Kartellgesetz abschliessend vorgesehenen Verfahren, welche der Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen dienen (Art. 26 ff. KG), ist Gegenstand des hier strittigen Feststellungsverfahrens nicht die Zulässigkeit der untersuchten Verhaltensweisen der Beschwerdeführerinnen, sondern einzig die Frage, ob ihr Schreiben vom 7. April 2004 eine "Meldung" im Sinne der Schlussbestimmung darstellt..."¹⁶ Damit hat die Reko nunmehr bestätigt, was sie in ihrem Entscheid i.S. Clima Suisse vs. Weko¹⁷ bereits ausgeführt hatte, nämlich dass die Frage der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer bestimmten Verhaltensweise einzig im Rahmen eines Kartellverwaltungsverfahrens (Vorabklärung, Untersuchung) entschieden und nicht zum Gegenstand eines separaten Feststellungsverfahrens gemacht werden kann.

40. Auch in dem von den Parteien angerufenen Bundesgerichtsentscheid¹⁸ ging es um eine derartige Einzelrechtsfrage, nämlich um die Frage, ob ein Feststellungsgesuch, mit welchem die Gesetzmässigkeit einer Verordnungsbestimmung hätte geprüft werden sollen, von der unzuständigen Behörde an die zuständige Behörde gemäss Art. 8 VwVG hätte überwiesen werden müssen. Die Gesetzmässigkeitsprüfung hätte auch im Rahmen eines Strafverfahrens erfolgen können. In diesem Zusammenhang führte das Bundesgericht aus, dass die Beschwerdeführerinnen nicht auf den Umweg verwiesen werden durften, durch Zuwerdung ein Strafverfahren und damit die Möglichkeit der richterlichen Überprüfung der angefochtenen Verordnungsvorschrift zu provozieren. Es hätte ihnen deshalb durch Behandlung des Feststellungsbegehrens die Möglichkeit einer Entscheidung der Streitfrage auf dem Wege der Verwaltungsjustiz und ohne das Risiko einer Bestrafung gegeben werden sollen.

41. Aus den erwähnten Entscheiden geht hervor, dass es sich bei den gestellten Fragen ausschliesslich um einzelne Rechtsfragen handelte, nicht aber um eine *umfassende materielle* Beurteilung eines bestimmten Verhaltens. Mit ihrem Feststellungsgesuch verlangen die Parteien aber gerade einen Entscheid in der Sache, nämlich die Feststellung der Zulässigkeit einer DMIF gemäss Art. 5 KG. Somit fehlt es bereits aus diesem Grund an der Voraussetzung einer feststellungsfähigen Einzelrechtsfrage.

B.3.2.2 Fehlendes Feststellungsinteresse

42. Nach Rechtsprechung und Lehre muss der Gesuchsteller ein rechtliches oder tatsächliches sowie aktuelles Interesse an der sofortigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens des Rechts haben. Für die Beurteilung der Frage nach der Schutzwürdigkeit eines Interesses fällt namentlich in Betracht, ob der Gesuchsteller bei Verweigerung der nachgesuchten Feststellungsverfügung Gefahr laufen würde, ihm nachteilige Massnahmen zu treffen oder günstige zu unterlassen.¹⁹

43. Die Parteien machen geltend, dass vorliegend ein Feststellungsinteresse gegeben sei. Das Sekretariat komme nämlich in seinem Schlussbericht zum Ergebnis, dass die DMIF eine Preisabrede darstelle und deren Unzulässigkeit nicht ausgeschlossen werden könne. Die Einführung der geplanten DMIF berge damit für die Parteien ein Sanktionsrisiko. Sodann sei das Interesse der Parteien in Anbetracht der in naher Zukunft geplanten Einführung der DMIF auch aktuell. Weiter müssten die Parteien ohne entsprechende Feststellungsverfügung auf die Einführung der DMIF und die damit verbundenen Erträge verzichten und damit eine ihnen günstige Massnahme unterlassen. Dem Feststellungsinteresse der Issuer stünden auch keine öffentlichen oder privaten Interessen entgegen. Die Parteien möchten somit festgestellt haben, ob die geplante DMIF kartellrechtlich zulässig ist oder nicht.

44. Ein derartiges Feststellungsinteresse setzt voraus, dass keine anderen Verfahren zur Verfügung stehen. Vorliegend sieht das Kartellgesetz jedoch eine abschliessende Verfahrensordnung vor, die aus Vorabklärung und Untersuchung besteht. Endverfügungen der Weko können zugleich gestaltenden, leistenden sowie feststellenden Charakters sein, da konkrete Anordnungen erlassen, Sanktionen verhängt sowie die Unzulässigkeit von Verhaltensweisen festgestellt werden können. Entsprechend hatte die Reko entschieden, dass für den Erlass von Feststellungsverfügungen kein Raum bleibt, wo die Weko eine gestaltende Verfügung treffen kann.²⁰

¹⁴ RPW 2005/2, S. 418 ff., REKO, X. AG/Y. AG/Z. AG/Weko.

¹⁵ RPW 2005/2, S. 419, REKO, X. AG/Y. AG/Z. AG/Weko.

¹⁶ RPW 2005/2 S. 425, REKO, X. AG/Y. AG/ Z. AG/Weko.

¹⁷ RPW 1999/3 S. 513 f., REKO, Clima Suisse/Weko.

¹⁸ Vgl. BGE 97 I 852, 859.

¹⁹ RPW 2005/2 S. 425 f., REKO, X. AG/Y. AG/ Z. AG/Weko, m.w.H.

²⁰ RPW 1999/3 S. 513, REKO, X/Weko.

45. Neben den Instrumenten der Vorabklärung und Untersuchung besteht nunmehr auch die Möglichkeit einer Meldung gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG. Die Parteien argumentieren in diesem Zusammenhang, es könne ihnen in Anbetracht der Bussenandrohung von Art. 49a Abs. 1 KG nicht zugemutet werden, die DMIF – als einzige Alternative zur Feststellungsverfügung – einzuführen und damit eine Untersuchung zur Auferlegung von Sanktionen gemäss Art. 49a Abs. 1 KG zu provozieren. Denn gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung dürften die betroffenen Rechtsunterworfenen nicht auf den Umweg verwiesen werden, durch Zuwiderhandlung ein Strafverfahren und damit die Möglichkeit der richterlichen Überprüfung der angefochtenen Verordnungsvorschrift zu provozieren. Die Parteien führen weiter aus, dass sich die Reko dieser Rechtsprechung angeschlossen und auch die Weko das Feststellungsinteresse in derartigen Fällen bejaht habe.²¹

46. Dieses Vorbringen verkennt den rechtlichen Charakter der Meldung gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG. Die Meldung betrifft nicht die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit der gemeldeten Verhaltensweisen, sondern deren allfällige Sanktionierbarkeit. Bei Eröffnung eines Verfahrens gemäss Art. 26 ff. KG innert der fünfmonatigen Frist wissen die meldenden Unternehmen, dass ihr Verhalten sanktioniert werden kann, wenn es in einer (späteren) Untersuchung als unzulässig beurteilt werden sollte. Sie können sich daher in Kenntnis dieses Umstandes entscheiden, ob sie ihr Verhalten aufgeben wollen, sofern sie den gemeldeten Sachverhalt bereits umgesetzt haben, oder ob sie auf die Umsetzung verzichten wollen, wenn sie mit der Umsetzung ihres Vorhabens zugewartet haben. Für die Beantwortung der Frage der materiellrechtlichen Zulässigkeit bleibt es beim bisher geltenden System, wonach es an den (meldenden oder nicht meldenden) Unternehmen liegt, eine materielle Beurteilung ihres Verhaltens, d.h. eine Selbstsubsumtion, vorzunehmen.

47. Die Parteien befinden sich somit nicht in einem Zustand der Ungewissheit über das Risiko direkter Sanktionen. Das Bundesgericht führt im Zusammenhang mit der Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003, welche im Gegensatz zur Meldung gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG nur für bereits bestehende Wettbewerbsbeschränkungen gilt, aus²²:

"Entsprechend dieser Funktion ist der Gegenstand der Meldung gemäss Schlussbestimmung auf Sachverhalte zu beschränken, bei denen das Inkrafttreten des neuen Rechts für die Wirtschaftssubjekte zu einer Ungewissheit über das Risiko direkter Sanktionen führt. Eine solche besteht nicht bei Verhaltensweisen, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Revision bereits Gegenstand einer Vorabklärung oder Untersuchung der Wettbewerbsbehörden bilden. Denn die Wirtschaftssubjekte wissen in diesem Fall aufgrund der eingeleiteten Massnahmen, dass deren wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit zweifelhaft ist und sie bei deren Weiterführung unter dem neuen Recht das Risiko direkter Sanktionen eingehen. Sie befinden sich in einer ver-

gleichbaren Situation, wie wenn die Behörden nach einer Meldung gemäss Art. 49 Absatz 3 Buchstabe a KG [recte: Art. 49a Absatz 3 Buchstabe a KG] gegen das fragliche Unternehmen innert der Widerspruchsfrist ein Verfahren eröffnen."

48. Das Meldeverfahren verschafft somit Rechtssicherheit über die Frage des Wegfallens des Sanktionsrisikos oder über dessen Bestehen. Eine Möglichkeit der abstrakten Überprüfung der materiellrechtlichen Zulässigkeit von geplanten Verhaltensweisen wurde durch das Meldeverfahren gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG jedoch nicht geschaffen. Anders als im vormalig geltenden EU-Recht hat der Gesetzgeber im schweizerischen Recht "Freistellungen" von Absprachen gerade nicht vorgesehen.²³ Diese Rechtslage entspricht im Übrigen auch der heute in der EU gemäss Verordnung 1/2003 geltenden Regelung des grundsätzlichen Verbots von Wettbewerbsabreden mit Legalausnahme, in welchem das Unternehmen selbst zu prüfen hat, ob ein Erlaubnistatbestand gegeben ist oder nicht. Es kann somit nicht aufgrund des allgemeinen Verwaltungsrechtes zum Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung gemäss Art. 25 VwVG ein vom Gesetzgeber nicht vorgesehenes Freistellungsverfahren im Sinne des früheren europäischen Rechts und damit über den Umweg des Feststellungsinteresses eine Erweiterung des kartellgesetzlichen Durchsetzungsinstrumentariums eingeführt werden.

49. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass das Vorliegen eines Feststellungsinteresses zu verneinen ist. Damit fehlt es auch an einer weiteren Voraussetzung für den Erlass einer Feststellungsverfügung gemäss Art. 25 VwVG. Die KG-Konformität der Einführung einer DMIF kann und muss somit durch die Parteien selbst aufgrund der Beurteilung in der Vorabklärung vorgenommen werden.

50. Die Wettbewerbsbehörden haben den Anliegen der Parteien so weit wie möglich Rechnung getragen, indem sie im Rahmen der Vorabklärung einen Schlussbericht verfasst haben. Die Parteien können sich ausserdem aufgrund des Entscheides i.S. Kreditkarten/Interchange Fee ein Bild über die kartellrechtliche Problematik einer solchen Abrede machen.²⁴ Den Parteien ist es somit durchaus möglich und zuzumuten, im Lichte all dieser Umstände über die Einführung einer DMIF zu entscheiden.

B.3.3 Kein Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung gestützt auf Art. 49a KG

51. Die Parteien machen schliesslich geltend, dass gerade die Einführung der Meldemöglichkeit einen – offenbar spezialgesetzlichen – Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung geschaffen habe. Das ergebe sich aus der Gesetzesgeschichte zum Institut

²¹ Vgl. BGE 97 I 852, 859; RPW 2005/2 S. 426 f., REKO, X. AG/Y. AG/Z. AG/Weko; RPW 2002/2 S. 361, Ernst & Young/Arthur Andersen.

²² BGE vom 19. August 2005, 2A.287/2005, RPW 2005/4 S. 711, BGer, Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement/Swisscom AG/Swisscom Solutions AG/Swisscom Mobile AG/Weko/REKO.

²³ Vgl. STEFAN BILGER, a.a.O., S. 146 Fn. 22.

²⁴ RPW 2006/1 S. 65 ff.

der Meldung und aus verfassungsrechtlichen Überlegungen. Sie berufen sich dafür u.a. auf das Gutachten RHINOW²⁵ sowie auf die Botschaft des Bundesrates zur Kartellgesetzrevision von 2003.²⁶ Tatsächlich gibt es im Kartellrecht – wie dargelegt – nunmehr die Möglichkeit einer Meldung gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG. Die Parteien haben vorliegend von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht.

52. Die Parteien führen aus, dass das Gutachten RHINOW zum Schluss kam, *"dass die Anknüpfung direkter Sanktionen an den Vermutungstatbestand von Artikel 5 Absatz 3 KG [...] ohne Möglichkeit einer vorgängigen Klarstellung der Rechtslage in concreto verfassungsrechtlich bedenklich wäre"*.²⁷ Weiter zitieren sie folgende Passage:

"Die Vorabmeldung [gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. A VE KG] stellt ein notwendiges Korrektiv der Unbestimmtheit des Normtextes [sc. Art. 5 Abs. 3 KG] dar. Die Verantwortung einer angemessenen Reaktion auf diese Meldung obliegt der Wettbewerbsbehörde. Reagiert diese nicht (oder nicht richtig), dürfen später keine Sanktionen ausgesprochen werden. Erachtet sie die Abrede respektive die Verhaltensweise als unzulässig, so hat sie dies mit Verfügung festzustellen, so dass der Rechtsweg nach Artikel 44 KG eröffnet wird.

*Hinter der Meldepflicht steckt demnach mehr als eine blosser Anzeige. Es geht im Grunde genommen darum, dass auf Antrag privater Unternehmen eine ("vorzeitige") Klärung der materiellen Rechtslage herbeigeführt wird. Private Unternehmen erhalten einen Anspruch auf Feststellung der "Unbedenklichkeit" einer Wettbewerbsbeschränkung. Teilt die Wettbewerbskommission diese Auffassung der Unternehmen nicht, steht dieser [recte: diesen] der Rechtsweg offen. Auf diese Weise kann es gelingen, die Normunbestimmtheit verfahrensrechtlich zu kompensieren."*²⁸

53. Sodann bringen die Parteien vor, der Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung ergebe sich auch aus der Botschaft und nennen folgende Passage:

*"Im Gutachten wird Wert auf die Möglichkeit einer vorgängigen Klarstellung der Rechtslage gelegt; die Vorabmeldung (vgl. Art. 49a Abs. 3 Bst. a) stelle ein notwendiges Korrektiv der Unbestimmtheit des Normtextes dar, ohne die eine Anknüpfung direkter Sanktionen an den Vermutungstatbestand von Artikel 5 Abs. 3 KG oder an den Missbrauchstatbestand von Artikel 7 KG verfassungsrechtlich bedenklich wäre."*²⁹

54. Vorab ist festzuhalten, dass die nähere verfahrensrechtliche Ausgestaltung des Melderechts und insbesondere die Abwicklung des Verfahrens im Kartellgesetz nicht festgelegt ist und auch in der Botschaft nicht behandelt wird. Über die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit von Feststellungsverfügungen äussern sich weder der Gesetzestext noch die Materialien. Weiter bestand eine allfällige "Normunbestimmtheit" der kartellgesetzlichen Tatbestände bereits vor der Einführung von direkten Sanktionen und der Meldemöglichkeit gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG. Die gesetzlich vorgesehenen Instrumente für die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe sind die Bekanntmachungen gemäss Art. 6 KG und die Verord-

nungen. Weiter können auch Beratungen gemäss Art. 23 Abs. 2 KG durchgeführt werden.

55. Gestützt auf Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG kann jedenfalls kein Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung abgeleitet werden:

56. Der Wortlaut von Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG und die systematische Auslegung dieser Bestimmung – insbesondere die Einordnung unter dem Abschnitt "Verwaltungssanktionen" – ergeben, dass die Möglichkeit, Wettbewerbsbeschränkungen zu melden, ausschliesslich im Zusammenhang mit der Befreiung des meldenden Unternehmens von einer Sanktion steht, sofern sich später in einer Untersuchung herausstellt, dass es sich beim gemeldeten Vorhaben um eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 5 Abs. 3/Abs. 4 KG oder Art. 7 KG handelt.³⁰

57. Eine Meldung gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG bezieht sich demzufolge ausschliesslich auf die Rechtsfolge eines möglichen (späteren) Untersuchungsverfahrens und ändert nichts an den gesetzlich vorgesehenen Voraussetzungen für die Eröffnung einer Untersuchung oder den Erlass einer Feststellungsverfügung.³¹ Gestützt auf Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG ist nicht von den gewöhnlichen Voraussetzungen für eine Feststellungsverfügung gemäss Art. 25 VwVG abzuweichen.

58. Die Materialien zeigen, dass der Gesetzgeber in der Anfangsphase davon ausgegangen ist, dass die Unternehmen ihr Vorhaben im Anschluss an eine Meldung gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG umsetzen. Sofern dieses kartellrechtlich problematisch ist, eröffnen die Wettbewerbsbehörden innert fünf Monaten seit der Meldung eine Vorabklärung oder eine Untersuchung und teilen damit den Parteien ihre Bedenken mit. Diese Mitteilung bietet den Parteien eine Aufklärung hinsichtlich der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit ihres Verhaltens, und in dieser liegt der massgebende, abschliessende Entscheid des Meldeverfahrens. In unproblematischen Fällen teilt die Weko den Unternehmen vor Ablauf der fünfmonatigen Frist ausdrücklich mit, dass kein Verfahren eröffnet wird bzw. die betreffende Wettbewerbsbeschränkung unbedenklich ist. Sie kann die Frist aber auch verstreichen lassen.³² Die Eröffnung eines Verfahrens lässt die Sanktionierbarkeit wieder aufleben, jedoch haben die meldenden Unternehmen die Möglichkeit, ihr Verhalten spätestens im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung auf

²⁵ RPW 2001/3 S. 592 ff.

²⁶ Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl 2001 S. 2022 ff.

²⁷ RPW 2001/3 S. 612.

²⁸ RPW 2001/3 S. 612 f.

²⁹ Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl 2001 S. 2036.

³⁰ Vgl. STEFAN BILGER, a.a.O., S. 199. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind allerdings nur noch nicht umgesetzte Sachverhalte nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG meldefähig (RPW 2005/4 S.709 f. und 711, BGer, Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement/Swisscom AG/Swisscom Solutions AG/Swisscom Mobile AG/Weko/REKO), sowie Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl 2001 S. 2040.

³¹ Vgl. dazu auch STEFAN BILGER, a.a.O., S. 199.

³² Roger Zäch, a.a.O., N. 1135.

zugeben. Sollte sich bei Beendigung der Untersuchung herausstellen, dass das Verhalten der Unternehmen kartellrechtlich unzulässig ist, können sie – sofern sie ihr Verhalten bei Untersuchungseröffnung tatsächlich aufgegeben haben – nicht mit Sanktionen belastet werden.

59. In seiner Botschaft zum revidierten Kartellgesetz ging der Bundesrat noch davon aus, dass die Meldung eines wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG in jedem Fall zu einer Sanktionsbefreiung führen würde, weshalb die Unternehmen das gemeldete Verhalten im Anschluss an die Meldung ohne Not umsetzen konnten.³³ Im Rahmen der parlamentarischen Beratung wurde dann zu Recht Kritik an dieser Regelung ausgeübt und namentlich auf die Möglichkeit des Missbrauches der Melderegelung durch die Unternehmen hingewiesen.³⁴ Die ständerätliche Kommission für Wirtschaft und Abgaben schlug deshalb vor, dem möglichen Missbrauch durch Einführung einer fünfmonatigen Frist, in welcher die Wettbewerbsbehörden ein kartellrechtliches Verfahren eröffnen muss, entgegen zu wirken. Danach sollte die Sanktionierung nur dann entfallen, wenn die Wettbewerbsbehörden nicht innerhalb von fünf Monaten ein Verfahren nach den Art. 26 ff. KG eröffnen und die Wettbewerbsbeschränkung nicht weitergeführt wird.

60. In der Praxis hat sich gezeigt, dass viele Unternehmen – so auch die Parteien – das gemeldete Vorhaben während der Dauer des Meldeverfahrens nicht umsetzen. In solchen Fällen stellt die Meldemöglichkeit gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG eine Erleichterung dar, denn das Meldeverfahren knüpft die Rechtsfolge der Sanktionierbarkeit an eine Frist, innerhalb welcher die Wettbewerbsbehörden reagieren müssen.³⁵ Eröffnen die Wettbewerbsbehörden kein Verfahren, weil die gemeldeten Verhaltensweisen nicht problematisch erscheinen, erfolgt keine Sanktion und die Rechtssicherheit ist gegeben. Eröffnet das Sekretariat eine Vorabklärung, so teilt es den betroffenen Unternehmen seine Bedenken in einem Schlussbericht mit, der den Parteien – gegebenenfalls mit dem Eröffnungsschreiben der Untersuchung – zur Kenntnis gebracht wird. Mit den Schlussberichten in Vorabklärungsverfahren respektive den Eröffnungsschreiben von Untersuchungen wird für die betroffenen Unternehmen die Rechtsunsicherheit weitestgehend beseitigt. Das Meldeverfahren verschafft deshalb sehr weitgehend Gewissheit bezüglich der Gefahr einer Sanktionierbarkeit.

61. Die Parteien machen geltend, dass es inkonsequent wäre, wenn die Wettbewerbsbehörden durch Einleitung von Verfahren gemäss Art. 26 ff. KG das Sanktionsrisiko aufleben lassen könnten, dann aber in der Sache keinen anfechtbaren Entscheid fällen müssten. Dies zumal an die Eröffnung einer Vorabklärung keine hohen Anforderungen gestellt werden und das Sekretariat für die Eröffnung einer Vorabklärung nicht nachweisen müsse, dass die gemeldete Verhaltensweise unzulässig sei.

62. Diesen Ausführungen ist Folgendes entgegenzuhalten: Gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG lebt das

Sanktionsrisiko wieder auf, wenn den Parteien innert Frist die Eröffnung einer Vorabklärung oder Untersuchung mitgeteilt wird. Die erwähnten Verfahren sind in Übereinstimmung mit dem anwendbaren Verfahrensrecht des Kartellgesetzes und des VwVG zu eröffnen und zu Ende zu führen. Deshalb kann auch der Fall eintreten, dass nach Durchführung einer Vorabklärung keine Untersuchung eröffnet wird, weil zwar Anhaltspunkte für ein unzulässiges Vorhaben festgestellt wurden, aber kein unzulässiges Verhalten praktiziert wird. Ferner stellt der Umstand, dass ein Nachweis der Unzulässigkeit eines gemeldeten Vorhabens für die Eröffnung einer Vorabklärung nicht Voraussetzung ist, keine Inkonsequenz dar, da sich Vorabklärungen regelmässig darauf beschränken, nach Anhaltspunkten für unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen zu suchen.

63. Das Meldeverfahren gemäss Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG gibt den Parteien die Möglichkeit, die Ungewissheit bezüglich der Sanktionierbarkeit des gemeldeten Verhaltens zu beseitigen. Eröffnen die Wettbewerbsbehörden innert der fünfmonatigen Frist eine Vorabklärung oder Untersuchung, so wissen die meldenden Unternehmen, dass die Sanktionierbarkeit wieder auflebt. Sofern die Eröffnung eines Verfahrens gemäss Art. 26 ff. KG angezeigt ist, liegt es im Ermessen der Wettbewerbsbehörden, die im Einzelfall angemessene Verfahrensart auszuwählen. Vorliegend war die Eröffnung einer Vorabklärung angemessen und die Parteien haben durch den Schlussbericht des Sekretariats die möglichen Angaben bezüglich der Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit einer DMIF im Maestro-System erhalten. Es wurde Ihnen mitgeteilt, dass aufgrund des gemeldeten Sachverhalts eine Untersuchungseröffnung im Falle der Umsetzung erfolgen müsste. Die Parteien haben durch diese Angaben die maximale, vom Gesetz vorgesehene Rechtssicherheit erlangt.

64. In jedem Fall haben die Parteien vorliegend, selbst wenn man entgegen den vorstehenden Ausführungen der Weko von einem Anspruch auf Eröffnung einer Untersuchung oder auf Erlass einer Feststellungsverfügung ausgehen sollte, keine zusätzlichen Sachverhaltselemente vorgetragen, welche die Eröffnung einer Untersuchung oder den Erlass einer Feststellungsverfügung rechtfertigen würden (vgl. Rz. 29).

B.4 Ergebnis

65. Zusammenfassend ergibt sich vorliegend, dass kein Anspruch auf Eröffnung einer Untersuchung besteht. Weiter besteht kein Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung, und zwar weder gestützt auf Art. 25 Abs. 2 VwVG noch gestützt auf Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG. Auf das Gesuch der Parteien ist deshalb nicht einzutreten.

³³ Botschaft über die Änderung des Kartellgesetzes vom 7. November 2001, BBl 2001 S. 2039 f.

³⁴ Vgl. Votum von Fritz Schiesser anlässlich der Beratung im Ständerat vom 20. März 2003.

³⁵ OLIVIER SCHALLER, *Annonce/Procédure d'opposition selon la loi sur les cartels révisée*, in: Stoffel/Zäch (Herausgeber), *Kartellgesetzrevisi* 2003, Zürich 2004, S. 180 f.

C Kosten

66. Nach Art. 2 Abs. 1 der Verordnung über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung, SR 251.2) ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat. Die Kosten des Verwaltungsverfahrens werden der Partei auferlegt, sofern diese im Verfahren unterlegen ist.

67. Vorliegend haben die Parteien ein Gesuch um Eröffnung einer Untersuchung und Erlass einer Feststellungsverfügung gestellt, weshalb ihre Gebührenpflicht zu bejahen ist. Da auf das Gesuch nicht eingetreten wurde, sind ihnen die Kosten des Verwaltungsverfahrens aufzuerlegen.

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

69. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenan-

satz von CHF 250.- bzw. CHF 200.- (vgl. interne Richtlinien zur Festsetzung der Stundenansätze, abrufbar auf Wekonet unter der Rubrik "GL-Entscheide"). Die aufgewendete Zeit beträgt [...] Stunden à CHF 250.- und [...] Stunden à CHF 200.-. Demnach beläuft sich die Gebühr auf CHF [...].

70. Die Gebühren werden den Verfügungsadressaten zu gleichen Teilen unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt.

D Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Auf das Gesuch um Eröffnung einer Untersuchung und Erlass einer Feststellungsverfügung wird nicht eingetreten.
2. [Verfahrenskosten]
3. [Rechtsmittelbelehrung]
4. [Eröffnung]

B 2.5	2. <i>Auskunftsverfügung in Sachen Preise von Viagra, Cialis und Levitra</i>
-------	-------------------------------------------------------------------------------------

Zwischenverfügung gemäss Art. 45 Abs. 1 VwVG

Décision incidente selon l'art. 45 al. 1 PA

Decisione incidente giusta l'art. 45 cpv. 1 PA

Zwischenverfügung vom 3. Juli 2007 i.S. Auskunftspflicht gemäss Art. 27 und Art. 40 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz [KG]; SR 251)

A Sachverhalt

1. Am 26. Juni 2006 hat das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission (Weko) eine Untersuchung gemäss Art. 27 Kartellgesetz gegen Apothekerinnen und Apotheker bzw. Ärztinnen und Ärzte (Verkaufsstellen) eröffnet. Die Vorabklärung hatte ergeben, dass je nach Hors-Liste Medikament über 80% der befragten Apothekerinnen und Apotheker die Preisempfehlungen der Herstellerinnen befolgen. Das Sekretariat hat in der Folge beschlossen, sich in der Untersuchung auf die Medikamente Viagra, Cialis und Levitra zu beschränken. Die Untersuchung soll nun aufzeigen, ob zwischen den einzelnen Verkaufsstellen und der Pfizer AG, der Eli Lilly SA und der Bayer AG vertikale Preisabreden bestehen (Art. 5 Abs. 4 KG) und ob zwischen den Apothekerinnen und Apothekern bzw. den Ärztinnen und Ärzten Preisabreden vorliegen (Art. 5 Abs. 3 KG).

2. Mit Schreiben vom 7. Februar 2007 wurden eine Auswahl von Verkaufsstellen - unter ihnen auch die Verfügungsadressatin - mittels Fragebogen zu ihrer Preispolitik von Viagra, Cialis und Levitra befragt. Für die Beantwortung dieses Fragebogens wurde den Verkaufsstellen eine Frist bis 8. März 2007 gesetzt. Die Verfügungsadressatin hat diese Frist verstreichen lassen, ohne den Fragebogen zu beantworten. Mit eingeschriebenem Schreiben vom 19. März 2007 hat das Sekretariat die Verfügungsadressatin gemahnt, dass sie gemäss Art. 40 KG zur Auskunft verpflichtet ist. Gleichzeitig hat man der Verfügungsadressatin eine Frist bis 10. April 2007 zur Beantwortung des Fragebogens gesetzt, mit ausdrücklichem Hinweis, dass nach Verstreichen dieser Frist eine kostenpflichtige Auskunftsverfügung erlassen werden müsse. Diese Frist ist vorliegend ebenfalls ungenutzt verstrichen.

B Erwägungen

B.1 Zuständigkeit

3. Auskunftsverfügungen dienen der Erhebung des Sachverhaltes und sind somit als verfahrensleitende Verfügungen zu qualifizieren (RPW 2006/3, S. 510; RPW 2000/1, S. 88; RPW 1997/4, S. 623). Gemäss Art. 23 Abs. 1 KG ist für den Erlass von verfahrensleitenden Verfügungen das Sekretariat zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums zuständig.

B.2 Auskunftspflicht

4. Gemäss Art. 40 KG haben Beteiligte an Abreden, marktmächtige Unternehmen, Beteiligte an Zusammenschlüssen sowie betroffene Dritte den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärung erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Urkunden vorzulegen. Die Auskunftspflicht gilt für alle kartellrechtlichen Verfahren, so auch für Untersuchungsverfahren (RPW 2006/3, S. 510 ff.; DIETRICH, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Homburger/Schmidhauser/Hoffet/Ducrey [Hrsg.], Zürich 1997, Rz. 18 zu Art. 40 KG).

5. In casu lagen genügend Anhaltspunkte für das Bestehen von möglichen horizontalen bzw. vertikalen Preisabreden vor, weshalb eine Untersuchung eröffnet wurde. Die Auskunftspflicht gemäss Art. 40 KG ist zudem weit gefasst. Darunter fallen neben an Abreden Beteiligten auch betroffene Dritte.

6. Gemäss Art. 40 Satz 2 KG richtet sich das Recht zur Verweigerung der Auskunft nach Art. 16 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, [VwVG]; SR 172.021). Vorliegend wurden keine Auskunftsverweigerungsgründe geltend gemacht und solche sind auch nicht ersichtlich.

7. Die Verfügungsadressatin ist somit gemäss Art. 40 KG zur Auskunft verpflichtet.

B.3 Gegenstand und Frist

8. Gegenstand dieser Auskunftsverfügung ist der Fragebogen vom 7. Februar 2007. Dieser ist dem Sekretariat beantwortet und unterschrieben per Post bis am **13. Juli 2007** einzureichen.

B.4 Verhältnismässigkeit

9. Auskunftsverfügungen haben dem Verfassungsgrundsatz der Verhältnismässigkeit zu genügen. Die einverlangten Auskünfte müssen somit geeignete und notwendige Mittel darstellen, um das Ziel des Untersuchungsverfahrens zu erreichen. Zusätzlich müssen die verlangten Auskünfte in einem vernünftigen Verhältnis zu den Belastungen stehen, die den Privaten auferlegt werden (RPW 2006/3, S. 511, Rz. 11; RPW 2000/1, S. 91, Rz. 25; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 123, Rz. 581).

10. Die mittels Fragebogen eingeforderten Daten beziehen sich allesamt auf den Gegenstand des Untersuchungsverfahrens. Die verlangten Auskünfte sind somit geeignet, die Frage zu klären, ob im Bereich der Medikamente Viagra, Cialis und Levitra eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt.

11. Die einverlangten Auskünfte werden für die Durchführung der Untersuchung benötigt. Um die Preispolitik der Verfügungsadressatin zu erhellen, wären andere geeignete Massnahmen vorhanden,

wie z.B. Hausdurchsuchungen (vgl. Art. 42 Abs. 2 KG) oder die Prüfung der Preisgestaltung dieser drei Medikamente in der Verkaufslokalität vor Ort. Beide Massnahmen greifen jedoch zwangsläufig stärker in die privaten Interessen der Verfügungsadressatin ein als die Befragung mittels Fragebogen. Das Übermassverbot gebietet es daher, die Fragebogen als das mildeste Mittel anzuwenden.

12. Die Auskunftspflicht ist für die Verfügungsadressatin mit zeitlichem Aufwand verbunden. Zur Beantwortung des Fragebogens wurde sowohl eine angemessene Frist als auch eine angemessene Nachfrist angesetzt. Der Aufwand der Verfügungsadressatin steht folglich in einem vernünftigen Verhältnis zur gewährten Frist. Die Befragung mittels Fragebogen ist somit zumutbar (Verhältnismässigkeit im engeren Sinn). Die Verfügungsadressatin hat denn auch nicht geltend gemacht, dass es unmöglich oder unzumutbar sei, diese Daten zu liefern.

B.5 Entzug der aufschiebenden Wirkung

13. Auskunftsverfügungen stellen Zwischenverfügungen dar. Gemäss Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG ist gegen eine selbstständig eröffnete Zwischenverfügung die Beschwerde zulässig, wenn sie, wie vorliegend, einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann.

14. Soweit die Verfügung keine Geldleistungen zum Gegenstand hat, kann der Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen werden (Art. 55 Abs. 2 VwVG). Für den Entzug der aufschiebenden Wirkung müssen überzeugende Gründe vorliegen. Dabei hat eine Interessenabwägung zu erfolgen (RPW 2006/3, S. 511, Rz. 19; KÖLZ/HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Auflage, Zürich 1998, S. 232, Rz. 650).

15. Für die Durchführung der Untersuchung werden die von den Verkaufsstellen mittels Fragebogen einverlangten Auskünfte zum jetzigen Zeitpunkt benötigt. Ohne Kenntnis über das Marktverhalten und die Preisstrategien der Verkaufsstellen kann das Sekretariat weder den Sachverhalt abklären noch beurteilen, ob bestimmte Verhaltensweisen kartellrechtlich zuläs-

sig sind oder nicht. Eine Verlängerung des Verfahrens infolge Verzögerung der Sachverhaltsklärung ist aus Gründen der Prozessökonomie und des Beschleunigungsgebots zu vermeiden. Dies gilt vorliegend umso mehr, als in diesem Verfahren auch andere Parteien beteiligt sind. Im Interesse sowohl der Behörden an der effizienten Durchsetzung des Kartellrechts als auch aller Verfahrensbeteiligten an der beförderlichen Durchführung der Untersuchung ist somit die aufschiebende Wirkung vorliegend zu entziehen.

C Verwaltungs- und Strafsanktionen

16. Ein Unternehmen, das die Auskunftspflicht oder die Pflichten zur Vorlage von Urkunden nicht oder nicht richtig erfüllt, wird mit einem Betrag bis zu CHF 100'000.- belastet (Art. 52 KG).

17. Wer vorsätzlich Verfügungen der Wettbewerbsbehörden betreffend die Auskunftspflicht (Art. 40. KG) nicht oder nicht richtig befolgt, wird mit Busse bis zu CHF 20'000.- bestraft (Art. 55 KG).

18. Sollten die mittels Auskunftsverfügung einverlangten Daten nicht bis 13. Juli 2007 (vgl. Rz. 8) beim Sekretariat eingehen, kann die Weko sowohl eine Verwaltungs- als auch eine Strafsanktion gemäss Art. 52 bzw. Art. 55 KG verhängen.

D Kosten

19. Gemäss Art. 2 Abs. 1 Verordnung über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2) ist unter anderem gebührenpflichtig, wer Verwaltungsverfahren verursacht. Dabei bemisst sich die Gebühr nach Zeitaufwand (Art. 4 Abs. 1 GebV-KG). Es gilt ein Stundenansatz von CHF 100-400.--. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals (Art. 4 Abs. 2 GebV-KG).

20. Als Verursacherin gilt im vorliegenden Fall die Verfügungsadressatin. Der Zeitaufwand für die Auskunftsverfügung hat sich auf [...] Std. à CHF [...] und auf [...] Min. à CHF [...] belaufen.

21. Daraus resultiert ein Gesamtbetrag von CHF [...], den die Verfügungsadressatin zu tragen hat.

B 2	6. Empfehlungen Recommendations Raccomandazioni
B 2.6	1. Beschaffung von Zement und Beton für Grossprojekte, beruhend auf den Erfahrungen bei der Neuen Eisenbahn-Alpentransversale (NEAT)

Empfehlung gemäss Art. 45 Abs. 2 KG zuhanden des Bundesrates vom 18. Juni 2007 betreffend die Beschaffung von Zement und Beton für Grossprojekte, beruhend auf den Erfahrungen bei der Neuen Eisenbahn-Alpentransversale (NEAT)

A Sachverhalt

1. Gegenstand dieser Empfehlung ist die *wettbewerbspolitische Beurteilung der Ausschreibungsbestimmungen betreffend Zement und Beton für die NEAT-Bauhauptlose*. Die Empfehlung geht aus der Untersuchung sowie der entsprechenden Verfügung vom 18. Juni 2007 in gleicher Sache hervor und trägt dem Umstand Rechnung, dass restriktive Auflagen bei den Submissionsverfahren zu einer Einschränkung des Wettbewerbs geführt haben. Zu Wettbewerbsverzerrungen haben bei den NEAT-Ausschreibungen insbesondere Bestimmungen zum Transport und zur Qualität von Zement respektive Beton sowie parallele Bauarbeiten an beiden Tunneln beigetragen.

2. Die Ermittlungen der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Weko) haben ergeben, dass der *Wettbewerb* für die Belieferung der einzelnen Lose mit Zement respektive Beton teilweise *gering* war. Je nach Tunnelbauhauptlos reichten lediglich zwischen einem und vier Zementherstellern Angebote ein. Die Anzahl Offerten beim Gotthard-Basistunnel (nachfolgend: GBT) lag im Allgemeinen tiefer als beim Lötschberg-Basistunnel (nachfolgend: LBT). Unter den Offerten befanden sich nur wenige ausländische Zementhersteller.

3. Die BLS AlpTransit (nachfolgend: BLS AT) sowie die AlpTransit Gotthard (nachfolgend: ATG) als Bauherren des LBT respektive des GBT beschafften Zement und Beton *nicht direkt*, sondern erteilten die entsprechenden Aufträge für jedes Bauhauptlos an Arbeitsgemeinschaften (nachfolgend: ARGE) bestehend aus schweizerischen und ausländischen Tunnelbauunternehmen. Die ARGE ihrerseits tätigten nach Erhalt des Zuschlags die Beschaffungen von Zement und Beton nach Vorgaben der Alptransit-Gesellschaften und nach Massgabe der Ausschreibungsunterlagen entweder direkt bei den Zementanbietern, um daraus in der Folge selbst Beton herzustellen, oder beauftragten einen Betonanbieter¹ mit der Herstellung des benötigten Betons.

4. Die vorliegende Empfehlung soll zur Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse bei zukünftigen Verga-

ben von Grossprojekten, insbesondere bei denjenigen des Ceneri-Basistunnels, beitragen. Die Empfehlung enthält *verschiedene Massnahmen*, mit welchen bei grossen Bauprojekten bei der Beschaffung von Zement und Beton die Anzahl der Wettbewerber erhöht und damit der Wettbewerb gestärkt werden könnte.

5. Im Folgenden werden für die Wettbewerbsverhältnisse von Zement und Beton bei der NEAT wichtige Parameter aufgezeigt, namentlich der Zeithorizont der Betonarbeiten (vgl. A.1), die Transportvorschriften für Zement (vgl. A.2), die Qualitätsanforderungen an Zement und Beton (vgl. A.3) und die Anzahl Wettbewerber für die Belieferung der einzelnen Lose mit Zement (vgl. A.4).

A.1 Planung und Zeithorizont

6. Am 24. April 1996 beschloss der Bundesrat den *gleichzeitigen Bau* des LBT und des GBT. Infolge geologischer Probleme erfolgte der Baustart des GBT schliesslich aber rund zwei Jahre nach demjenigen des LBT.

7. Die vier Hauptlose des LBT (Mitholz, Ferden, Steg und Raron) wurden zwischen November 1999 und November 2000 vergeben. Die Vergaben für vier der fünf Hauptlose des GBT (Amsteg, Sedrun, Faido und Bodio) fanden zwischen Juni 2001 und Dezember 2001 statt. Das Los Erstfeld wurde nach zwei erfolglosen Rekursen am 9. Februar 2007 der ARGE AGN zugesprochen. Die *Auftragvergaben an die Zement- und Betonlieferanten* durch die ARGE erfolgten jeweils rund fünf bis elf Monate nach dem Loserhalt der ARGE.

8. Ende 1996 war geplant, beim LBT mit den Hauptbauarbeiten im Jahre 1998 zu beginnen. Schliesslich setzten die Zementlieferungen beim LBT bei den einzelnen Bauhauptlosen in den Jahren 2000 und 2001 ein, bei den Bauhauptlosen am GBT (mit Ausnahme von Erstfeld) im Jahr 2002. Sie erfolgten beim LBT bis 2005 respektive 2006, während beim GBT noch an sämtlichen Losen (wiederum mit Ausnahme von Erstfeld) Betonarbeiten verrichtet werden. Beim Los Erstfeld wird voraussichtlich dieses Jahr mit den Betonar-

¹ Beziehungsweise ein Team bestehend aus Zement- und Bauche-mieherstellern.

beiten begonnen. Mit Ausnahme von Erstfeld wurden somit in den Jahren 2002 bis 2005 parallel an allen Tunnelhauptlosen Betonarbeiten durchgeführt und entsprechend *grosse Mengen an Zement verarbeitet*.

A.2 Anforderungen an den Transport von Zement

9. Bei den NEAT-Tunnelhauptlosen bestehen rigide Vorschriften hinsichtlich des Transports von Zement. Diese sind aus rein wettbewerblicher Sicht nicht zu begrüssen. Eine freie Wahl der Transportmittel durch die Zementhersteller würde den Grundsätzen des freien Wettbewerbs entsprechen. Da Einschränkungen bezüglich der Transportart aus ökologischen Gründen gerechtfertigt sein können, fokussiert die entsprechende Empfehlung (vgl. Rz. 28) auf die Sichtbarmachung der Kosten. Der Transport von Zement per Bahn wird sowohl für den LBT als auch für den GBT vorgeschrieben.² Bei den Baustellen des LBT sowie den Baustellen Amsteg/Erstfeld und Faido/Bodio des GBT wird Zement über das Schienennetz der Schweizerischen Bundesbahnen (nachfolgend: SBB), eine Normalspur, angeliefert. Der Transport für Sedrun erfolgt über das Schmalspurnetz der Rhätischen Bahn (nachfolgend: RhB). Güter, welche per Bahn von ausserhalb des RhB-Netzes zugestellt werden, müssen somit umgeladen werden.

10. Der vorgeschriebene Zementtransport per Bahn ist eine in der Schweiz für Grossprojekte *übliche Auflage*. Diverse Umweltschutzgesetze, namentlich das Bundesgesetz vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, USG; SR 814.01) und das Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 zur Verlagerung von alpenquerendem Güterschwerverkehr auf die Schiene (Verkehrsverlagerungsgesetz; SR 740.1), sehen vor, dass Anlagen, welche die Umwelt belasten können, zwingend einer Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) unterzogen werden.³ Bei der Planung des Alptransit-Projektes fand eine dreistufige UVP statt.

- a) Die erste Stufe wurde bei der Festlegung der Netzvarianten durchgeführt und fand Eingang in den Bundesbeschluss vom 4. Oktober 1991 über den Bau der schweizerischen Eisenbahn-Alpentransversale (Alpentransit-Beschluss; SR 742.104).
- b) Die zweite Stufe erfolgte im Rahmen des Vorprojektgenehmigungsverfahrens und wurde jeweils mit einer Genehmigung durch den Bundesrat abgeschlossen. Der Beschluss des Bundesrates vom 15. März 1999 über die Genehmigung des Vorprojektes der ATG hält fest, dass sämtliche Materialtransporte in grösstmöglichem Umfang per Bahn, Schiff und Förderband zu erfolgen haben (mit entsprechender Erschliessung der Installationsplätze und Materialbewirtschaftungsstandorte).
- c) Schliesslich werden in der dritten Stufe die Auflageprojekte der einzelnen Teilabschnitte geprüft, die dem Infrastruktur- und Umweltdepartement UVEK zur Genehmigung vorgelegt werden müssen. In den Auflageprojekten findet u.a. eine Konkretisierung des Materialbewirtschaftungs-

konzeptes statt. So hat sich die ATG dazu entschlossen, zur Erfüllung umweltrechtlicher Vorgaben Materialien, welche über längere Strecken zu transportieren sind, mit der Bahn zu befördern.

A.3 Anforderungen an die Qualität von Zement und Beton

11. Die beiden Alptransit-Gesellschaften wählten *unterschiedliche Vorgehensweisen zur Sicherstellung der Qualität* des verwendeten Zements und Betons.

- a) Die von der BLS AT herausgegebenen Ausschreibungsunterlagen für die Tunnelhauptlose des LBT enthalten *detaillierte Qualitätsvorschriften* betreffend Beton. Darin wird u.a. aufgeführt, dass der Unternehmer zum Zeitpunkt der Submission Atteste und Untersuchungsberichte für die Lieferung von Betonbestandteilen respektive Werkbeton zu erbringen und vor Arbeitsbeginn Eignungsprüfungen mittels Vorversuchen unter festgelegten Rahmenbedingungen durchzuführen hat.⁴
- b) Beim GBT sah die ATG demgegenüber aufgrund unterschiedlicher Faktoren (u.a. hohe Temperaturen im Berg und die Verwendung von Tunnelausbruchmaterial bei der Betonherstellung) ein vorgängiges Zulassungsverfahren für die zu verwendenden Betonsysteme vor [vgl. Art. 10 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB)]. Dieses wurde am 20. Februar 1996 im Schweizerischen Handelsamtsblatt (nachfolgend: SHAB) ausgeschrieben, wobei der GBT in die drei Prüfabschnitte Amsteg/Erstfeld, Sedrun und Bodio/Faido unterteilt wurde. Pro Abschnitt bewarben sich zwischen fünf und acht Teams aus Zementherstellern und Bauchemielieferanten. Zugelassene Mischungen erlangten schliesslich zwischen zwei und sechs Teams pro Abschnitt.⁵

12. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass – im Unterschied zum LBT – die ARGE beim GBT ihren Zement- und Betonlieferanten *nicht frei wählen konnten*. Die Wahl war von Beginn an beschränkt auf die Anbieterteams aus Zement- und Bauchemielieferanten, deren Betonmischungen eine vorgängige Zulassungsprüfung durchlaufen hatten und im sog. Verzeichnis der zugelassenen Betonmischungen aufgenommen worden waren.

A.4 Zement- und Betonanbieter

13. Die ARGE der Hauptlose am *LBT* waren mit verschiedenen Zement- und Betonlieferanten in Kontakt.

² Für Ferden beispielsweise an die der Baustelle am nächsten gelegene Bestimmungsstation (vgl. Besondere Bestimmungen für das Los Ferden).

³ Gemäss Art. 10a Abs. 1 USG prüft eine Behörde möglichst frühzeitig die Umweltverträglichkeit, bevor sie über die Planung, Errichtung oder Änderung von Anlagen entscheidet.

⁴ Vgl. beispielsweise "Besondere Bestimmungen" für das Los Ferden.

⁵ Bei den Ausschreibungen des Ceneri-Basistunnels verzichtet die ATG auf ein Prüfungssystem gemäss Art. 10 BoeB.

a) Die ARGE MaTrans (Lose Steg/Raron) und die ARGE Ferden (Los Ferden) holten bei allen drei Schweizer Zementherstellern sowie einem italienischen Zementhersteller Offerten ein.

b) Die ARGE Satco Mitholz (Los Mitholz) fragte nach Erhalt des Loses vier Betonlieferanten aus dem In- und Ausland um Offerten an⁶ und entschied sich schliesslich für eine Lösung mit zwei Lieferanten (aus Österreich und der Schweiz). Die ARGE fragten mithin direkt Zement nach und stellten den Beton in der Folge selbst her.

14. Aufgrund des vorgängigen Zulassungsverfahrens für Betonsysteme war die Wahl des Beton- und Zementlieferanten für die erfolgreichen ARGE beim *GBT* teilweise stark eingeschränkt.

a) Für das Los Amsteg standen den ARGE Betonmischungen von fünf Teams mit insgesamt drei Zementherstellern zur Auswahl.

b) Für die Lose Faido/Bodio der ARGE TAT konnte auf vier Teams zurückgegriffen werden, davon drei mit dem gleichen Zementhersteller.

c) Für das Los Sedrun der ARGE TRANSCO kamen zwei Teams in Betracht, jeweils mit dem gleichen Zementhersteller.

d) Beim Los Erstfeld schliesslich kann die erfolgreiche ARGE AGN dank der nachträglichen Zulassung von Ciments Vigier SA (nachfolgend: Vigier) für die benötigten Betonmischungen auf sechs Teams mit gesamthaft vier Zementherstellern zurückgreifen. Als einziger ausländischer Zementhersteller hat Italcementi für die Prüfabschnitte Amsteg/Erstfeld und Bodio/Faido zugelassene Betonsysteme.

15. Zusammenfassend kann Folgendes festgehalten werden: Während beim LBT pro Los jeweils drei bis vier Zementlieferanten Offerten einreichten, haben beim GBT bei zwei der vier Lose *nur ein bzw. zwei Zementhersteller pro Los* zugelassene Betonmischungen. Somit fiel der Wettbewerb betreffend Zement und Beton beim GBT durchschnittlich geringer aus als beim LBT.

B Wettbewerbspolitische Beurteilung

B.1 Vorbehaltene Vorschriften

16. Verschiedene Auflagen der Bauherren, bedingt durch öffentlich-rechtliche Vorschriften, bewirkten, wie nachfolgend (B.2 – B.5) aufgezeigt wird, dass gewisse Zementhersteller bei der Belieferung der NEAT-Baustellen über eine *vorteilhaftere Wettbewerbsstellung* gegenüber ihren Konkurrenten verfügten.

a) Die Auflage des Transports von Zement per Bahn führte für Zementhersteller mit eigenem Bahnanschluss zu einem bedeutenden Wettbewerbsvorteil.

b) Der um rund zwei Jahre verschobene Bau des GBT gegenüber dem LBT hatte zur Folge, dass in gewissen Jahren Tunnelausbrucharbeiten parallel an fast allen Abschnitten durchgeführt wurden. Dadurch hervorgehobene respektive verstärkte Kapazitätsengpässe bei zwei der drei schweizerischen Zementhersteller be-

wirkten de facto eine Reduktion des Wettbewerbs bei gewissen Losen.

c) Die Präqualifikation beim GBT hatte u.a. aufgrund ihrer hohen Kosten für die Bewerber eine einschränkende Wirkung auf den Wettbewerb.

17. Die Weko erachtet den Erlass einer *Empfehlung an den Bundesrat gemäss Art. 45 Abs. 2 KG für angezeigt*.

B.2 Ausschreibungsbestimmungen bei der NEAT

18. Diverse Ausschreibungsfaktoren reduzierten bei den NEAT-Bauhauptlosen die Anzahl möglicher und tatsächlicher Wettbewerber in erheblichem Ausmasse. Die Verwendung *politisch legitimerter, aber vergabefremder Parameter*, wie etwa ökologischer und regionalpolitischer Kriterien, führten faktisch zu einer Reduktion des Anbieterkreises sowie zu Wettbewerbsverzerrungen zwischen den Anbietern (vgl. RPW 2006/2, S. 406).

19. Im Folgenden werden die *Hauptgründe* für den beschränkten Anbieterkreis und die hohen Kosten für Zement aufgeführt sowie *Lösungsansätze* für mehr Wettbewerb aufgezeigt. Letztere empfehlen eine verbesserte Planung der Ausschreibung (B.3), eine Senkung der Markteintrittsbarrieren (B.4) sowie eine Förderung der Kostentransparenz (B.5).

B.3 Planung der Ausschreibung

B.3.1 Staffelung der Zementlieferungen

20. Gemessen an der möglichen Gesamtproduktion der einzelnen schweizerischen Zementwerke wurden für den GBT und den LBT sehr grosse Zementmengen benötigt. Die gute Konjunktur der vergangenen Jahre führte zu einer überdurchschnittlich hohen Auslastung der Werke. Dies hatte zur Folge, dass zwei der drei schweizerischen Zementanbieter aufgrund von *Kapazitätsengpässen* für gewisse NEAT-Lose keine Offerten einreichten. Damit wurde der Wettbewerb für diese Lose erheblich geschmälert.

21. Es kann mit guten Gründen angenommen werden, dass Vigier und Jura-Cement-Fabriken (nachfolgend: Jura) verstärkt auch bei anderen Losen mitgeboten hätten unter der Voraussetzung, dass die beiden Tunnel *zeitlich vollständig versetzt* gebaut worden wären. Eine weitergehende zeitliche Staffelung der beiden Tunnelbauprojekte hätte also zu mehr inländischem Wettbewerb bei den einzelnen Vergaben von Zementaufträgen führen können. Eine solche wettbewerbsfördernde Massnahme hätte die Anzahl der an den einzelnen Vergaben teilnehmenden Wettbewerber erhöht. Zur Illustration kann das Los Erstfeld herangezogen werden: Dank dem im Vergleich zu den anderen NEAT-Losen späteren Baubeginn in

⁶ Diese verfügten über Zement von zwei schweizerischen und einem italienischen Hersteller.

Erstfeld haben alle drei schweizerischen Zementhersteller Zulassungen für Betonmischungen erlangt und können sich somit für die Belieferung dieses Los bewerben.

22. Die Beteiligten regten daher an, unter Berücksichtigung der politischen Rahmenbedingungen eine zeitliche Staffelung bei der Realisierung von Grossprojekten zu prüfen.

B.3.2 Gesamthafte Ausschreibung

23. Ausländische Zementhersteller gehörten bzw. gehören nicht zu den Lieferanten der NEAT-Bauhauptlose. Auch unter den Unternehmen, welche bei den einzelnen Losen Offerten für Zement einreichten, sind kaum ausländische zu finden. Dies kann darauf zurückgeführt werden, dass die Belieferung der einzelnen Lose für grosse ausländische Zementhersteller wegen der **zu geringen Volumina** dieser einzelnen Lose nicht attraktiv genug war.

24. Eine Erhöhung der Attraktivität, Offerten einzureichen, kann der Bauherr eines Grossprojektes erreichen, indem der benötigte Zement **gesamthaf** als ein Auftrag ohne zusätzliche Spezifikationen⁷ ausgeschrieben wird, wobei die Staffelung bei der Realisierung beibehalten wird. Ein grösseres Auftragsvolumen könnte den Anreiz ausländischer Anbieter erhöhen, bei den Vergaben von Zementaufträgen teilzunehmen. Die Beschaffung von Zement am GBT sowie am LBT mittels separaten und **zwangsläufig kleineren Aufträgen** durch die ARGE hat diesen Anreiz demgegenüber nachteilig beeinflusst.

25. Die Beteiligten regten daher an, eine gesamthafte Ausschreibung des für mehrere Lose eines grossen Bauwerkes benötigten Zements in Erwägung zu ziehen.

B.4 Senkung der Markteintrittsbarrieren

B.4.1 Bahntransport

26. Sämtliche schweizerischen Zementwerke verfügen über einen Bahnanschluss an die Normalspur der SBB. Das Werk Untervaz von Holcim (Schweiz) AG ist zudem mit einem Bahnanschluss an die Schmalspur der RhB ausgestattet. Die **Auflage des Bahntransports von Zement** führt dazu, dass Zementhersteller ohne Werk mit direktem Bahnanschluss gegenüber Zementherstellern mit direktem Bahnanschluss aufgrund des zusätzlichen Umlads des Zements von Last- auf Bahnwagen bedeutende Kostennachteile haben. Dieser Umlad ist, gemessen am Wert des Zements, verhältnismässig teuer. Da im umliegenden Ausland im Gegensatz zur Schweiz nur ein geringer Prozentsatz der Werke über einen eigenen Bahnanschluss verfügt, führt dies dazu, dass bei den NEAT-Baustellen der Wettbewerb insbesondere aus dem Ausland (bei Sedrun auch aus dem Inland) stark eingeschränkt ist.

27. Eine Intensivierung des Wettbewerbs sowie ein Beitrag zur Kostenreduktion kann nach Aussagen der Beteiligten auf zweifache Weise erzeugt werden:

a) **Förderung des Systems mit Wechselbehältern (Containern)**. Der Umlad von Zement in Wechselbehältern verursacht tiefere Kosten als das Umblasen

des Zements von Silo-Lastwagen zu Silo-Bahnwagen. Eine Förderung dieses Systems durch den Bund kann zu einem intensiverem Wettbewerb aus dem Ausland führen. Wechselbehälter könnten gleichermassen zur Erleichterung des Umlads zwischen dem Netz der SBB (Normalspur) und dem Schmalspur-Netz der RhB beitragen.

b) **Gewährung von Ausnahmegewilligungen für Lastwagentransporte**. Eine Intensivierung des Wettbewerbs aus dem Ausland bzw. mehr Wettbewerb im Gebiet der RhB wird durch die Gewährung von Ausnahmegewilligungen für Lastwagentransporte für Zementhersteller ohne direkten Bahnanschluss bewirkt. Die Gewährung von Ausnahmegewilligungen setzt eine Interessenabwägung zwischen Kosteneinsparungen und dem Schutz der Umwelt und der Bevölkerung vor übermässigen Immissionen voraus.

28. Es liegt nicht an der Weko, sich zu diesen beiden Punkten zu äussern. Die Weko empfiehlt jedoch, die daraus resultierenden Kosten bzw. möglichen Vorteile transparent zu machen.

B.4.2 Zulassungsverfahren für Betonsysteme

29. Das vorgängige Zulassungsverfahren für Betonsysteme beim GBT brachte eine **lange Verfahrensdauer** sowie insbesondere hohe **Kosten** mit sich.

a) Die ATG hat zwar einen **Teil der Kosten** beim Prüfungszyklus 1996 übernommen, so etwa die Bereitstellung der Zuschlagsstoffe bei den Hauptprüfungen und das Vorhalten der Grundinfrastruktur des Versuchsstollens. Der verbliebene Kostenanteil für die einzelnen Betonsystemlieferanten (Zementhersteller und Bauchemielieferanten) war jedoch bedeutsam. Zuletzt fand gar keine Kostenübernahme durch die ATG mehr statt. So musste Vigier, welche sich erst 2004 für eine Prüfung von Betonmischungen für den Abschnitts Amsteg/Erstfeld entschloss, sämtliche Kosten selber tragen.

b) Der Kostennachteil, den **ausländische Zementhersteller** durch den fehlenden direkten Anschluss ihrer Werke an die Bahn gegenüber den schweizerischen Zementherstellern haben, verringerte ihre Chancen auf den Erhalt eines Zementauftrages und hat ebenfalls dazu beigetragen, dass nur wenige ausländische Zementhersteller am Zulassungsverfahren teilgenommen haben.

c) Die den Zementherstellern aus dem Zulassungsverfahren erlangten Erkenntnisse lassen sich über weite Strecken nur für den GBT verwenden. Es entstehen somit namentlich für die nicht berücksichtigten Unternehmen **beträchtliche sunk costs**, d.h. Kosten, welche für Investitionen in ein Projekt anfallen, die nur für dieses spezifische Projekt verwendet werden können. Aufgrund dieser Umstände liessen sich nur Hersteller von Betonsystemen zertifizieren, welche sich eine reelle Chance auf den Zuschlag ausrechnen.

⁷ Beispielsweise Vorschriften betreffend Transportart.

d) Schliesslich erschwerte der im Verhältnis zu den ersten Zement- und Betonlieferungen **frühe Zeitpunkt** des 1996 im SHAB ausgeschriebenen **Zulassungsverfahrens** die Planung der Zementhersteller. Die Entscheidung, eine Zulassung für einen Abschnitt zu erlangen, musste sehr früh gefällt werden, wollten die Zementhersteller nicht die (wenn auch geringen) von der ATG im Prüfungszyklus übernommenen Kosten ebenfalls tragen. Die Zement- und Betonaufträge für die Hauptlose wurden mit Ausnahme des Loses Erstfeld (Vergabe Betonauftrag voraussichtlich 2007) in den Jahren 2000 – 2002, also vier bis sechs Jahre nach dem Beginn des Prüfungszyklus 1996, vergeben.

30. Eine Intensivierung des Wettbewerbs bzw. eine Kostenreduktion kann auf zweifache Weise erfolgen:

a) In erster Linie kommt der **gänzliche Verzicht** auf ein vorgängiges Zulassungsverfahren in Frage. Beim LBT war eine solche Lösung möglich. Eine Qualitätskontrolle wie beim LBT könnte die Qualität weiterhin sicherstellen.

b) Bei Festhalten an einem vorgängigen Zulassungsverfahren vermag eine Senkung der Zulassungskosten durch eine **grössere Kostenübernahme** des Bauherren, maximal in Höhe der sunk costs, Anreize für mehr Offerten zu setzen.

31. Die Weko empfiehlt, die Zweckmässigkeit eines vorgängigen Zulassungsverfahrens zu überprüfen und insbesondere die Überwälzung der Kosten zu überdenken.

B.5 Förderung der Kostentransparenz

B.5.1 Offertvarianten betreffend Qualität

32. Die in den Ausschreibungen aufgeführten Anforderungen an den zu verwendenden Beton⁸ respektive Zement für die NEAT-Basistunnel sind hoch und verteuerten dadurch den Beton respektive Zement. Dabei liegt es weder in der Kompetenz der Weko noch ist es die Absicht dieser, in die zu erfüllenden Umwelt- und Qualitätsstandards einzugreifen.

33. Die auch unter Kostengesichtspunkten notwendigen Qualitätsanforderungen und die angemessene Mindesthaltbarkeit des Betons können durch eine Offenlegung der zusätzlichen Kosten ermittelt werden.

a) Die Bauunternehmer werden eingeladen, eine Grundofferte gemäss Spezifikationen im Pflichtenheft sowie eine Variante einzureichen, bei welcher die Qualitätsanforderungen tiefer angesetzt werden. Die Variante hat vorgegebene (technische oder andere) Minimalstandards zu erfüllen.

b) Durch solche Varianten kann die Entscheidung, wie hoch die Qualitätsanforderungen sein sollten und ob allenfalls vermehrt Standard- anstelle von Spezialzement eingesetzt werden könnte, erleichtert werden. In jedem Fall wird damit die Kostentransparenz gefördert, auch wenn die vorgeschlagene Variante mit tieferen Qualitätsanforderungen aufgrund übergeordneter Vorgaben schliesslich nicht gewählt werden kann.

34. Die Weko empfiehlt, die Bauunternehmer bei der Einreichung ihrer Offerten einzuladen, neben der Grundofferte eine Variante, bei welcher die vorgegebenen minimalen Spezifikationen betreffend Qualität tiefer angesetzt werden, einzureichen.

B.5.2 Offertvarianten betreffend Transportarten

35. Für die NEAT-Baulose ist vorgeschrieben, dass die Lieferung von Zement und weiteren Gütern per Bahn zu erfolgen hat (vgl. Ausführungen zu A.2). Der zwingend vorgeschriebene Bahntransport versetzt den Anbieter der entsprechenden Bahntransporte in eine monopolartige Stellung. Ausweichmöglichkeiten, etwa auf den Strassentransport, bestehen nicht. Ebensovienig besteht ein Druck auf die Bahntransportkosten.

36. Durch folgende Massnahme wird der Wettbewerb erhöht (a) sowie Kostentransparenz erzielt (b):

a) Zementhersteller werden zur Einreichung von Varianten angehalten, eine Grundofferte mit Bahntransport des Zements und eine Variante ohne Bahntransport des Zements. Damit wird der Druck auf Bahntransportunternehmen, dem Zementhersteller ein **optimiertes Angebot** einzureichen, erhöht.

b) Die Alternativeingaben der Bauunternehmer erleichtern dem Bauherrn zusätzlich eine **Abwägung zwischen Kosten und ökologischen Aspekten** (Kostentransparenz).

37. Die Weko empfiehlt, die Bauunternehmer bei der Einreichung ihrer Offerten einzuladen, je eine Grundofferte mit Bahntransport für schwere Güter wie Zement und eine solche ohne Bahntransport einzureichen.

B.6 Zusammenfassung

38. Zusammenfassend empfiehlt die Weko dem Bundesrat im Sinne von Art. 45 Abs. 2 KG, die folgenden Massnahmen zu veranlassen:

Planung der Ausschreibung

39. Bei der Planung der Ausschreibung können die Wettbewerbsrahmenbedingungen durch eine gesamthafte Ausschreibung mehrerer Lose bei gleichzeitiger Staffelung der Realisierung verschiedener Grossprojekte verbessert werden.

Senkung der Markteintrittsbarrieren

40. Im Falle von Bahntransportauflagen können die Markteintrittsbarrieren durch ein System mit Wechselbehältern (Containern) sowie durch eine angemessene Handhabung des Instrumentes von Ausnahmegewilligungen gesenkt werden; in jedem Fall sind die entsprechenden Kosten transparent zu machen.

⁸ Insbesondere die lange Haltbarkeit (100 Jahre ohne Sanierung).

41. Hinsichtlich des Zulassungsverfahrens für Betonsysteme ist die Zweckmäßigkeit eines vorgängigen Zulassungsverfahrens zu überprüfen und insbesondere die Überwälzung der Kosten zu überdenken.

Förderung von Kostentransparenz

42. Die Bauunternehmer sind bei der Einreichung ihrer Offerten einzuladen, neben der Grundofferte eine Variante, bei welcher die vorgegebenen minimalen

Spezifikationen betreffend Qualität tiefer angesetzt werden, einzureichen.

43. Die Bauunternehmer sind bei der Einreichung ihrer Offerten einzuladen, je eine Grundofferte mit Bahntransport für schwere Güter wie Zement und eine solche ohne Bahntransport einzureichen.

C ***Zivilrechtliche Praxis***
Pratique des tribunaux civils
Prassi dei tribunali civili

C 1	<i>Kantonale Gerichte</i> Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali
C 1	1. <i>Ordonnance de mesures provisionnelles de la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois dans la cause divisant A. Cornamusaz d'avec Coopérative des producteurs de fromages d'alpage "l'Etivaz"</i>

TRIBUNAL CANTONAL VAUD

COUR CIVILE

Ordonnance de mesures provisionnelles dans la cause divisant Alain CORNAMUSAZ, à Trey, d'avec COOPÉRATIVE DES PRODUCTEURS DE FROMAGES D'ALPAGE "L'ETIVAZ", à Château-d'Oex.

Audience du 12 juin 2007

Présidence de M. JOMINI, juge instructeur

Greffier : Mme Di Ferro Demierre, substitut

Statuant immédiatement à huis clos, le juge instructeur constate :

En fait :

1. Par requête de mesures provisionnelles et préprovisionnelles du 21 mai 2007, Alain Cornamusaz a pris, avec dépens, les conclusions suivantes:

"A titre de mesures d'extrême urgence

I. Ordonner que la Coopérative des producteurs de fromages d'alpages "L'ETIVAZ" accorde à Alain Cornamusaz provisoirement et jusqu'à droit connu au fond, l'accès aux caves l'Etivaz et aux soins aux fromages liés à cet accès, contre rémunération adéquate et usuelle, et ce sans délai.

A titre de mesures provisionnelles

I. Ordonner que la Coopérative des producteurs de fromages d'alpages "L'ETIVAZ" accorde à Alain Cornamusaz provisoirement et jusqu'à droit connu au fond, l'accès aux caves l'Etivaz et aux soins aux fromages liés à cet accès, contre rémunération adéquate et usuelle, et ce sans délai."

Par décision du 22 mai 2007, le juge instructeur a rejeté à la requête de mesures préprovisionnelles.

Par requête de mesures provisionnelles et préprovisionnelles du 25 mai 2007, Alain Cornamusaz a pris, avec dépens, les conclusions suivantes:

"à titre d'extrême urgence

I. La Coopérative des producteurs de fromages d'alpages "L'ETIVAZ" est astreinte à livrer à Alain Cornamusaz dès le 1er juin 2007, les marques de caséine nécessaires à la fabrication de son fromage, contre rémunération usuelle et adéquate.

II. La Coopérative des producteurs de fromages d'alpages "L'ETIVAZ" est astreinte à accorder à Alain Cornamusaz dès le 1er juin 2007 provisoirement et jusqu'à droit connu au fond, l'accès aux caves l'Etivaz et aux soins aux fromages liés à cet accès, contre rémunération adéquate et usuelle.

à titre de mesures provisionnelles

I. La Coopérative des producteurs de fromages d'alpages "L'ETIVAZ" est astreinte à livrer à Alain Cornamusaz dès le 1er juin 2007, les marques de caséine nécessaires à la fabrication de son fromage, contre rémunération usuelle et adéquate.

II. La Coopérative des producteurs de fromages d'alpages "L'ETIVAZ" est astreinte à accorder à Alain Cornamusaz dès le 1er juin 2007 provisoirement et jusqu'à droit connu au fond, l'accès aux caves l'Etivaz et aux soins aux fromages liés à cet accès, contre rémunération adéquate et usuelle."

Par décision du 29 mai 2007, le juge instructeur a rejeté la requête de mesures préprovisionnelles.

Par procédé écrit du 11 juin 2007, la Coopérative des producteurs de fromages d'alpage "L'Etivaz" a conclu, avec dépens, au rejet de la requête de mesures provisionnelles déposée le 21 mai 2007 par Alain Cornamusaz.

Par dictée au procès-verbal de l'audience de ce jour, la Coopérative des producteurs de fromages d'alpage "L'Etivaz" a conclu, avec dépens, au rejet de la requête de mesures provisionnelles déposée le 25 mai 2007 par Alain Cornamusaz.

2. Il ressort en substance ce qui suit des allégations, des pièces produites par les parties et de l'instruction menée lors de l'audience de ce jour:

a) Le requérant Alain Cornamusaz est agriculteur à Trey dans le canton de Vaud.

L'intimée Coopérative des producteurs de fromages d'alpage "L'Etivaz" (ci-après : la coopérative ou l'intimée) est une société inscrite au registre du commerce depuis 1935. Son but est de promouvoir les intérêts de ses membres par la mise en valeur, aux meilleures conditions, des fromages d'alpage, l'amélioration de la qualité et l'étude de la fabrication de spécialités, l'exploitation de caves à fromage et de greniers, l'étude de mesures favorisant le développement technique et la commercialisation de la production laitière en montagne. Son siège est à Château-d'Oex.

b) A la suite d'une demande d'enregistrement déposée par l'intimée, l'Office fédéral de l'agriculture (ci-après: OFAG) a enregistré, par décision rendue le 24 septembre 1999 et modifiée le 17 novembre 2004, le nom "L'ETIVAZ" comme Appellation d'origine protégée (ci-après: AOP).

La zone de production et de transformation du fromage "L'Etivaz" comprend les exploitations d'estivage dont les chalets de fabrication se situent entre 1000 et 2000 mètres d'altitude dans les communes de Château-d'Oex, Rougemont, Rossinière, Ollon, Ville-neuve, Ormont-Dessous, Corbeyrier, Leysin et Bex. La zone d'affinage est le district du Pays d'Enhaut. Il ressort du dossier historique de la demande d'enregistrement de "L'Etivaz" qu'afin de pouvoir assumer seuls la commercialisation de leur produit, les producteurs d'alpage ont fondé en 1934 une coopérative d'affinage et de commercialisation. En 1945, la coopérative a été libérée de l'obligation de livraison à l'Union suisse du commerce de fromage à Berne. En se pliant à un règlement de fabrication stricte, les producteurs ont fait de "L'Etivaz" un fromage recherché.

L'AOP "L'Etivaz" est soumise à un cahier des charges qui précise les conditions auxquelles doit nécessairement se conformer toute production de fromage qui désire bénéficier de l'appellation protégée et qui comprend notamment les dispositions suivantes:

L'article 4 Caractéristiques chimiques

L'Etivaz:

Matière grasse dans l'extrait sec (MG/ES) : de 490 à 549 g/kg

Teneur en eau dans le fromage dégraissé : max. 580 g/kg

L'Etivaz à rebibes:

Matière grasse dans l'extrait sec (MG/ES) : de 490 à 549 g/kg

Teneur en eau dans le fromage dégraissé : max. 580 g/kg

L'article 6 Caractéristiques organoleptiques

L'Etivaz

Ouverture: la présence de trous est rare.

Pâte: assez fine, souple, légèrement ferme, de teinte jaune ivoirine.

Goût: franc et aromatique, fruité, légère saveur de noisette, léger goût de fumée.

L'Etivaz à rebibes

Ouverture: la présence de trous est rare.

Pâte: extra-dure, se prêtant à la râpe, rabotée au couteau, de couleur jaune pâle couleur jaune pâle.

Goût: franc et aromatique, fruité, s'accroissant avec la maturation.

L'article 13 Atelier d'affinage

L'affinage se fait exclusivement dans des caves d'une capacité de 3'000 pièces ou plus.

L'article 16 fixe les critères de taxation suivants :

Ouverture

Si toutes les sondes ne présentent aucun trou, s'il n'y a pas d'autre défaut d'ouverture ou si l'on trouve un à deux trous propres sans nid dans la partie, la position "ouverture" est taxée 4 points. 3 ½ jusqu'à 2 points : petit défaut jusqu'à la limite inférieure du premier choix.

Pâte

La pâte est taxée sur 6 points. La note maximale correspond à une absence totale de défaut (structure, couleur et consistance irréprochable). 5 ½ jusqu'à 2 points : petit défaut jusqu'à la limite inférieure du premier choix.

Goût et arôme

Le goût et l'arôme sont taxés sur 6 points. La note maximale correspond à une absence totale de défaut (odeur et goût francs, équilibrés et typiques). 5 ½ jusqu'à deux points : petit défaut jusqu'à la limite inférieure du premier choix.

Extérieur, forme et propriété de conservation

Ce poste est taxé sur 4 points. La note maximale correspond à un extérieur, une forme et une propriété de conservation irréprochables. 3 ½ jusqu'à 2 points : petit défaut jusqu'à la limite inférieure du premier choix.

L'article 17 Classement

Ont droit à la dénomination L'Etivaz, les fromages ayant atteint la note de 15 points au moins et remplissant les conditions du présent cahier des charges.

L'article 18 Etiquetage

Chaque pièce de fromages libérée à la vente est obligatoirement munie d'une étiquette en papier alimentaire attestant sa spécificité. (...) Chaque meule est munie d'une marque de caséine numérotée délivrée par la coopérative des producteurs de fromages d'alpage "L'Etivaz".

L'article 19 Organisme de certification

L'organisme de certification est: Organisme intercantonal de certification (ci-après: OIC), Jordils 1, CP 128, 1000 Lausanne 6.

Les exigences minimales de contrôle figurent dans le manuel de contrôle du "L'Etivaz", établi par l'organisme de certification et le groupement demandeur, s'appliquant à l'ensemble de la filière.

c) L'alpage de Têmeley-Aï se situe sur la Commune de Leysin. Jusqu'en 2005, cet alpage était loué par Albert Lenoir, qui était membre de l'intimée. Sa production de fromage bénéficiait de l'appellation "L'Etivaz". Albert Lenoir est décédé au mois de février 2005. Après son décès, la Municipalité de Leysin a procédé, au mois de mars 2005, à la soumission publique de la location de l'alpage de Têmeley-Aï. La location de cet alpage a été concédée au requérant. Comme le précédent locataire de l'alpage, le requérant produit et fabrique son fromage à Leysin. Il allègue avoir consenti des investissements, qui s'élèvent à plus de 140'000 fr. depuis l'acquisition de l'alpage jusqu'à la fin de l'année 2006, pour se conformer au cahier des charges "L'Etivaz".

d) Par courrier du 20 avril 2005, l'intimée a avisé le requérant du rejet de sa demande d'adhésion pour le motif que son comité avait pris l'option de privilégier les agriculteurs de la zone de production, cette décision pouvant toutefois être reconsidérée l'année suivante.

Le 19 janvier 2006, le requérant a déposé une seconde demande d'adhésion qui a également été rejetée le 2 février 2006. Ce refus était fondé sur la volonté de l'intimée de privilégier les agriculteurs dont l'exploitation principale se trouvait dans la zone de production, étant donné le nombre élevé de demandes d'adhésion.

Cette demande d'adhésion était soutenue par la Municipalité de Leysin, qui, dans un courrier du 19 janvier 2006, avait notamment adressé les lignes suivantes à l'intimée:

"Par la présente, nous nous permettons donc d'intervenir à nouveau, afin que vous reconsidériez votre position et que vous acceptiez Monsieur Cornamusaz au sein de votre Coopérative, lui permettant d'écouler, par votre intermédiaire, sa production d'alpage.

A toutes fins utiles, nous rappelons les points suivants:

- l'alpage communal Têmeley-Aï était exploité pendant de très nombreuses années par l'Association Têmeley-Aï, composée de plusieurs agriculteurs de la région, puis par Monsieur Jean Tauxe Colombo;
- en 1987, ce dernier a transmis le flambeau à son petit-fils, Monsieur Claude-Alain Rime, et tout naturellement la Commune lui a confié l'exploitation de cet alpage;
- en 2000, suite à la cessation d'activité de Monsieur Rime, la Municipalité a loué l'alpage à Monsieur Albert Lenoir;
- après le décès de Monsieur Lenoir, en février 2005, n'ayant trouvé aucun intéressé dans la région, la Commune a loué l'alpage à Monsieur Cornamusaz.

Ainsi, depuis des décennies, notre alpage, situé dans la zone de production du fromage "L'Etivaz", est exploité sans que cela ne pose problème. (...)

A cette époque, vous nous adressiez des remerciements pour avoir favorisé la production de fromage "L'Etivaz".

Les temps auraient-ils changé à ce point? N'est-il plus nécessaire qu'entre gens de la montagne l'on se soutienne? Le mot "Région" aurait-il perdu de son sens?

Selon nous, le fait que Monsieur Cornamusaz soit domicilié en plaine ne doit jouer aucun rôle. En effet, le fromage qu'il produit à Leysin est fabriqué avec du lait provenant de bêtes pâturant dans nos alpages.

Sur la base de ce qui précède, nous espérons vivement que vous donnerez une suite favorable à notre requête, car l'adhésion de Monsieur Cornamusaz ne peut en aucun cas nuire aux intérêts des membres de la Coopérative. (...)"

Le 24 février 2006, le requérant a décidé de recourir contre la décision du 2 février 2006, en soumettant sa requête à l'assemblée générale de l'intimée. Malgré un avis favorable de la commission de gestion de l'intimée, le recours du requérant a été rejeté le 29 mars 2006 par l'assemblée générale.

Le 3 mai 2006, la Municipalité de Leysin a déploré une "attitude protectionniste injustifiable" de la part de l'intimée et a affirmé qu'"elle porte gravement atteinte aux intérêts de M. Cornamusaz, mais également à ceux de notre Commune."

Par le biais de son conseil, le requérant a interpellé l'OFAG, qui lui a répondu le 12 juin 2006 ce qui suit :

"(...) De manière générale, l'appellation d'origine protégée (AOP) resp. l'indication géographique protégée (IGP) est un droit d'usage collectif. Cela signifie que toute personne répondant aux exigences du cahier des charges peut utiliser la dénomination protégée. Ce droit n'est pas subordonné à l'affiliation au groupement qui a déposé la demande d'enregistrement ou à l'interprofession. (...) Dès lors, l'AOP ou l'IGP ne confère pas un droit exclusif appartenant au groupement demandeur ou à l'interprofession qui pourrait interdire son usage à des tiers tel le titulaire d'une marque de droit privé. Par conséquent, si votre mandant répond aux exigences du cahier des charges de l'AOP "L'Etivaz", il a le droit d'étiqueter sa production conformément à l'article 18 du cahier des charges, ceci indépendamment de son adhésion à la Coopérative des Producteurs de fromages d'alpages "L'Etivaz". Il s'ensuit que la coopérative a l'obligation de vous délivrer les marques de caséine numérotées comme cela est stipulé à l'article susmentionné. (...)."

Par lettre du 30 juin 2006, l'intimée a notamment adressé au conseil du requérant les lignes qui suivent:

"En ce qui concerne l'admission de Monsieur et Madame Cornamusaz comme membres de notre coopérative, nous vous informons que le comité a

la volonté de confirmer la décision de l'assemblée générale du 29 mars 2006, soit de ne pas accepter leur demande d'admission, cela pour les raisons que nous jugeons opportunes.

(...)

En conséquence, notre société, par le biais de son comité et de son assemblée générale, est en droit de refuser la candidature de M. Cornamusaz, alors même que ce dernier remplit les conditions statutaires.

D'un autre côté, comme vous n'êtes pas sans le savoir, nous ne sommes pas à même d'interdire l'usage de l'AOC "L'Etivaz" à un tiers, cela pour autant que ce dernier réponde aux cahiers des charges et qu'il soit contrôlé et certifié par l'Organisme intercantonal de certification. Le cas échéant, nous fournirons les marques de traçabilité nécessaires."

Le 14 juillet 2006, l'intimée a informé le requérant qu'elle allait lui délivrer initialement 50 marques au prix de 50 centimes par marque et qu'une fois le contrôle de l'OIC effectué, il serait possible de lui commander des marques supplémentaires.

Le 21 juillet 2006, l'OFAG a écrit à l'intimée ce qui suit:

"Nous avons pris bonne note du courrier que vous avez adressé à Me Elkaim dans l'affaire citée en titre, dans lequel vous confirmez que vous fournirez les marques de traçabilité nécessaires à M. Cornamusaz pour autant que ce dernier remplisse les exigences du cahier des charges "L'Etivaz" et se fasse certifier par l'OIC. Dans un courrier du 3 juillet 2006, Me Elkaim précise que son mandant n'est pas en mesure de respecter l'article 13 du cahier des charges: M. Cornamusaz, qui s'est vu refuser l'adhésion à votre coopérative, n'a de ce fait pas accès aux seules caves répondant aux exigences du cahier des charges.

Selon l'article 2 du cahier des charges, la zone d'affinage est le district du Pays d'Enhaut. L'article 13, qui stipule que l'affinage se fait exclusivement dans des caves d'une capacité de 3'000 pièces ou plus, a été justifié lors de l'enregistrement par des raisons de qualité. L'expérience acquise au cours des décennies à L'Etivaz semble démontrer que les conditions d'affinage dans les caves de la coopérative étaient un des facteurs essentiels pour l'obtention des caractéristiques organoleptiques spécifiques de "L'Etivaz".

Comme nous l'avons mentionné dans notre premier courrier, l'AOP est un droit d'usage collectif et n'est pas subordonné à l'affiliation au groupement qui a déposé la demande d'enregistrement. Or, M. Cornamusaz, à défaut d'accès aux caves de votre coopérative et de l'existence d'autres caves dans l'aire géographique, devrait mettre sur pied une cave remplissant les conditions des articles 2 et 13. Une telle exigence est disproportionnée si M. Cornamusaz respecte les autres

conditions du cahier des charges. Par conséquent, nous vous demandons de bien vouloir assurer l'accès aux caves de votre coopérative à M. Cornamusaz, contre rémunération adéquate. En effet, il nous paraît essentiel de trouver une solution qui s'inscrit dans l'intérêt des AOP et du respect de leur cahier des charges"

Dans sa réponse à l'OFAG du 8 août 2006, l'intimée a exprimé son regret "de vous informer par la présente que nous ne pouvons en aucune façon accéder à votre demande et assurer l'accès des fromages de M. Cornamusaz à nos caves, les conséquences d'un tel précédent pouvant porter gravement préjudice à la Coopérative de l'Etivaz".

Le 21 août 2006, le requérant a interpellé formellement l'intimée afin de solliciter l'accès à ses caves. L'intimée a répondu le 28 août 2006 qu'elle ne pouvait "en aucune façon accéder à votre demande et assurer l'accès des fromages de M. Cornamusaz à nos caves, cela au vu des conséquences fâcheuses qu'un tel précédent pourrait engendrer."

Le 6 mars 2007, le requérant a interpellé une dernière fois l'intimée pour que son comité approuve son adhésion en qualité de coopérateur. Le 9 mars 2007, l'intimée a informé le requérant que sa demande serait traitée par son comité le 19 mars 2007.

La demande du requérant a finalement été rejetée par courrier du 23 mars 2007, qui mentionnait ce qui suit :

"cette décision fait suite aux raisons déjà évoquées:
- privilégier les demandes de jeunes agriculteurs avec une exploitation de base dans la zone de production;
- préserver les intérêts de nos membres actuels;
- obligation de gérer les quantités (capacité des caves)."

e) Le 10 septembre 2006, le requérant a conclu un contrat de certification de conformité ("Contrat Etivaz") avec l'OIC. Son objet est la vérification de la conformité du producteur et de ses produits aux exigences contenues dans le cahier des charges de "L'Etivaz". Un manuel de contrôle "L'Etivaz AOC", relatant la procédure, est joint au contrat. Il prévoit notamment, sous le chiffre 3 "Analyse", les points contrôlés suivants : "Art. 4 et 5: TFD (500-580 g/kg), teneur en eau (33-37.5 %), teneur en sel (1.2-1.8 %) et MG/EST (490-549 g/kg) pour l'Etivaz."

Le 17 juillet 2006, l'OIC a procédé à un premier examen, dont le rapport ne précise pas le point de contrôle "préaffinage 7 jours max." et indique qu'il n'y a pas de marque de caséine à ce jour.

Lors d'un second contrôle effectué le 16 novembre 2006, l'OIC a rajouté à la main sur le formulaire pré-imprimé de son rapport que le point de contrôle 13 "Capacité des meules de 3'000 pièces" n'était pas rempli et a fait les commentaires suivants:

"Hygrométrie non mesurable
Sel ne provient pas de la zone

Capacité des caves si des meules de 10 kg (44 x 8) x 7 (meules env. 10 kg) = 2'464 meules"

Lors d'un contrôle effectué le 1er décembre 2006, la commission de taxation des productions 2006 de l'intimée, mandatée par l'OIC, a procédé à une taxation de 78 meules avec la plaquette ETIVAZ et de 100 meules sans plaquette. La commission de taxation est parvenue à un total de 17 points soit 3 points pour l'ouverture (nids, grosses ouvertures), 5.5 points pour la pâte (trop fine – type vacherin), 5.5 points pour le goût (irrégulier : avancé-piquant, fade, doucereux) et 3 points (taché, graissé, conservation) pour l'extérieur. Il a en outre constaté que les fromages avaient une teneur en eau trop forte (analyse devant le confirmer), qu'il s'agissait plutôt de pâtes mi-dures que de pâtes cuites et qu'une fermentation propionique était soupçonnée par l'observation de gros trous dans la masse.

Le 1er décembre 2006, le laboratoire d'analyse SRICL VD-GE, sis à Moudon, a rendu un rapport d'analyse chimique concernant le fromage d'alpage du requérant. Ce rapport indique que le pourcentage de teneur en eau dans le fromage est de 37 %, que la matière grasse dans l'extrait sec (MG/EST) est de 544 grammes par kilo, que la teneur en sel est de 1.42 % et que la TEFD est de 56.3 grammes par kilo.

Dans un courrier du 19 décembre 2006, l'OIC a notamment écrit ce qui suit :

"Le Bureau de l'OIC vous confirme que votre production d'alpage 2006 ne pourra pas porter la mention "Etivaz". En effet, votre production d'alpage n'était pas conforme à plusieurs articles du cahier des charges "Etivaz" enregistré comme appellation d'origine contrôlée le 24 septembre 1999 par l'Office fédéral de l'agriculture.

(...)

Pour la production d'alpage 2007, vous avez déjà réglé une partie des points non-conformes notamment l'attribution d'un numéro d'agrément pour votre cave d'affinage. Le seul article qui ne pourrait par être rempli, serait l'article 13 du cahier des charges de l'Etivaz. Suite à un contact avec l'expert du Service d'accréditation Suisse, ce dernier nous a signalé qu'il serait possible qu'il entre en matière pour un délai transitoire de remise en conformité sur cet article si vous pouviez présenter des engagements précis. Nous vous proposons donc de nous tenir informer concernant votre remise en conformité à l'article 13 du cahier des charges de l'Etivaz."

f) Actuellement, la production du requérant est affiniée dans une cave d'une capacité de 2'464 pièces, située à Château-d'Oex, pour laquelle il a obtenu l'agrément de l'Office fédéral vétérinaire le 21 décembre 2006. En 2004, Albert Lenoir a produit 7'966 kg 40 bruts de fromage d'alpage "Etivaz", soit 6'962 kg nets. Quant au requérant, il a produit, en 2005, 99'080 kg de lait de vache imputable au contingentement de l'exploitation d'estivage et 72'650 kg en 2006. Il ressort d'un courrier de l'OFAG du 4 juin 2007

qu'en 2005 le Conseil fédéral a accordé une augmentation de contingentement laitier par 585'942 kg pour l'interprofession de "L'Etivaz", qu'en 2006, l'interprofession a obtenu une quantité supplémentaire de contingentement laitier par 741'276 kg et qu'en 2007, l'OFAG n'aurait pas pour l'instant reçu de demande de quantité supplémentaire.

g) Depuis l'entrée en vigueur des accords bilatéraux CH-EU, la coopérative a également pris des mesures pour pouvoir exporter ses produits aux meilleures conditions.

Afin de promouvoir les intérêts de ses membres par la mise en valeur des fromages d'alpage, elle doit notamment gérer au plus près les quantités de fromage qu'elle produit. Dans cette perspective, elle limite les quotas de fromage lors de l'adhésion à la coopérative. De même, elle réserve l'accès à la coopérative aux producteurs dont l'exploitation principale se trouve dans la région géographique de l'AOP "L'Etivaz". En d'autres termes, elle entend favoriser les producteurs qui tirent leur revenu principal de la production d'Etivaz et non de simples revenus annexes. A ce titre, en 2005 et 2006, elle a refusé plusieurs demandes d'adhésion émanant d'agriculteurs dont l'établissement principal était situé hors de la zone de production.

L'intimée a édicté des statuts qui prévoient notamment ce qui suit :

Art. 1

Sous la raison sociale Coopérative des producteurs de fromages d'alpages "L'Etivaz" (ci-après : CPF AE), il existe une société coopérative régie par les présents statuts et les dispositions du titre XXIX du Code des Obligations.

(...)

Elle est membre d'ORLAIT – Fédération laitière vaudoise-fribourgeoise – dont elle accepte les décisions découlant de l'application de ses statuts ou de son affiliation à PSL – Fédération des producteurs suisses de lait - .

Art. 2

La CPF AE a pour but de promouvoir les intérêts de ses membres, notamment par :

- a) la mise en valeur, aux meilleures conditions possibles, des fromages;
- b) l'amélioration de la qualité et l'étude de la fabrication des spécialités;
- c) l'exploitation de caves à fromages et de greniers;
- d) l'étude de toute mesure favorisant le développement technique et la commercialisation de la production laitière en montagne;
- e) l'exploitation de la Maison L'Etivaz, complexe multifonctionnel appartenant en copropriété à la commune de Château-d'Oex et à la CPF AE;
- f) la mise en valeur du lait sous toutes ses formes dans le cadre de la Maison de L'Etivaz ou dans d'autres locaux au Pays-d'Enhaut.

Art. 3

a) Les membres ont l'obligation de livrer à la CPFAE tous leurs fromages selon les contrats établis périodiquement, à l'exception de ceux nécessaires à la réserve d'auto-approvisionnement ou à la réserve locale, en accord avec le directeur et la commission de pesage.

b) La CPFAE met à la disposition de ses membres ses caves à fromage et son grenier de l'Etivaz ou toute autre cave ou installation qu'elle pourrait construire, acquérir ou louer; elle engage le personnel nécessaire et fixe l'indemnité à payer pour l'entreposage, les soins et le salage des fromages.

c) La CPFAE achète la totalité des fromages livrables par ses membres au prix proposé par le comité et admis par l'assemblée générale, et en assure la commercialisation aux meilleures conditions.

d) Tous les fromages obligatoirement livrables à la CPFAE sont commercialisés:

- sous le nom "L'Etivaz, fromage d'alpage" pour les fromages fabriqués selon le règlement interne de la CPFAE (...)
- (...).

Art. 4

Peuvent faire partie de la CPFAE :

- les producteurs de fromages d'alpages exploitant un alpage dans les Alpes vaudoises;
- d'autres personnes physiques ou morales fabriquant du fromage dans le périmètre de fabrication du fromage "L'Etivaz".

Art. 5

Pour pouvoir prendre effet dans l'année courante, une demande d'adhésion doit être présentée par écrit au comité jusqu'au 31 mars. Le comité prononce l'admission si le requérant satisfait aux conditions posées par l'art. 4 et que la capacité de stockage et d'écoulement de la CPFAE autorise l'élargissement de l'effectif des membres. En cas de refus, un droit de recours à l'assemblée générale est réservé.

h) Les années précédentes, l'affinage de la production du requérant avait eu lieu aux alentours du 15 au 20 juin. Or, en raison d'une météo très clémente et de l'alternance soleil-pluie qui avait prévalu durant les dernières semaines des mois d'avril et de mai, le requérant allègue que les pâturages étaient arrivés à maturité plus tôt que les années précédentes, qu'il avait été donc obligé de faire monter ses bêtes à l'alpage au plus tard le 28 mai 2007, que la fabrication du fromage avait débuté à la suite de la première traite des vaches et qu'après un délai maximum de sept jours, soit, en l'espèce le 7 juin 2007, la production devait impérativement être amenée aux caves pour l'affinage.

i) Christophe Magne, responsable commercial auprès de l'intimée, entendu comme témoin à l'audience de ce jour, a déclaré que la coopérative comptait septante-quatre sociétaires, qu'elle privilégiait d'une manière générale les jeunes agriculteurs qui possédaient leur exploitation principale dans la région, que la cave de l'Etivaz était la propriété de la coopérative, qu'elle était gérée par cette dernière et que seuls les

membres de la coopératives pouvaient accéder à ses caves.

En ce qui concerne la fabrication des fromages, il a exposé qu'ils étaient réalisés sur l'alpage; qu'ils étaient descendus une fois par semaine dans les caves de la coopérative; qu'en automne, les pièces étaient jugées et pesées; que les fromages étaient taxés par l'OIC au début du mois de décembre; que le fromage premier choix était étiqueté "Etivaz AOC" et le deuxième choix vendu comme fromage à râper pour la fondue; qu'environ 10% de la production de chaque producteur lui étaient restitués pour sa réserve privée.

Quant à la gestion des caves de la coopérative, il a précisé que grâce à l'expérience acquise au cours des décennies à l'Etivaz, les conditions d'affinage dans les caves de la coopérative étaient un des facteurs importants pour l'obtention des caractéristiques organoleptiques spécifiques de l'Etivaz; que, toutefois, un producteur qui n'affinait pas dans les caves de la coopérative pouvait parfaitement obtenir l'appellation Etivaz ; qu'actuellement, il n'existait pas d'autre cave qui produisait du fromage AOP "L'Etivaz" dans la région du Pays d'Enhaut; que le requérant pourrait par exemple agrandir la capacité de la cave dans laquelle il affine actuellement; que chaque producteur sociétaire était lié par un contrat qui limitait l'accès de sa production à la capacité de stockage de la cave et aux personnels présents pour l'affinage; que le nombre de fromages était également limité par les perspectives de ventes, les fromages devant être vendus avant d'être réalisés; que les caves de L'Etivaz avaient été une première fois agrandies en 1974 et une seconde fois en 1986; qu'elles étaient actuellement pleines, les fromages pour l'exportation restant plus longtemps en cave; que la production 2006 était de 407 tonnes dont 365 tonnes avaient bénéficié de l'appellation protégée ; que le terrain sur lequel se trouvait les caves avait été mis à la disposition de la coopérative par la commune de Château-d'Oex; qu'elles étaient financées par des fonds propres – les cotisations et contributions des membres – et par l'aide suisse aux montagnards.

Le témoin Jacques Henchoz, responsable du registre des appellations d'origine et des indications géographiques protégées de l'Office fédéral de l'agriculture à Berne, a déclaré que l'article 13 du cahier des charges était fondé sur des raisons de qualité; qu'en effet, l'entreposage d'une grande quantité de fromage permettait d'obtenir une température et une hygrométrie idéale révélant les caractéristiques intrinsèques, sensoriels et organiques du produit; que le chiffre avait été fixé à 3'000 pièces; que la cave de la coopérative possédait un savoir-faire qui permettait de garantir la qualité des produits; que le personnel qui y travaillait était formé pour prendre soin des fromages, soit pour les tourner, les froter et pour en contrôler l'hygrométrie; que les caves des Forts de la Tine répondaient aux critères de cet article 13, mais qu'il fallait encore, pour que le requérant obtienne l'AOP "L'Etivaz", qu'il remplisse tous les critères du cahier des charges, savoir que son fromage passe

l'examen de la commission de taxation et les analyses chimiques; que le requérant pourrait en outre vendre sa production sous les appellations "gruyère" ou "fromage d'alpage".

Selon les témoins entendus à l'audience de ce jour et les différentes pièces produites, le requérant pourrait, sans coût excessif, procéder à des travaux pour augmenter la capacité de la cave de Château-d'Oex où il entrepose déjà ses fromages. Il pourrait en outre louer un emplacement dans les caves privées des Forts de La Tine, qui ont été transformées en caves d'affinage pour les fromages, dont la capacité est supérieure à 3'000 pièces et qui se trouvent dans la zone d'affinage, ou dans un abri anti-atomique comme, par exemple, celui de L'Etivaz, qui a une capacité supérieure à 3'000 pièces et qui a déjà été utilisé comme cave d'affinage. En effet, lorsqu'elle a obtenu l'AOP, en 2004, la coopérative utilisait toujours l'abri anti-atomique de L'Etivaz comme cave.

En droit:

I. a) Le requérant fonde son action sur l'article 7 de la Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (ci-après : LCart, RS 251). L'action fondée sur la LCart relève de la compétence de la Cour civile du Tribunal cantonal (article 14 LCart en relation avec l'article 74 OJV). La compétence pour statuer sur des mesures préprovisionnelles et provisionnelles appartient ainsi au juge instructeur de la Cour civile (art. 103 al. 1er CPC).

En droit de la concurrence, les mesures provisionnelles sont régies par le droit fédéral. L'article 17 LCart renvoie aux articles 28c à 28f CC qui sont applicables par analogie.

b) Selon l'article 28c alinéa 1er CC, celui qui rend vraisemblable qu'il est l'objet d'une atteinte illicite, imminente ou actuelle, et que cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable, peut requérir des mesures provisionnelles. Le requérant doit ainsi rendre vraisemblable qu'il est ou risque d'être entravé dans l'accès à la concurrence ou l'exercice de celle-ci par une restriction illicite et que cette entrave risque de lui causer un préjudice difficilement réparable (REYMOND, Commentaire romand, Droit de la Concurrence, nn. 42 et 47 ad art. 17 LCart, pp. 706-707; Droit et Politique de la Concurrence [ci-après : DPC] 2003/4 pp. 972 ss, spéc. 982).

Par essence, les mesures provisionnelles doivent être prononcées rapidement. Le juge procède à un examen provisoire et *prima facie* des perspectives d'issue favorable de l'action au fond ("Hauptsachenprognose") sans exiger la preuve du bien-fondé de celle-ci. Il statue sur la base des moyens de preuve immédiatement disponibles (ATF 108 II 69 consid. 2a; POUURET/HALDY/TAPPY, Procédure civile vaudoise, 3ème éd., n. 1 ad art. 101 CPC; PELET, Réglementation fédérale des mesures provisionnelles et procédure civile cantonale contentieuse, thèse Lausanne 1986, ch. 57 ss, pp. 44 ss et ch. 61 ss, pp. 47 ss; REYMOND, op. cit., n. 54 ad art. 17 LCart, p. 708).

S'agissant des faits, le requérant n'a pas à établir, au sens d'une preuve complète, les allégations sur lesquelles il fonde sa requête. Il suffit qu'il les rende vraisemblables (PELET, op. cit., ch. 57 et 60, pp. 44-45 et 47). Il ne doit pas convaincre le juge de leur exactitude mais lui donner l'impression, par des indices objectifs, que les faits en cause ont une certaine probabilité, sans qu'une réalité différente soit totalement exclue (ATF 104 Ia 408 consid. 4; PELET, op. cit., ch. 57, pp. 44-45).

Le degré de vraisemblance requis, de même que le caractère plus ou moins sommaire de l'examen du fondement juridique de la prétention, ressortissent à l'appréciation du juge qui doit adapter ses exigences à l'ensemble des circonstances du cas d'espèce. Il tiendra compte, notamment, de la nature des faits constatés, de l'urgence de la situation et de l'importance du préjudice que la protection envisagée ou son défaut risquerait d'occasionner à l'une ou l'autre des parties (PELET, op. cit., ch. 58, pp. 45-46, ch. 66, pp. 53-54 et ch. 77, p. 63).

L'urgence n'est pas une condition expresse, mais elle découle de la condition de la menace d'un dommage difficile à réparer. L'urgence est perçue comme une condition inhérente à la procédure provisionnelle, s'imposant quand bien même le législateur fédéral ne l'a pas expressément prévue. En effet, toute mesure provisionnelle implique dans un certain sens qu'il y ait urgence. L'urgence qui dicte l'octroi des mesures provisionnelles est relative par rapport à la durée du procès au fond; il y a urgence lorsque le requérant risquerait de subir un dommage difficile à réparer au point que l'efficacité du jugement rendu à l'issue de la procédure ordinaire en serait compromise. L'urgence n'est pas mentionnée dans les lois régissant la protection des biens immatériels. Toutefois, dans le domaine du droit actuel de la propriété intellectuelle, de la concurrence déloyale et des cartels, la menace d'un danger difficile à réparer implique également la nécessité d'une intervention rapide, et partant l'urgence (sic! 2002 p. 55, consid. 4a et la référence citée; TROLLER, Manuel du droit suisse des biens immatériels, tome II, 2ème éd., pp. 1164 ss et les références citées; PELET, op. cit., nn. 76 ss, pp. 62 ss).

En d'autres termes, le requérant doit rendre vraisemblable qu'il est menacé d'un dommage que seules des mesures provisionnelles peuvent prévenir.

c) Le juge peut notamment interdire l'atteinte ou la faire cesser à titre provisionnel, ou prendre les mesures nécessaires pour assurer la conservation des preuves (art. 28c al. 2 CC). Mais il peut également condamner l'intimé à une obligation de faire. Si la procédure porte sur le refus d'entretenir des relations commerciales, il a la possibilité de lui ordonner de continuer à exécuter un contrat passé entre les parties (ATF 125 III 451 consid. 3c, SJ 2000 I 122 [rés.]) ou de conclure provisoirement un contrat (REYMOND, op. cit., n. 98 ad art. 17 LCart, p. 716).

II. a) Le requérant soutient que la décision lui refusant l'accès à la coopérative et par conséquent à ses caves viole l'article 7 LCart, dans la mesure où l'inti-

mée est la seule association de la région et qu'il n'existe aucune autre alternative pour les producteurs de fromages d'alpage. En effet, il fait valoir qu'il remplit toutes les conditions du cahier des charges "L'Etivaz" à l'exception de l'article 13; qu'il n'existe aucune autre cave disposant d'une capacité d'au moins 3'000 pièces dans le Pays d'Enhaut; qu'en exploitant les seules caves du Pays d'Enhaut conformes au cahier des charges et, en conséquence, en faisant de l'adhésion à la coopérative la seule voie possible pour s'y conformer, l'intimée est en mesure de décider de façon autonome qui peut bénéficier de l'AOP "L'Etivaz" et jouit d'une position monopolistique lui permettant d'exercer un contrôle total sur le cercle des producteurs.

b) De son côté, l'intimée précise que les raisons qui l'ont conduites à refuser l'adhésion du requérant relèvent d'une politique constante et conforme à ses statuts visant à privilégier les agriculteurs dont l'exploitation principale se trouve dans la zone de production, compte tenu notamment du nombre élevé de demandes d'adhésion et de l'obligation de gérer la production des fromages en fonction de la capacité des caves. Elle constate également que le requérant ne saurait se prévaloir d'un droit à l'admission dans la société et qu'en particulier il dispose d'autres moyens pour remplir les conditions posées par l'article 13 du cahier des charges.

III. a) L'acquisition de la qualité de membre d'une coopérative est régie par l'article 839 CO. Cette disposition précise à son premier alinéa que la société peut en tout temps recevoir de nouveaux membres, ce qui lui confère la faculté d'admettre de nouveaux sociétaires. Le deuxième alinéa prévoit que les éventuelles conditions statutaires d'entrée ne doivent pas être rendues onéreuses à l'excès. Si le texte légal ne tranche pas clairement la question de savoir si la coopérative peut ou doit accepter les candidats qui répondent aux exigences statutaires, cette ambiguïté a été levée par un arrêt du Tribunal fédéral (ATF 98 II 221, JT 1973 I 309) dans lequel la Haute Cour s'est demandée si un candidat possédait un droit, pouvant faire l'objet d'une action en justice, à être reçu membre d'une coopérative. Elle a jugé que tel n'était pas le cas d'après la lettre, l'esprit et la genèse de l'article 839 alinéa 2 CO, même lorsque le candidat remplit les conditions statutaires. Ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'une coopérative peut être contrainte d'admettre de nouveaux membres, en vertu des principes généraux du droit tels que l'interdiction de l'abus de droit et la protection de la personnalité, l'obligation de la société coopérative de recevoir des membres ne devant entrer en considération qu'à titre d'ultima ratio. En matière de cartels également, l'admission forcée dans une association ne sera ordonnée que si les autres actions dont dispose le concurrent ne permettent pas d'atteindre le but visé (ATF 118 II 435, JT 1994 I 40; ATF 98 II 221, JT 1973 I 309).

b) En l'espèce, l'article 4 des statuts de l'intimée prévoit que peuvent faire partie de la CPF AE : les producteurs de fromages d'alpages exploitant un alpage dans les Alpes vaudoises; d'autres personnes physi-

ques ou morales fabriquant du fromage dans le périmètre de fabrication du fromage "L'Etivaz". L'article 5 précise que le comité prononce l'admission si le requérant satisfait aux conditions posées par l'article 4 et que la capacité de stockage et d'écoulement de la CPF AE autorise l'élargissement de l'effectif des membres.

L'intimée a pour but de promouvoir les intérêts de ses membres, la qualité des fromages d'alpage et d'adapter la production ainsi que l'offre aux exigences du marché. A cette fin, elle tente de préserver la tradition d'affinage des fromages d'alpage et d'aider les jeunes agriculteurs de la région qui désirent y rester à pratiquer une agriculture de montagne. Elle limite également l'accès à ses caves en fonction des capacités de stockage dans le but notamment de préserver une qualité et un savoir-faire. Il s'agit de moyens légitimes de promotion de la qualité des produits indigènes et a fortiori des producteurs indigènes, qui sont prévus par les mesures d'entraide de la Loi fédérale du 29 avril 1998 sur l'agriculture (ci-après : LAgr; RS 910.1) (arrêt du Tribunal fédéral du 20 avril 2006 dans la cause 4C.57/2006; sic! 2006 pp. 683 et 684). En conséquence, le refus d'admettre le requérant en qualité de membre de la coopérative est conforme au but de celle-ci et ne viole pas les principes généraux du droit, notamment les articles 2 et 28 alinéa 1er CC.

Pour ce motif déjà, la requête de mesures provisionnelles et préprovisionnelles du 21 mai 2007 et la conclusion II de la requête du 25 mai 2007 visant à accorder au requérant l'accès aux caves de l'intimée doivent être rejetées.

On examinera, par surabondance, si la décision de l'intimée constitue une entrave illicite à la concurrence.

IV. a) Il faut tout d'abord vérifier si le droit des cartels est, sur le principe, applicable dans le cas particulier. Selon l'article 3 alinéa 1er LCart, demeurent réservées les prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services. En adoptant cette disposition, le législateur fédéral a reconnu que des prescriptions légales peuvent, pour des motifs politiques, exclure la concurrence dans un secteur donné (ATF 129 II 497; FF 1995 I 537 et ss; Borer, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zurich 1998, n. 1 ad art. 3 LCart).

La loi mentionne en particulier deux sortes de réserves, à savoir les prescriptions qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique (art. 3 al. 1 let. a LCart) et celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux (art. 3 al. 1 let. b LCart).

Les prescriptions qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique au sens de la lettre a) sont celles qui excluent presque totalement la concurrence dans un secteur donné; tel est le cas notamment des règles en matière agricole (arrêt du Tribunal fédéral du 20 avril 2006 dans la cause 4C.57/2006; ATF 129 II 497; FF 1995 I 539; CARRON, Commentaire romand, Droit de la concurrence, nn. 29 ss ad art. 3 LCart). Cela signifie que les législations qui se révèlent

incompatibles avec les dispositions matérielles de la LCart l'emportent sur cette dernière (CARRON, Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2002, n. 34 ad art. 3 al. 1er LCart; BORER, op. cit., n. 4 ad art. 3 LCart).

La lettre b) mentionne d'autres prescriptions qui prévoient une exception aux règles de la concurrence. Il doit s'agir de prescriptions légales qui confèrent à l'entreprise une position concurrentielle particulière. Par droits spéciaux, on entend notamment des monopoles d'Etat et régales. La concurrence peut aussi être entravée de manière ponctuelle; cela n'implique pas que le domaine concerné soit totalement soustrait à l'application de la Loi sur les cartels. Ainsi, dans la mesure où les entreprises concernées agissent en dehors du domaine exclu de la concurrence, elles doivent se comporter conformément aux principes de la concurrence (ATF 129 II 497; FF 1995 I 540; Borer, op. cit., n. 5 ad art. 3 LCart).

Selon les travaux préparatoires, l'article 3 alinéa 1er LCart n'entre en ligne de compte que lorsque l'intention du législateur était d'exclure effectivement un secteur donné de la concurrence (FF 1995 I 539 et ss). Il est notamment reconnu qu'un régime étatique de marché ou de prix peut exclure la concurrence dans un secteur donné, l'agriculture en étant un bon exemple. Il n'était en effet pas dans l'intention du législateur, en édictant des prescriptions en matière de concurrence, de remettre en question de tels régimes étatiques. Ceux-ci continuent d'exister sous la LCart, si leur mise en œuvre vise effectivement à exclure du principe de la concurrence le secteur en question. A cet égard, il est suffisant que le secteur concerné ne soit pas soumis au droit de la concurrence selon une interprétation ordinaire de la réglementation spéciale en cause (CARRON, op. cit., n. 32 ad art. 3 LCart). La LCart peut toutefois être applicable à un tel régime dans un secteur économique donné lorsqu'il permet un comportement concurrentiel (FF 1995 I p. 539).

La réserve des prescriptions incompatibles avec la LCart doit ainsi être interprétée de façon restrictive de façon à appliquer la LCart dans toute la mesure du possible. La LCart ne cède donc le pas aux lois spéciales que si leur application conjointe se révèle absolument impossible. Tel est uniquement le cas si les comportements contraires de la LCart sont ordonnés ou expressément autorisés par les prescriptions spéciales en question. Mais pas si les prescriptions spéciales se contentent de ménager un espace de liberté aux entreprises concernées et que le comportement contraire à la LCart se révèle ainsi être un comportement d'entreprise et non un acte d'autorité. En effet, s'il entend autoriser, notamment dans le cadre de l'article 3 alinéa 1er lettre b LCart, certaines entreprises à déroger, pour des motifs d'intérêt public, aux règles matérielles contenues dans la LCart, le législateur doit le faire clairement en ordonnant ou en autorisant expressément le comportement anticoncurrentiel (CARRON, op. cit., n. 35).

De la même façon, dans sa jurisprudence relative à la LCart, la Commission de la concurrence a estimé qu'il

y avait régime de marché ou de prix de caractère étatique lorsque les paramètres économiques essentiels sont fixés ou influencés de façon déterminante par le droit public, de sorte qu'il ne reste plus aucune place ou plus aucune place significative pour la concurrence. Selon Carron, la définition précitée ne résout cependant pas tous les problèmes. On voit en effet mal - y compris dans le domaine agricole - quel secteur économique serait réglementé à un point tel que la concurrence y serait totalement exclue. Au contraire, il existe toujours des espaces de liberté plus ou moins grands où le comportement des entreprises n'est pas lié par la loi mais par une libre volonté des participants au marché (FF 1995 I 539; CARRON, op. cit., nn. 29 à 31 ad art. 3 al. 1er LCart).

b) Selon une jurisprudence récente, les mesures d'entraide comme la promotion des ventes ou l'adaptation de la production et de l'offre, auxquelles les organisations interprofessionnelles de l'agriculture ont recours en se fondant sur l'article 8 alinéa 1er LAgr, sont exclues du champ d'application de la Loi sur les cartels en vertu de l'article 3 alinéa 1er lettre a LCart (arrêt du Tribunal fédéral du 20 avril 2006 dans la cause 4C.57/2006; sic! 2006 pp. 683 et 684).

En effet, le droit agricole autorise des mesures qui faussent la concurrence ou en tout cas la restreignent. Le chapitre I section 1 de la LAgr contient des dispositions économiques traitant de la qualité des produits, de la promotion des ventes et de l'allègement du marché. Il est notamment prévu des mesures d'entraide qui incombent aux organisations des producteurs ou des branches concernées. L'article 14 alinéa 1er lettre c LAgr prévoit qu'il est en outre possible pour garantir la crédibilité des désignations et pour promouvoir la qualité et l'écoulement des produits agricoles d'édicter des dispositions sur la désignation des produits provenant des régions de montagne. Les appellations d'origine, indications géographiques font également parties des mesures de soutien (art. 16 LAgr). En outre, selon l'article 1er de l'Ordonnance sur l'extension des mesures d'entraide des interprofessions et des organisations de producteurs (ci-après: OIOP, RS 919.117.72), ces mesures d'entraide peuvent être étendues dans les domaines de la promotion de la qualité (let. a) ou de l'adaptation de la production et de l'offre aux exigences du marché (let. e). Selon l'alinéa 2, les mesures relatives à l'adaptation de la production et de l'offre aux exigences du marché se limitent à la prévision et à la coordination de la production en fonction des débouchés (litt. a) et aux programmes d'amélioration de la qualité ayant pour conséquence directe une limitation des volumes ou des capacités de production (let. b).

c) En l'espèce, l'intimée a non seulement pris des mesures visant la promotion de produits indigènes (la mise en valeur des fromages d'alpage) – afin de maintenir une agriculture de montagne devenue financièrement difficile dans la région du Pays d'Enhaut – mais elle a également pris des mesures visant la promotion de la qualité des produits et des ventes et permettant d'adapter la production et l'offre aux exigences du marché, telles que l'enregistrement

d'une appellation d'origine contrôlée, la création d'une coopérative dont le but est "la mise en valeur, aux meilleures conditions possibles des fromages; l'amélioration de la qualité et l'étude de la fabrication de spécialités; l'étude de toute mesure favorisant le développement technique et la commercialisation de la production laitière en montagne; la création d'une cave garante de la qualité de leur produit et de la limitation de la production aux exigences du marché.

Toutes ces mesures sont conformes à l'article 8 alinéa 1er L'Agr qui prévoit notamment que les mesures d'entraide ont pour but de promouvoir la qualité des produits et les ventes ainsi que d'adapter la production et l'offre aux exigences du marché. Elles incombent aux organisations de producteurs ou de branches concernées. L'organisation de producteurs doit être une association de producteurs ou de groupements de producteurs organisée corporativement. Les groupements de producteurs sont constitués d'exploitants qui produisent le même produit ou groupe de produits. En l'occurrence, l'intimée est une organisation commerciale conforme à l'article 8 alinéa 2 L'Agr, qui fait partie des Producteurs Suisses de Lait PSL, soit une organisation de producteurs (annexe II de l'OIOP) (arrêt du Tribunal fédéral du 20 avril 2006 dans la cause 4C.57/2006; sic! 2006 pp. 683 et 684).

Il s'ensuit que la décision de l'intimée de limiter son accès dans le but de privilégier des producteurs indigènes, de gérer ses stocks et par conséquent de préserver la qualité de ses fromages correspond à des mesures d'entraide. Le présent litige est ainsi soumis à la L'Agr à l'exclusion de la LCart, la décision de l'intimée étant exclue du champ d'application de la LCart en vertu de l'article 3 alinéa 1er lettre a LCart.

d) Par surabondance, on relèvera que les articles 47 à 51 de la Loi fédérale du 28 août 1992 sur la protection des marques et des indications de provenance (ci-après : LPM, RS 232.11) établissent le régime général des indications de provenance. L'ordonnance du Conseil fédéral du 28 mai 1997 concernant la protection des appellations d'origine et des indications géographiques des produits agricoles et des produits agricoles transformés (RS 910.12) apporte les précisions suivantes: un comité examine les requêtes et le Conseil fédéral décide de l'enregistrement d'une certaine appellation d'origine, soit, en l'occurrence, l'Eti-vaz pour les fromages à pâte dure, ces produits devant être préparés de manière traditionnelle. La catégorie des "indications de provenance protégées" concerne des produits qui possèdent une renommée particulière lorsqu'ils viennent d'une certaine provenance. Ils peuvent être préparés grâce à des matières premières venant d'ailleurs, mais une étape de leur production en tout cas se passera dans la zone géographique indiquée. Qu'il s'agisse des appellations d'origine contrôlées ou des indications de provenance protégées, une charte adoptée par les producteurs précise les caractéristiques du produit, les méthodes de production, la délimitation géographique précise de la zone de production, les conventions sur l'étiquetage, et l'organisation chargée de contrôler le

respect de ces spécifications. Une procédure d'opposition est ouverte à ceux que l'adoption de l'appellation d'origine ou de l'indication de provenance protégée léserait (DESSEMONTET, La propriété intellectuelle, Lausanne 2000, nn. 534 à 538, pp. 251 et 252). L'opposition doit être déposée dans les trois mois suivant la date de la publication de la demande d'enregistrement (art. 10 al. 2 de l'ordonnance sur les AOP et les IPG).

Selon le cahier des charges, l'affinage du fromage sous AOP "L'Eti-vaz" se fait exclusivement dans des caves d'une capacité de 3'000 pièces ou plus (art. 13). Cet article a été justifié lors de l'enregistrement par des raisons de qualité. Selon le témoignage de Christophe Magne, l'expérience acquise au cours des décennies à L'Eti-vaz semble démontrer que les conditions d'affinage dans les caves de la coopérative étaient un des facteurs essentiels pour l'obtention des caractéristiques organoleptiques spécifiques de L'Eti-vaz. La gestion de la cave par la coopérative lui permet également de gérer les stocks et de limiter son accès en cas de surproduction.

En conséquence, l'article 13 répond à des motifs légitimes, il a été vérifié par un comité d'experts et enregistré par le Conseil fédéral tout comme le cahier des charges de l'AOP "L'Eti-vaz". Le requérant ne saurait dès lors remettre en question l'exigence contenue dans cet article en arguant d'une violation de la LCart.

V. a) Par surabondance, il reste à examiner si dans le cas d'espèce la L'Agr laisse un espace de liberté où le comportement de la coopérative ne serait pas lié par la loi mais par une libre volonté des participants au marché.

Selon l'article 7 alinéa 1er LCart, les pratiques d'entreprises ayant une position dominante sont réputées illicites lorsque celles-ci abusent de leur position et entravent ainsi l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice, ou désavantagent les partenaires commerciaux. Conformément à l'article 7 alinéa 2 lettre a LCart, est en particulier réputé illicite le refus d'entretenir des relations commerciales.

En vertu de l'article 7 alinéa 1er LCart, une entreprise abuse de sa position dominante lorsque deux conditions cumulatives sont réalisées :

- soit elle entrave l'accès à la concurrence ou son exercice par d'autres entreprises, soit elle exploite sa position dominante au détriment de ses partenaires commerciaux,

- et cela, sans que son comportement repose sur des considérations commerciales légitimes (CLERC, Commentaire romand Droit de la concurrence, n. 61 ad art. 7 LCart, p. 378).

Les pratiques d'entrave limitent l'accès ou l'exercice de la concurrence par d'autres entreprises, qui sont soit des concurrents actuels ou potentiels, soit des partenaires commerciaux de l'entreprise en position dominante. Il s'agit de freiner la concurrence notamment par le refus de vente (art. 7 al. 2 let. a LCart) ou par la sous-enchère en matière de prix ou de condi-

tions commerciales (art. 7 al. 2 let. d LCart) (CLERC, op. cit., n. 74 ad art. 7 LCart, p. 383). Une entrave à la concurrence n'est illicite que si elle est abusive. Est qualifié d'abusif le comportement d'une entreprise en position dominante qui dispose seule des infrastructures indispensables à la fourniture d'une prestation et qui refuse, sans raisons objectives, de les mettre à la disposition de ses concurrents (ATF 132 I 97).

Les pratiques d'exploitation visent les partenaires commerciaux, soit les cocontractants de l'entreprise en position dominante. Il peut s'agir de comportements tels que le fait d'imposer des prix ou d'autres conditions commerciales inéquitables (art. 7 al. 2 let. c LCart) ou le fait de subordonner la conclusion de contrats à la condition que les partenaires acceptent ou fournissent des prestations supplémentaires (art. 7 al. 2 litt. f LCart). Est déterminante pour la qualification d'exploitation la volonté de l'entreprise dominante de tirer parti de sa position dominante sur le marché pour maximiser ses profits, sans chercher à entraver des concurrents déterminés (CLERC, op. cit., n. 78 ad art. 7 LCart, p. 383).

Les pratiques énumérées à titre d'exemple à l'article 7 alinéa 2 LCart ne sont pas automatiquement illicites; elles ne sont illicites que si elles répondent aux critères généraux de l'abus formulé à l'article 7 alinéa 1er LCart (FF 1995 I 565; BORER, op. cit., n. 4 ad art. 7 LCart; CLERC, op. cit., n. 109 ad art. 7 LCart). La pratique d'une entreprise en position dominante est en principe illicite lorsque, sans aucune justification objective, elle entrave l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou l'exercice de celle-ci (FF 1995 I 564; Borer, op. cit., n. 9 ad art. 7 LCart; Clerc, op. cit., nn. 61 ss et 79 ss ad art. 7 LCart). Une stratégie envers les autres concurrents doit se révéler inéquitable en ce sens que, par exemple, d'après les circonstances, la volonté d'exclure un concurrent est manifeste (FF 1995 I 564 s.); tel est également le cas lorsque les autres concurrents sont empêchés d'accéder à un marché (BORER, op. cit., n. 12 ad art. 7 LCart), c'est-à-dire lorsque le comportement a un objectif qui est contraire à la concurrence.

Les conditions d'application de l'article 7 LCart sont donc: qu'il existe une entreprise au sens de l'article 2 alinéa 1er LCart, qu'il s'agisse d'une entreprise dominant le marché au sens de l'article 4 alinéa 2 LCart, qu'elle entrave l'accès aux autres entreprises à la concurrence ou son exercice ou encore désavantage les partenaires commerciaux et enfin, que cela résulte d'un abus de sa position dominante.

b) En l'occurrence, il est incontesté que l'intimée constitue, en tant que société juridiquement et économiquement indépendante, une entreprise au sens de l'article 2 alinéa 1er LCart. Par entreprise dominant le marché, on entend une entreprise qui est à même, en matière d'offre ou de demande, de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché (art. 4 al. 2 LCart), notamment lorsque ceux-ci n'ont raisonnablement aucune autre alternative que d'avoir des relations commerciales avec cette entreprise (CLERC, op. cit. nn 10 et ss ad art. 4 al. 2 LCart). Le point de

savoir si une entreprise domine ou non le marché doit toujours être apprécié en rapport avec un marché matériellement et géographiquement déterminant.

L'usage de l'AOP "L'Etivaz" est libre d'accès. Le requérant peut l'utiliser pour autant qu'il réponde au cahier des charges, qu'il soit contrôlé et certifié par l'Organisme intercantonal de certification. En effet, l'AOP est un droit d'usage collectif, qui n'est pas subordonné à l'affiliation au groupement qui a déposé la demande d'enregistrement. La coopérative réserve l'accès à son association et à ses caves aux producteurs dont l'exploitation principale se trouve dans la région géographique de l'AOP de L'Etivaz. Or, le requérant soutient qu'à défaut d'accès aux caves de la coopérative et de l'existence d'autres caves dans l'aire géographique, il devrait mettre sur pied une cave remplissant les conditions des articles 2 et 13, ce qui serait totalement disproportionné et constituerait une entrave illicite à la libre concurrence par une entreprise qui dispose d'un monopole. En réalité, le requérant aimerait bénéficier du savoir-faire de la coopérative pour produire son fromage, exactement comme le faisait son prédécesseur. Il faut toutefois constater, d'une part, que le requérant n'a aucun droit d'accès à la cave de la coopérative ou un droit à en être sociétaire et, d'autre part, que même si on admettait que la décision ou les statuts de la coopérative sortent du cadre de la LAgr – ce qui n'est pas le cas en l'espèce (cf. ch. IIIb et c supra) – et permettent l'application des règles de la concurrence, le refus de l'intimée de mettre à disposition du requérant ses infrastructures repose sur des raisons objectives, savoir privilégier les producteurs de la région vu l'augmentation des demandes, préserver les intérêts de ses membres et gérer les quantités en fonction de la capacité des caves. De surcroît, la coopérative n'est pas la seule à disposer des infrastructures indispensables à l'affinage du fromage sous l'AOP "L'Etivaz". Il ressort en effet des différents témoignages que le requérant pourrait, sans coût excessif, procéder à des travaux pour augmenter la capacité de la cave de Château-d'Oex où il entrepose déjà ses fromages ou louer un emplacement dans les caves des Forts de La Tine, dont la capacité est supérieure à 3'000 pièces, ou encore dans un abri anti-atmosphérique comme, par exemple, celui de l'Etivaz, qui a une capacité supérieure à 3'000 pièces et qui a déjà été utilisé comme cave d'affinage.

Force est ainsi de constater que le requérant n'a pas rendu vraisemblable l'existence d'une entrave illicite à la libre concurrence.

VI. a) Pour être admises, les mesures provisionnelles doivent également prévenir la menace d'un danger sérieux propre à causer un dommage difficilement réparable, soit un dommage que même un jugement favorable au fond ne pourrait pas (ou pas complètement) compenser et que seule une décision rapide est de nature à prévenir ou à faire cesser (DPC 2003/4, pp. 972 ss, spéc. p. 982).

Un dommage exclusivement pécuniaire doit être considéré comme difficilement réparable lorsqu'il ne pourra pas être compensé (ou ne l'être que difficile-

ment) par des dommages-intérêts. Tel sera en particulier le cas lorsqu'il risque d'être malaisé à chiffrer ou à prouver, notamment lorsque l'entrave subie par le requérant est de nature à lui faire perdre des clients ou à affaiblir sa position sur le marché; lorsque la solvabilité de l'intimée est douteuse; lorsque l'entrave met en danger l'existence même du requérant (REYMOND, *op. cit.*, nn. 68 à 73, pp. 711-712).

b) Le requérant fait valoir que le processus d'affinage du fromage doit respecter des étapes bien précises; que l'affinage de sa production devra débuter au plus tard dans le courant du mois de juin 2007, de sorte que l'accès aux caves de l'intimée revêt un caractère très urgent; que faute de pouvoir affiner dès le mois de juin 2007 prochain, la production 2007 ne pourrait pas être considérée sous l'AOP "L'Etivaz".

Il soutient également qu'étant empêché d'accéder aux caves de l'intimée et de pouvoir bénéficier du canal privilégié offert par l'AOP, il n'a aucun moyen de mettre en valeur ses procédés de production et de fabrication car la seule "AOP" qu'il peut obtenir est celle de L'Etivaz et qu'il est dès lors contraint de commercialiser sa production sans aucun label de qualité.

Quant à l'intimée, elle relève qu'il ne suffit pas de bénéficier de la note de 15 points pour bénéficier de l'AOP L'Etivaz et qu'il faut également que, lors de leur commercialisation, les fromages remplissent les caractéristiques organoleptiques requises par l'article 6 du cahier des charges; qu'en effet, les fromages qui bénéficient d'une note supérieure à 15 points, mais présentent des problèmes de conservation, sont acceptés sous réserve jusqu'à leur achat définitif; qu'il arrive fréquemment que dans un tel cas, la qualité finale ne corresponde pas aux exigences requises pour l'obtention de l'AOP; que le requérant ne subit aucun dommage lié au refus de l'intimée; qu'il pourrait par exemple demander à bénéficier de l'AOP Gruyère; que de surcroît, les investissements allégués par le requérant ne sont en rien liés à une quelconque mise en conformité avec le cahier des charges de L'Etivaz, qu'en particulier l'achat d'un tracteur, d'un véhicule, d'une remorque ou encore d'une traite ne présente rien de spécifique à une telle production.

c) Le 1er janvier 2007 est entrée en vigueur l'ordonnance sur les désignations "montagne" et "alpage" relatives aux produits agricoles et produits agricoles transformés (ci-après : ODMA; RS 910.19). Elle a pour but de régler l'utilisation des désignations "montagne" et "alpage" pour des produits agricoles végétaux et animaux, et pour des produits agricoles végétaux et animaux transformés. La désignation "montagne" pourrait être utilisée par exemple pour les produits agricoles produits dans la région d'estivage ou une zone de montagne définies dans l'ordonnance du 7 décembre 1998 sur les zones agricoles (art. 4 al. 1er litt. a ODMA) et la désignation "alpage" (par ex. fromage d'alpage) peut être utilisée pour des produits agricoles produits dans la région d'estivage définie dans l'article 1 alinéa 2 de l'ordonnance du 7 décembre 1998 sur les zones agricoles (art. 8 al. 1er litt. a ODMA).

Force est d'en conclure qu'à ce stade du raisonnement, le requérant ne rend pas suffisamment vraisemblable l'existence d'un dommage. En effet, il n'est pas certain qu'il aurait pu produire du fromage taxé "Etivaz" ou que ses investissements auraient été consentis uniquement dans le but de se conformer au cahier des charges du fromage sous AOP "L'Etivaz". De plus, il est suffisamment établi que celui-ci a la possibilité de produire d'autres fromages, Gruyère ou des fromages d'alpage ou de montagne, dont l'appellation est également protégée depuis le 1er janvier 2007 (Ordonnance sur les désignations "montagne" et "alpage" relatives aux produits agricoles et produits agricoles transformés – RS 910.10; ODMA).

Par ces motifs, le requérant ne rend pas vraisemblable la menace d'un dommage difficile à réparer, ni partant l'urgence.

VII. a) Par la conclusion I de la requête de mesures provisionnelles du 25 mai 2007, le requérant sollicite que l'intimée soit astreinte à lui livrer dès le 1er juin 2007 les marques de caséine nécessaires à la fabrication de son fromage, contre rémunération usuelle et adéquate. Il fait valoir qu'il est absolument nécessaire qu'il obtienne les marques de caséine dès le 1er juin 2007 au plus tard, sous peine d'être définitivement privé de pouvoir commercialiser sa production sous l'AOP "L'Etivaz". Il ressort en effet de l'instruction de la cause que le requérant, pour pouvoir bénéficier de l'AOP "L'Etivaz", doit impérativement apposer les marques de caséine dès le premier jour de fabrication et qu'en raison de la maturité précoce des pâturages, il y a urgence à les obtenir.

Comme rappelé précédemment, l'appellation d'origine protégée (AOP) respectivement l'indication géographique protégée (IPG) est un droit d'usage collectif que toute personne répondant aux exigences du cahier des charges peut utiliser. Ce droit n'est notamment pas subordonné à l'affiliation au groupement qui a déposé la demande d'enregistrement ou à l'interprofession. L'article 16 alinéa 6 LAgr prévoit en effet que quiconque veut utiliser la dénomination protégée doit remplir les exigences du cahier des charges. Dès lors, l'AOP ou l'IPG ne confère pas un droit exclusif appartenant au groupement intimé qui pourrait interdire son usage au requérant.

b) Par conséquent, le requérant a le droit d'étiqueter sa production conformément à l'article 18 du cahier des charges, ceci indépendamment de son adhésion à l'intimée. En effet, cette disposition précise que les marques de traçabilité sont délivrées par l'intimée. Il s'ensuit que celle-ci a l'obligation de délivrer au requérant les marques de caséine numérotées comme cela est stipulé à l'article susmentionné.

Il ressort cependant des pièces produites au dossier et de l'instruction menée à l'audience de ce jour que l'intimée a délivré au requérant les marques de caséine numérotées qu'il a demandées à chaque fois qu'il les a requises et qu'elle a reconnu par courrier du 30 juin 2006, comme lors de l'audience de ce jour, qu'elle n'était pas à même d'interdire l'usage de l'AOP "L'Etivaz" et qu'elle devait fournir les marques

de traçabilité nécessaires. Toutefois, l'intimée semble, dans son courrier du 14 juillet 2006, soumettre la remise des marques de caséine supplémentaires à l'approbation par l'OIC de la production du requérant. De plus, à l'audience de ce jour, l'intimée a conclu, avec dépens, au rejet de l'ensemble de la requête de mesures provisionnelles du 25 mai 2007. Il s'ensuit qu'il y a lieu d'admettre partiellement cette requête et d'astreindre l'intimée à livrer au requérant les marques de caséine nécessaires à la fabrication de son fromage, contre rémunération usuelle et adéquate.

VIII. En définitive, la requête de mesures provisionnelles du 21 mai 2007 doit être rejetée et celle du 25 mai 2007 doit être partiellement admise, en ce sens que l'intimée est astreinte à livrer au requérant les marques de caséine nécessaires à la fabrication de son fromage, contre rémunération usuelle et adéquate, la requête étant rejetée pour le surplus.

IX. Les frais de la procédure provisionnelle sont arrêtés à 2'630 fr. pour le requérant (art. 170, 170a al. 1er, 171 al. 1er et 2 du Tarif des frais judiciaires en matière civile [ci-après : TFJC]) et à 80 fr. pour l'intimée (art. 171 al. 1er TFJC).

Obtenant gain de cause sur la question litigieuse principale, l'intimée a droit à des dépens (art. 91 et 92 CPC), à charge du requérant, qu'il convient d'arrêter globalement à 1'580 francs.

Par ces motifs,

le juge instructeur,

statuant à huis clos et

par voie de mesures provisionnelles:

I. Rejette la requête de mesures provisionnelles déposée le 21 mai 2007 par le requérant Alain Cornamusaz contre l'intimée Coopérative des producteurs de fromages d'alpage "L'Etivaz".

II. Admet partiellement la requête de mesures provisionnelles déposée le 25 mai 2007 par le requérant

Alain Cornamusaz contre l'intimée Coopérative des producteurs de fromages d'alpage "L'Etivaz".

III. Astreint la Coopérative des producteurs de fromages d'alpage "L'Etivaz" à livrer à Alain Cornamusaz les marques de caséine nécessaires à la fabrication de son fromage, contre rémunération usuelle et adéquate.

IV. Rejette toutes autres ou plus amples conclusions.

V. Arrête les frais de la procédure provisionnelle à 2'630 fr. (deux mille six cent trente francs) pour le requérant et à 80 fr. (huitante francs) pour l'intimée.

VI. Condamne le requérant à verser à l'intimée le montant de 1'580 fr. (mille cinq cent huitante francs) à titre de dépens de la procédure provisionnelle.

VII. Déclare la présente ordonnance immédiatement exécutoire, nonobstant recours ou appel.

Le juge instructeur : Le greffier :

F. Jomini T. Di Ferro Demierre, sbt

Du 6 septembre 2007

L'ordonnance qui précède, dont le dispositif a été expédié pour notification aux parties le 21 juin 2007, lue et approuvée à huis clos, est notifiée, par l'envoi de photocopies, aux conseils des parties et au Secrétariat de la Commission de la concurrence.

Les parties peuvent faire appel auprès de la Cour civile du Tribunal cantonal dans les dix jours dès la notification de la présente ordonnance en déposant au greffe de la Cour civile une requête motivée, en deux exemplaires, désignant l'ordonnance attaquée et contenant les conclusions de l'appelant.

Le greffier :

T. Di Ferro Demierre, sbt

D 2	<i>Bibliografie</i> Bibliographie Bibliografia
-----	-------------------------------------------------------------

SCHWEIZ

LÜTHI BENDICHT, "Office Connex (Interkonnektion XI) ", Bundesgericht vom 16.2.2007, Kein kartellrechtlicher Kontrahierungszwang auf der "letzten Meile" (Anmerkung), sic!, 7/8 2007, S. 552 ff.

MAYER CHRISTIAN, "European and International Competition Law and Policy; Staying Ahead", European Law Reporter, 5/2007, p. 190 et seq.

AUSLAND

E Diverses

Divers

Diversi

E 1	Stellungnahme des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) vom 3. Juli 2007 zum Verhältnis zwischen dem Amtshilfeanspruch der Weko und dem notenbankrechtlichen Statistikgeheimnis
-----	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Sehr geehrte Damen und Herren

Nachdem Ihnen die Schweizerische Nationalbank (SNB) die amtshilfweise Herausgabe des aggregierter Statistikdaten verweigert, stellen Sie uns die Frage nach dem Verhältnis zwischen der Amtshilfeverordnung im Kartellgesetz (Art. 41 KG) und dem notenbankrechtlichen Statistikgeheimnis (Art. 16 NBG).

Wir stellen fest, dass zwischen diesen beiden Bestimmungen eine Normenkollision mit Rechtsfolgenwiderspruch besteht (*I.*), wobei die Auflösung des Rechtsfolgenwiderspruchs auf der Grundlage des Datenschutzgesetzes zu geschehen hat (*II.*). Bei einer Abwägung der Interessen kommen wir zum Ergebnis, dass das Statistikgeheimnis der SNB zu schützen, und die Herausgabe des aggregierter Statistikdaten also zu verweigern ist, wenn nicht eine Einwilligung der betroffenen Personen vorliegt (*III.*). Mit diesem Ergebnis ist allerdings nicht gesagt, dass der Amtshilfeanspruch der Weko von sämtlichen gesetzlichen Geheimhaltungsverpflichtungen entkräftet wird; ob dies der Fall ist, muss einzelfallweise geklärt werden (*IV.*).

I. Normenkollision mit Rechtsfolgenwiderspruch

1. Normenkollision

Es besteht kein Anlass, daran zu zweifeln, dass die des aggregierten Statistikdaten der SNB gleichermaßen im Anwendungsbereich von Art. 16 NBG wie auch von Art. 41 KG liegen. Es liegt also eine Normenkollision vor.

2. Rechtsfolgenwiderspruch

Die Weko und die SNB haben die Frage der amtshilfweisen Datenweitergabe in Anwendung ihrer eigenen Rechtsgrundlagen geprüft; die dabei gezogenen Schlussfolgerungen stehen in diametralem Gegensatz zueinander. Nach Auffassung der involvierten Behörden handelt es sich also um eine Normenkollision mit *Rechtsfolgenwiderspruch*. Diesem Befund schliessen wir uns an.

II. Die Methode zur Auflösung Rechtsfolgenwiderspruchs

1. Keine Derogation mittels allgemeiner Kollisionsregeln

Die Bewältigung einer Normenkollision mit Rechtsfolgenwiderspruch geschieht zwingend mittels Derogation einer der beiden Normierungen; dabei wird in

erster Linie auf die klassischen Kollisionsregeln abgestellt (*lex superior, lex specialis, lex posterior*).

Es ist aber festzustellen, dass das nicht immer sachgerecht ist. Dies gilt auch im Amtshilfekontext, wo namentlich der Spezialitätsgrundsatz wenig aussagekräftig ist: Wo sich eine Amtshilfeverpflichtung und eine Geheimhaltungspflicht gegenüberstehen, lässt sich regelmässig nicht mit genügender Sicherheit feststellen, welcher der beiden Pflichten der Gesetzgeber mehr Bedeutung zumessen wollte (vgl. BGE 124 III 170, Erw. 3b).

Die Weko hat richtig erkannt, dass dem auch vorliegend so ist: Angesichts der unterschiedlichen Lehrmeinungen über die Rechtsnatur von Art. 41 KG besteht die Wettbewerbskommission konsequenterweise nicht auf einer Derogation des Statistikgeheimnisses kraft der *lex specialis*-Regel (Schreiben der Weko an die SNB vom 26. Februar 2007).

Gleichzeitig kann auch die SNB nicht für sich in Anspruch nehmen, dass das notenbankrechtliche Statistikgeheimnis gestützt auf den Spezialitätsgrundsatz den Amtshilfeanspruch der Weko derogiere. Auch dass das Notenbankgesetz im Verhältnis zum Kartellgesetz *lex posterior* ist, vermag den Fall unseres Erachtens für sich genommen nicht zu entscheiden.

2. Das Datenschutzgesetz als Entscheidungsgrundlage (Art. 16 Abs. 5 NBG)

Im Vergleich zu Art. 41 KG ist die Regelung der Amtshilfe in Art. 16 NBG differenzierter. Dabei ist die Weitergabe des aggregierter Statistikdaten (ausserhalb der in Art. 16 Abs. 4 NBG erwähnten Fälle) unter Art. 16 Abs. 5 NBG zu fassen. Gemäss dieser Bestimmung ist die Zulässigkeit der Datenweitergabe auf der Grundlage des Datenschutzgesetzes zu entscheiden.

Damit empfiehlt sich Art. 16 Abs. 5 NBG im vorliegenden Fall als „Kollisionsregel“. Auch bei näherer Prüfung gelangt man zum Ergebnis, dass über die Frage der amtshilfweisen Datenweitergabe kraft des Verweises im Notenbankgesetz auf der Grundlage des DSG zu befinden ist (*Ihre Frage Nr. 1*). Dies aus folgenden Gründen:

- Die Beurteilung der Normenkollision auf der Grundlage des Datenschutzgesetzes stellt sowohl der Weko wie auch der SNB eine sachgerechte Argumentationsbasis für ihre Positionen zur Verfügung, nimmt aber das Resultat nicht vorweg; auch bei Anwendung der einschlägigen Bestimmung im Daten-

schutzgesetz (Art. 19 DSG) ist eine Interessenabwägung notwendig (vgl. unten *III.*).

- Auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung zeigt, dass das Datenschutzgesetz im Amtshilfekontext die einschlägige Wertungsbasis ist. Das Datenschutzgesetz wird höchstrichterlich auch dann berücksichtigt, wenn dieses materiell nicht die Entscheidungsgrundlage ist (vgl. etwa BGE 124 III 170 Erw. 4, Urteil 2A.96/2000 Erw. 6).
- Die Anwendung von Art. 16 Abs. 5 DSG entspricht der allgemeinen Kollisionsregel der *lex posterior*.

Als Ergebnis ist festzustellen, dass sich Art. 41 KG und Art. 16 NBG hinsichtlich ihrer Rechtsfolge zwar ausschliessen, dass das Gesetz aber immerhin vorsieht, auf welcher Grundlage die Normen-kollision aufzulösen ist. Dies hat zur Folge, dass über die Frage der Derogation nicht mittels Auslegung der kollidierenden Normen zu bestimmen ist. Im vorliegenden Fall gilt es vielmehr die Positionen der beteiligten Behörden *datenschutzrechtlich* zu beurteilen, und diese gegeneinander abzuwägen.

III. Datenschutzrechtliche Beurteilung

1. Die Beurteilung der Datenweitergabe im Lichte von Art. 19 DSG

a) Die Beurteilung des Herausgabeanspruchs (Weko)

Art. 41 KG ist eine genügende Rechtsgrundlage im Sinne von Art. 17 DSG (*Ihre Frage Nr. 2*). Allerdings darf diese Feststellung nicht zur Schlussfolgerung verleiten, dass damit eine amtshilfweise Datenweitergabe vorbehaltlos zu gewähren ist. Die ersuchte Behörde ist gemäss Art. 19 Abs. 1 DSG selbst beim Bestehen einer genügenden gesetzlichen Grundlage nicht dazu verpflichtet, die angefragten Personendaten herauszugeben, sondern lediglich dazu *ermächtigt*.

b) Die Beurteilung der Geheimhaltungspflicht (SNB)

Gemäss Art. 19 Abs. 4 Bst. b DSG lehnt ein Bundesorgan die Datenweitergabe ab, wenn eine gesetzliche Geheimhaltungspflicht oder besondere Datenschutzvorschriften dies verlangen. Art. 16 NBG stellt eine solche Geheimhaltungsvorschrift dar.

c) Interessenabwägung

Die Anwendbarkeit des Datenschutzgesetzes ändert nichts daran, dass sich die grundlegenden gesetzgeberischen Wertungen, mit denen die Weko und die SNB ihre Position begründen, einander gegenseitig weitgehend neutralisieren. Anders wäre nur zu entscheiden, wenn handfeste Hinweise dafür bestünden, dass eine der beiden Positionen überwiegen soll (vgl. etwa BGE 124 III 170 Erw. 3a; allerdings wurde dieses Urteil nicht auf der Grundlage des DSG gefällt).

2. Die Beurteilung der Interessen der Weko und der SNB

a) Die Gefährdung öffentlicher Interessen (SNB)

Die SNB macht geltend, dass die amtshilfweise Relativierung des Statistikgeheimnisses öffentliche Interessen gefährdet. Sollte sich die Bemerkung der SNB aus

der Sorge nähren, dass die Zweckentfremdung der Statistikdaten die künftige Qualität der Finanzmarktstatistik gefährdet (verminderte Kooperationsbereitschaft Privater), wäre dies zwar ein nachvollziehbares Argument, aber datenschutzrechtlich nicht relevant.

Dies gilt trotz des Grundsatzes, dass bei der Bearbeitung von Personendaten das Gebot der Zweckbindung zu beachten ist (Art. 4 Abs. 3 DSG), was *prima vista* gegen eine „Zweckentfremdung“ von Statistikdaten spricht.

Im Bereich der Amtshilfe wird der Zweckbindungsgrundsatz stark relativiert, muss doch die Möglichkeit der amtshilfweisen Datenweitergabe nicht in jenem Gesetz vorgesehen sein, welches die Datenerhebung regelt; vielmehr reicht es auch aus, wenn die Amtshilfe in einem anderen Gesetz vorgesehen ist (vgl. dazu BBI 1988 II 413, 450).

Allerdings verhält es sich im Zusammenhang mit dem Statistikgeheimnis anders, wie dessen allgemeine Regelung im Bundesstatistikgesetz zeigt: Gemäss Art. 14 Abs. 1 BStatG darf das Statistikgesetz nur dann gelüftet werden, wenn eine Gesetzesbestimmung dies ausdrücklich vorsieht (oder wenn eine schriftliche Einwilligung des Betroffenen vorliegt); diese Regelung erlangt (*per analogiam*) auch im vorliegenden Fall Bedeutung: Eine allgemein gehaltene Amtshilfebestimmung genügt den Anforderungen in Art. 14 BStatG nicht.

b) Die Vermeidung einer wiederholten behördlichen Datenerhebung (Weko)

Die Weko hinterfragt in ihrem Schreiben vom 30. Mai 2007 die Sinnhaftigkeit einer wiederholten Erhebung derselben Personendaten durch verschiedene Behörden. Dieser Wunsch nach effizientem Verwaltungshandeln ist ohne Weiteres nachvollziehbar, jedoch existiert dafür kein datenschutzrechtlicher Bezugspunkt. Aus datenschützerischer Sicht ist nicht die Effizienz des Verwaltungshandelns entscheidend, sondern vielmehr dessen *Gesetzmässigkeit*. Wenn eine Amtshilfebestimmung einen Datenfluss nicht erlaubt, darf das Legalitätsprinzip dem Effizienzgedanken nicht geopfert werden (vgl. dazu WERMELINGER, Informationelle Amtshilfe, ZBI 2004, S. 173 ff., S. 205).

c) Interessenabwägung

Die SNB hat nicht konkretisiert, worin die Gefährdung öffentlicher Interessen genau bestehen soll. Es ist aber festzustellen, dass der Gesetzgeber der Wahrung des Statistikgeheimnisses einen hohen Stellenwert beimisst. Im Unterschied zu anderen Konstellationen ist nicht davon auszugehen, dass ein amtshilfweises Abweichen vom datenschutzrechtlichen Zweckbindungsgrundsatz (Art. 4 Abs. 3 DSG) gesetzgeberisch gewollt ist.

Daran ändert auch der Hinweis der Weko auf die Effizienz des Verwaltungshandelns nichts. Der Aspekt der Effizienz wäre datenschutzrechtlich nur dann relevant, wenn festgestellt werden müsste, dass zugunsten der Effizienz vom Legalitätsprinzip abgewichen würde; ein solches Vorgehen wäre aber zu *Ungunsten*

der Weko in die Interessenabwägung mit einzubeziehen.

3. Die Interessen der von der Datenweitergabe betroffenen Personen

a) Die Gefährdung privater Interessen (SNB)

Die SNB macht geltend, die amtshilfweise Datenweitergabe stelle eine Gefährdung privater Interessen dar. Dies ist in der Tat nicht völlig von der Hand zu weisen: Das Risiko besteht dabei namentlich darin, dass sich die Weko über den Amtshilfeweg Daten beschafft, die sie gar nicht benötigt. Muss sich die Weko die Daten hingegen bei den betroffenen Personen selbst beschaffen, ist dieses Risiko – wegen der zu erwartenden Gegenwehr – geringer.

Vor diesem Hintergrund ist es durchaus von Bedeutung, dass die amtshilfweise Beschaffung der Daten nicht der *einzig* gangbare Weg ist; die Weko könnte sich die Daten auch im Rahmen der Auskunftspflicht (Art. 40 KG) beschaffen.

Dieses Vorgehen erschiene datenschutzrechtlich als weitaus weniger problematisch: Nebst der beschriebenen Risikominimierung, hat sie den Vorteil, dass die Datenbearbeitung für die Betroffenen transparent ist (Art. 4 Abs. 2 DSGVO; Gebot der Datenbearbeitung nach Treu und Glauben), und dass sie dem (ungeschriebenen) Grundsatz entspricht, wonach Personendaten nach Möglichkeit bei der betroffenen Person selbst eingeholt werden sollen (Unmittelbarkeit der Datenbeschaffung).

b) Interessenabwägung

Bei der Beurteilung einer Weitergabe von Personendaten sind die Interessen von Privaten nicht zwingend zu berücksichtigen; soweit eine behördliche Geheimhaltungspflicht besteht, ist dies gar *regelmässig* nicht der Fall (vgl. Art. 19 Abs. 4 Bst. a und b DSGVO). Im Amtshilfekontext verhält es sich aber zumeist (und auch vorliegend) anders: Zwar überwiegt nach der bisherigen Prüfung die Geheimhaltungspflicht den Amtshilfeanspruch (vgl. oben III./2./c), jedoch ist das Resultat noch nicht völlig eindeutig. Zur weiteren Klärung sind daher auch die privaten Interessen in die Interessenabwägung mit einzubeziehen.

Auch dieser Aspekt spricht dafür, dass die Geheimhaltungsvorschrift nicht durch den Amtshilfeanspruch entkräftet wird. Vom Grundsatz der Unmittelbarkeit der Datenerhebung sollte nur abgewichen werden, wenn dafür zwingende Gründe bestehen. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn die ersuchende Behörde ohne die Gewährung von Amtshilfe keine Möglichkeit hat, den zu prüfenden Sachverhalt rechtsgenügend abzuklären.

Dass die Weko vorliegend (dank dem Auskunftsanspruch in Art. 40 KG) ein Instrument hat, die benötigten Informationen auch bei der betroffenen Person selbst einzuholen, spricht insofern gegen die amtshilfweise Relativierung des Statistikgeheimnisses (*Ihre Frage Nr. 5*).

4. Fazit

Auf Grundlage der vorgenommenen Interessenabwägung sind wir der Auffassung, dass das notenbankrechtliche Statistikgeheimnis gegenüber dem Amtshilfeanspruch der Weko zu schützen ist. Den Ausschlag gibt die eben besprochene Berücksichtigung der privaten Interessen. Während sich das Geheimhaltungsinteresse der SNB und das Informationsinteresse der Weko in etwa die Waage halten, spricht das Interesse der betroffenen Privaten eindeutig für die Position der SNB.

Dieses Ergebnis generiert zulasten der Weko einen Mehraufwand. Allerdings ist in Erinnerung zu rufen, dass die SNB (zu Recht) signalisiert hat, dass sie sich beim Vorliegen einer *Einwilligung* der betroffenen Privaten der amtshilfweisen Datenweitergabe nicht widersetzen würde. Wir erachten es als durchaus wahrscheinlich, dass die betroffenen Personen eine solche Einwilligung erteilen würden, da sie sich der Informationsbeschaffung durch die Weko letztlich nicht widersetzen können (Art. 40 KG). Das Einholen einer Einwilligung hat überdies den Vorteil, dass dieses Vorgehen dem Konzept in Art. 14 BStatG entspricht.

Falls sich die Weko mit dem Ergebnis unserer Interessenabwägung nicht einverstanden erklären kann, hätte sie zu prüfen, ob und wie eine *gerichtliche* Überprüfung der Rechtslage erwirkt werden kann.

IV. Allgemeine Hinweise für die Amtshilfe zugunsten der Weko

Die Weko hat uns mitgeteilt, dass ihr die Herausgabe von Personendaten des Öfteren verweigert wird (Schreiben vom 30. Mai 2007), und fragt uns in diesem Zusammenhang aus welchen datenschutzrechtlichen Gründen eine Auskunft an das Sekretariat legitimerweise verweigert werden kann (*Ihre Frage Nr. 4*).

Hierzu ist anzumerken, dass der Datenschutz nicht in jeder Konstellation ein zulässiges Argument für die Verweigerung der Datenherausgabe ist; wie gezeigt beurteilt sich im Amtshilfekontext durchaus nicht jede Datenweitergabe auf der Grundlage des Datenschutzgesetzes. Ob dies der Fall ist, muss einzelfallweise geprüft werden.

Falls das Datenschutzgesetz nicht zur Anwendung kommt, hat sich die Weko an den einschlägigen Referenzurteilen im Amtshilfekontext zu orientieren. Wie erwähnt, ist diese Rechtsprechung tendenziell amtshilfe*freundlich*, indem sie den Amtshilfeanspruch im Verhältnis zu Geheimhaltungsverpflichtungen bereits verschiedentlich obsiegen liess. Falls die ersuchte Behörde keine spezifische Geheimhaltungsverpflichtung geltend machen kann, dürfte (*e maiore minus*) kaum je Anlass dazu bestehen, die Amtshilfe zugunsten der Weko abzulehnen.

Wenn das Datenschutzgesetz zur Anwendung gelangt, beurteilt sich die Verweigerung der amtshilfweisen Datenweitergabe gemäss Art. 19 Abs. 4 DSGVO. Dies bedeutet Folgendes:

-
- Falls die ersuchende Behörde eine Geheimhaltungsvorschrift anzuwenden hat, sind die auf dem Spiel stehenden Interessen gegeneinander abzuwiegen (Art. 19 Abs. 4 Bst. a DSGVO).
 - Opponiert die ersuchte Behörde lediglich *einzel-fallweise* gegen die Datenweitergabe, muss sie begründen, inwiefern dieser wesentlich öffentliche Interessen bzw. ein offensichtlich schutzwürdiges privates Interesse entgegensteht (Art. 19 Abs. 4 Bst. b DSGVO). Die ersuchte Behörde trifft hier im Hinblick auf die notwendige Interessenabwägung eine "Bringschuld".
- Wir hoffen, Ihnen mit diesen Angaben gedient zu haben und verbleiben
mit freundlichen Grüßen
lic. iur. Martin Hofer
-

Abkürzungsverzeichnis

Registre des abréviations

Indice delle abbreviazioni

A

AF	Arrêté fédéral
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel

B

BA	Bundesamt
BB	Bundesbeschluss
BBI	Bundesblatt
BG	Bundesgesetz
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung
BGer	Bundesgericht
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national
BoeB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen
BR	Bundesrat
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati
BV	Bundesverfassung
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess

C

CC	Code civil
CE	Communauté Européenne
CE	Conseil des Etats
CF	Conseil fédéral
CHF	Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri
CO	Code des obligations
Cost.	Costituzione federale
CPC	Code (cantonal) de procédure civile
CPS	Code pénal suisse
cst.	Constitution fédérale

D

DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)
DCP	Droit et politique de la concurrence (=RPW)
DG	Direction Générale (UE)

E

EU	Europäische Union
----	-------------------

F

FF	Feuille fédérale
FMG	Fernmeldegesetz

G

GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GebrV	Verordnung über Gebrauchsgegenstände
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GU	Gemeinschaftsunternehmen

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
LAMaI	Loi fédérale sur l'assurance-maladie
LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance
LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale
LCsl	Legge federale contro la concorrenza sleale
LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur
LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé
LETC	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
LF	Loi fédérale / Legge federale
LL	Legge federale sul lavoro
LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur
LMP	Loi fédérale sur les marchés publics
LOTG	Legge federale sugli ostacoli tecnici al commercio
LPM	Loi fédérale sur la protection des marques
LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
LSPr	Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi

M**N**

O	Ordonnance
O	Organisation de Coopération et de Développement Economique
OCDE	

OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	StR	Ständerat
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	<i>T</i>	
OGer	Obergericht	TA	Tribunal administratif
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	TApp	Tribunale d'Appello
OMC	Organisation mondiale du commerce	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
OR	Obligationenrecht	THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
P		U	
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	UE	Union Européenne
PCF fédérale	Loi fédérale sur la procédure civile	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
Publ.CCSP	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	V	
PüG	Preisüberwachungsgesetz	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
Q		VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
R		VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	W	
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	X	
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	Y	
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	Z	
RR	Regierungsrat	ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)	ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	ZPO	Zivilprozessordnung
S		ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
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)		

Index

- A**
- abgestimmtes Verhalten -
abgestimmte Verhaltensweise 368, 370 f., 420 f.
Abrede 364, 371, 386, 405, 412, 415 f., 420 f., 423 f., 428, 478 ff., 483 f., 487
Acquiring -
Anhörung 411
Apotheker/innen 487
Ärzte(-Verband) 392, 487
- B**
- Banken 364 f., 368 ff., 373 f., 376 ff., 382, 386, 395, 397, 478 f.,
Befristung des Entscheids -
Breitbanddienste 410 f.
Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten 478
Domestic Interchange Fee 478
- E**
- Effizienzgründe 369, 480
Effizienzprüfung -
Einstellung einer Untersuchung 403, 406, 408, 411 f.
einvernehmliche Regelung -
Erheblichkeit -
Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
Grosskunden-Märkte -
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarznei-
mitteln -
- I**
- Indizienbeweis 421
Interchange Fee 366, 478, 483
Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung 375
Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 364, 387, 421, 447, 450, 454 f., 459, 468
Koppelungsgeschäft 360 f., 406 f.
- Kostenraster -
Krankenversicherer -
Kreditkarten 365 ff., 369, 381, 478 f., 483
Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -
- L**
- legitimate business reasons 359 ff.
- M**
- Marktaufteilung (keine) -
marktbeherrschende Stellung 354, 356, 358, 360 f., 364, 371, 382, 387, 396, 402, 407, 411, 431, 437 f., 442, 447, 450, 453, 455, 468, 474
Marktgegenseite 356 ff., 361 f., 364 f., 368, 387, 390 f., 421f., 442 f., 447 f., 450 ff., 455, 457, 461, 468 f.
Marktorganisation -
Marktstruktur 360, 439, 469
Marktzutrittsschranken 360, 430, 457
Meldepflicht 442, 447, 450, 455, 460, 468, 484
Missbrauch 356, 358, 363, 387, 391, 410, 412, 485
- N**
- Netzwerk 441
Netzwerkkosten -
Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten -
potenzieller Wettbewerb 358, 464
Preisabrede (keine) 427
Preisbindung zweiter Hand -
Privatkliniken -
- Q**
- Quersubventionierung -
- R**
- Rabatte 361, 411 ff., 427
Reduktion der Sanktion -
- S**
- Sanktionen 415, 421, 482 ff., 488
Senkung Herstellkosten -
Submission 417, 490
Submissionskartell -
- T**
- Tarife 354 ff., 362
Tarifvertrag -
Tierärzte/innen -

Transparenzmassnahmen -	vorbehaltene Vorschriften 354, 387, 400, 403 f., 420, 442,
<i>U</i>	446, 450, 455, 460, 468, 481, 491
Umstossung der Vermutung -	vorgezogene Recyclinggebühren -
Untersuchung 354 f., 360 f., 367, 375 f., 381, 399 ff., 421,	
427, 430, 478 ff.	<i>W</i>
unzulässige Wettbewerbsabrede 364, 370	Wettbewerb um den Markt -
<i>V</i>	<i>X</i>
vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -	<i>Y</i>
Veröffentlichung -	<i>Z</i>
Verschulden 361	Zahlungsmittel -
Vierparteiensysteme -	zweiseitige Märkte -
