



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

2013/2

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern
(Herausgeber)

Vertrieb:
BBL
Vertrieb Bundespublikationen
CH-3003 Bern

www.bundespublikationen.admin.ch

Preis Einzelnummer:
CHF 30.-
Preis Jahresabonnement:
CHF 120.- Schweiz
CHF 145.- Ausland
(Form: 727.000.13/2)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la
concurrence
CH-3003 Berne
(Editeur)

Diffusion:
OFCL
Diffusion publications
CH-3003 Berne

www.publicationsfederales.admin.ch

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

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della
concorrenza
CH-3003 Berna
(Editore)

Distribuzione:
UFCL
Distribuzione pubblicazioni
CH-3003 Berna

www.pubblicazionifederali.admin.ch

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

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

2013/2

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

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

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

Juli/juillet/luglio 2013

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

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

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

B	Verwaltungsrechtliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa	
B 2	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
2.	Untersuchungen Enquêtes Inchieste	
	1. Verfügung vom 10. Dezember 2012 in Sachen Abrede im Speditionsbereich	142
	2. Verfügung vom 18. März 2013 in Sachen Tele 2 vs. Swisscom	210
3.	Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese	
	1. Verfügung in Sachen Übernahme der ProVAG Versicherungen AG und der PROVITA Gesundheitsversicherung AG	222
	2. Swisscom (Schweiz) AG/Telecom Liechtenstein AG	235
	3. Orell Füssli/Thalia	243
	4. Swisscom (Schweiz) AG/Deuromedia Technologies Entwicklungs- und Vertriebs-GmbH	253
	5. Zurmont/EGSB/Johan G. Olsen/Bauwerk/Boen	260
	6. Swisscom IT Services AG/Entris Banking AG	262
B 3	Bundesverwaltungsgericht Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale	
	1. Zwischenentscheid vom 17. April 2013 in Sachen Verfügung der WEKO vom 30. November 2009 im Untersuchungsverfahren betreffend GABA wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG	275
	Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)	281
	Index (deutsch, français e italiano)	283

B
Verwaltungsrechtliche Praxis
Pratique administrative
Prassi amministrativa

B 2
Wettbewerbskommission
Commission de la concurrence
Commissione della concorrenza

B 2	2. Untersuchungen Enquêtes Inchieste
B 2.2	1. Verfügung vom 10. Dezember 2012 in Sachen Abrede im Speditionsbereich

Verfügung der Wettbewerbskommission vom 10. Dezember 2012 in Sachen Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend Abrede im Speditionsbereich wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG gegen Agility Logistics International BV, Deutsche Bahn AG, Deutsche Post AG, Kühne + Nagel International AG, Panalpina Welttransport (Holding) AG und Spedlogswiss (Verband Schweizerischer Speditions- und Logistikunternehmen).

Inhaltsverzeichnis

A Sachverhalt	144		
A.1 Gegenstand der Untersuchung	144	A.2.10 Versand Antrag	151
A.1.1 Spedition und Logistik	144	A.2.11 Stellungnahmen der Parteien	151
A.1.2 Untersuchungsadressaten	145	B Erwägungen	153
A.2 Verfahren	147	B.1 Geltungsbereich	153
A.2.1 Eröffnung	147	B.2 Vorbehaltene Vorschriften	153
A.2.2 Hausdurchsuchungen	147	B.3 Unzulässige Wettbewerbsabrede über die Festsetzung von Preisen	153
A.2.3 Entsiegelungsverfahren	148	B.3.1 Wettbewerbsabrede	153
A.2.4 Verfahrensschritte im Zusammenhang mit den Selbstanzeigen	148	B.3.1.1 Grundlagen	153
A.2.4.1 Deutsche Post	148	B.3.1.2 Gesamtabrede	154
A.2.4.2 Deutsche Bahn	148	B.3.1.3 Die Gesamtabrede im Bereich der Luftfrachtspedition	155
A.2.4.3 Agility	149	B.3.1.3.1 AAMS-Gebühr	155
A.2.5 Ausweitung der Untersuchung	149	1. Begriffserklärung und Ausgangslage	155
A.2.6 Befragung der Mitglieder von Spedlogswiss	149	2. Koordination der Luftfrachtspediteure hinsichtlich AAMS	156
A.2.7 Akteneinsicht und Datensichtung	149	a. Koordination im Rahmen des FFE/FFI	156
A.2.8 Einvernehmliche Regelung (EVR)	150	b. Koordination durch bilaterale und multilaterale Kontakte	158
A.2.9 Ausländische Verfahren	151	c. Koordination auf nationaler Ebene	160
		3. Zwischenergebnis betreffend AAMS-Gebühr	164
		B.3.1.3.2 Surcharge Collection Fee (SCF)	165
		1. Begriffserklärung und Ausgangslage	165
		2. Koordination der Luftfrachtspediteure hinsichtlich SCF	165
		3. Zwischenergebnis betreffend SCF	169
		B.3.1.3.3 Security Fee Agent (SFA)	169

1.	Begriffserklärung und Ausgangslage	169	B.3.2.2.3	Zwischenergebnis	194
2.	Koordination der Luftfrachtspediteure hinsichtlich SFA	170	B.3.2.3	Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs	194
3.	Zwischenergebnis betreffend SFA	175	B.3.2.3.1	Qualitatives Element	194
B.3.1.3.4	Weitere schweizspezifische Gebühren	176	B.3.2.3.2	Quantitatives Element	194
1.	E-dec-Gebühr	176	B.3.2.3.3	Zwischenergebnis	195
2.	Einfuhrsteuerabfertigungsgebühr	176	B.3.3	Rechtfertigung aus Effizienzgründen	195
3.	Zwischenergebnis betreffend weitere schweizspezifische Gebühren	177	B.3.4	Ergebnis	195
B.3.1.3.5	Ausländische Gebühren mit Auswirkungen in der Schweiz	177	B.4	Einvernehmliche Regelung und Sanktionierung	195
1.	Peak Season Surcharge (PSS)	177	B.4.1	Einvernehmliche Regelung (EVR)	195
2.	Currency Adjustment Factor (CAF)	178	B.4.2	Sanktionierung	197
3.	„Gardening Club“ / New Export System-Gebühr (NES-Gebühr)	180	B.4.2.1	Einleitung	197
4.	Zwischenergebnis betreffend ausländische Gebühren	181	B.4.2.2	Zeitlicher Geltungsbereich der Sanktionierung	197
B.3.1.3.6	Ergebnis: Vorliegen einer Gesamt- abrede	181	B.4.2.3	Vorwerfbarkeit	197
B.3.1.4	Gesamt- abrede ist eine Wettbewerbs- abrede	182	B.4.2.4	Bemessung	198
B.3.2	Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs	182	B.4.2.4.1	Maximalsanktion	198
B.3.2.1	Vorliegen einer horizontalen Preisabrede	182	B.4.2.4.2	Konkrete Sanktionsberechnung	199
B.3.2.2	Umstossung der gesetzlichen Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG	183	1.	Basisbetrag	199
B.3.2.2.1	Aussenwettbewerb	183	a.	Obergrenze des Basisbetrags (Umsatz auf dem relevanten Markt)	200
1.	Relevanter Markt	183	b.	Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses	200
a.	Sachlich relevanter Markt	183	2.	Dauer des Verstosses	201
(i)	Abgrenzung von binnenländischer und grenzüberschreitender Spedition	184	3.	Erschwerende und mildernde Umstände	202
(ii)	Abgrenzung von Bodenfracht-, Luftfracht- und Seefracht-Spedition	184	a.	Mutmasslicher Gewinn	202
(iii)	Weitere Abgrenzungen	184	b.	Kooperatives Verhalten (einvernehmliche Regelung)	202
b.	Räumlich relevanter Markt	184	c.	Weitere erschwerende und mildernde Umstände	203
2.	Aktueller Wettbewerb	185	B.4.2.5	Vollständiger/Teilweiser Erlass der Sanktion	204
3.	Potenzieller Wettbewerb	187	B.4.2.5.1	Allgemeines zur Sanktionsbefreiung	204
a.	Marktzutrittsschranken	188	B.4.2.5.2	Allgemeines zur Sanktionsreduktion	204
b.	Marktzutritte	188	B.4.2.5.3	Subsumtion und Ergebnis	204
c.	Disziplinierende Wirkung ausländischer Unternehmen	188	B.4.2.6	Ergebnis	205
4.	Fazit zum Aussenwettbewerb	188	B.4.2.7	Tragbarkeitsprüfung	206
B.3.2.2.2	Innenwettbewerb	189	B.5	Weitere Anordnungen: Beschlagnahmte Dokumente	206
1.	Umsetzung der Gesamt- abrede	189	C	Kosten	206
2.	Wettbewerbsparameter und Restwettbewerb	189	D	Ergebnis	207
3.	Stellung der Marktgegenseite	193	E	Dispositiv	208
4.	Fazit zum Innenwettbewerb	194			

A Sachverhalt

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Gegenstand der Untersuchung bildet die Frage, ob die grossen, international tätigen Speditionsfirmen untereinander eine Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG getroffen haben, konkret, ob sie sich hinsichtlich der Weitergabe von exogenen Kostenfaktoren in Form von Gebühren und Zuschlägen an ihre Kunden koordiniert haben. Ausgelöst wurde das Verfahren durch eine Selbstanzeige, mit welcher dem Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat= zur Kenntnis gebracht wurde, dass zwischen den internationalen Luftfrachtspediteuren Diskussionen, Kooperationen und Vereinbarungen hinsichtlich der den Kunden verrechneten Gebühren und Zuschläge stattfinden würden.

2. Einleitend ist festzuhalten, dass in vorliegendem Verfahren sämtliche Parteien eingewilligt haben, eine einvernehmliche Regelungen abzuschliessen. Das Sekretariat hat deshalb auf die Durchführung diverser Sachverhaltsabklärungen verzichtet, namentlich auf weitere Ermittlungsmassnahmen bezüglich jeder einzelnen allenfalls von einer Koordination betroffenen Gebühr. Die nachfolgenden Ausführungen beruhen auf einer Gesamtbeurteilung des Verhaltens der Parteien, welches aufgrund exemplarischer Gebühren und Zuschläge hinreichend nachgewiesen werden kann. Dass sich die folgenden Ausführungen entsprechend auf einen Teil des Sachverhaltes beschränken, ist die Prämisse, unter der die Lektüre und Würdigung der folgenden Ausführungen zu erfolgen hat. Infolge der einvernehmlichen Regelungen ist zudem stellenweise die Begründungsdichte und -tiefe reduziert. Für den Fall der Nichtgenehmigung des Antrags und damit der einvernehmlichen Regelungen seitens der Wettbewerbskommission (WEKO) wäre der Sachverhalt vollumfänglich abzuklären und der WEKO zum Entscheid vorzulegen.¹ Zudem gilt es zu erwähnen, dass die Parteien die nachfolgende Sachverhaltsdarstellung und rechtliche Würdigung nicht anerkennen.

A.1.1 Spedition und Logistik

3. Eine Spediteur ist ein Dienstleister, der den Transport von Waren für den Kunden (Verlader; Frachtabsender oder -empfänger) organisiert. Die Dienstleistung kann neben der Organisation des Transports und Umschlags (Beladen, Entladen, Umladen) der Waren auch Lagerhaltung sowie weitere auf die Beförderung bezogene Dienstleistungen (z.B. Ausstellen und Beschaffung von Transportdokumenten, Verzollung und damit verbundene Dienstleistungen) enthalten.

4. Ein Spediteur kauft in der Regel die Transportdienstleistungen bei Frachtführern (Carrier) wie Luftfahrtgesellschaften (Airlines), Reedereien, Strassen- und Schienentransportunternehmen ein, er kann aber auch selber als Carrier mit eigenen Transportmitteln auftreten.

5. In der Schweiz sind über 300 Spediteure tätig, die sich bezüglich Grösse und Tätigkeitsgebiet stark unterscheiden. Neben grossen international tätigen Konzernen bestehen diverse kleinere Unternehmen, die sich beispielsweise auf einen bestimmten Tätigkeitsbereich spezialisiert haben, nur regional tätig sind oder deren

Kundschaft sich namentlich in Bezug auf das nachgefragte Speditionsvolumen von der Kundschaft der internationalen Speditionskonzerne unterscheidet.

6. Die nachfolgende Graphik illustriert am Beispiel der Luftfracht die Tätigkeit eines Spediteurs, in diesem Fall konkret, welche Elemente eines Luftfrachttransports vom Absender bis zum Empfänger durch den Luftfrachtspediteur organisiert werden können bzw. müssen:

¹ Vgl. RPW 2009/3, 196 Rz 2, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

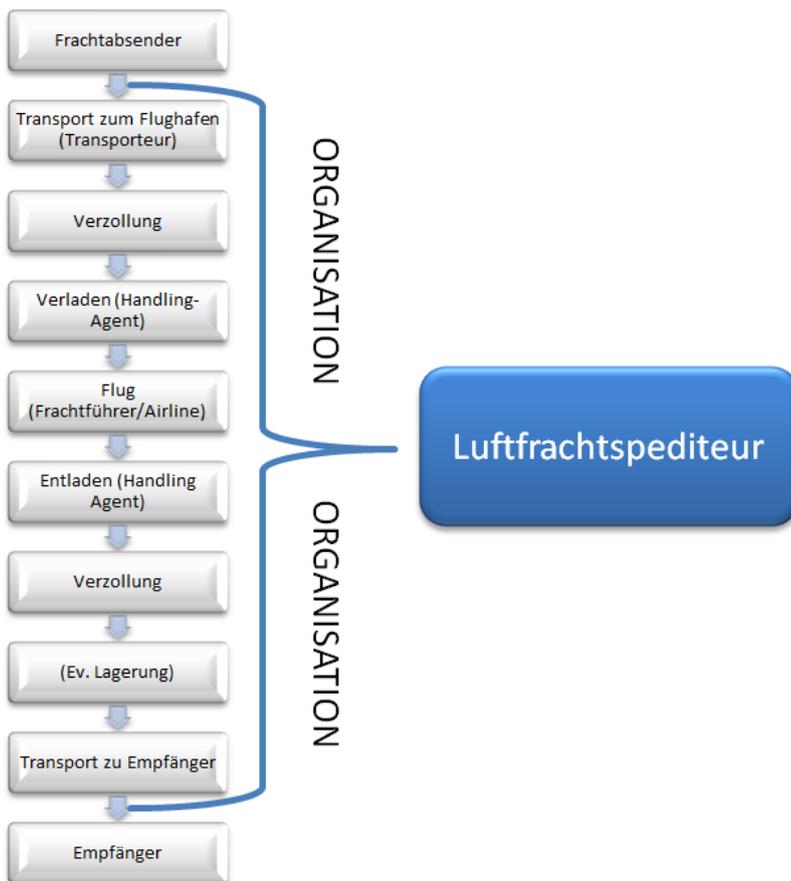


Abbildung 1 (Darstellung Sekretariat)

A.1.2 Untersuchungsadressaten

7. Untersuchungsadressaten sind die folgenden fünf grossen internationalen Spediteure (in alphabetischer Reihenfolge):

8. Agility Logistics International BV (nachfolgend: **Agility**) mit Sitz in Amsterdam, Niederlande. Mit mehr als 22'000 Mitarbeitenden sowie rund 550 Vertretungen in über 100 Ländern übernimmt Agility zu Land, zu Wasser und in der Luft die Planung, die Koordination und den Transport von Gütern jeder Art. Die Dienstleistungen von Agility umfassen Seefracht, Luftfracht und europäische Landtransporte. Zudem übernimmt Agility auch Umzüge, Messe- und Spezialtransporte aller Art. Agility verfügt über keine eigenen Transportmittel. Ihre Tätigkeit beschränkt sich auf die Buchung von Frachtraum in den entsprechenden Transportmitteln (Schiffe, Flugzeuge, Lastwagen) bei verschiedenen Transportgesellschaften. Agility ist die Muttergesellschaft der Cronat Transport Holding AG, Basel, welche wiederum die Muttergesellschaft der folgenden in der Schweiz domizilierten Tochtergesellschaften ist: Agility Logistics AG, Basel; GeoLogistics AG, Basel; Natural AG, Basel; Crowe AG, Basel; Crow Shipping AG, Basel; Natural Schipping AG, Basel; Inter Expo Logistics SA, Le Grand-Saconnex; ATS Air Transport Service AG, Kloten; ATS Hellmann Worldwide Logistics AG, Kloten und Ibox Container Line AG, Basel. Dabei ist die Agility Logistics AG mit Sitz in Basel eine

hundertprozentige Tochtergesellschaft der Cronat Holding AG bzw. der Agility Logistics International BV. Die Natural AG war ein für Agility tätiger Agent, welcher im Jahr 2006 von Agility übernommen wurde. Im Rahmen der nachfolgenden Verfügung wird zur präziseren Darstellung des relevanten Sachverhalts oftmals die direkt involvierte Tochtergesellschaft genannt. Von Interesse ist dabei insbesondere folgende Tochtergesellschaft: GeoLogistics AG (nachfolgend GeoLogistics) und Natural AG (nachfolgend Natural).

9. Die Deutsche Bahn AG, Berlin (nachfolgend: **Deutsche Bahn**), ist eines der weltweit führenden Mobilitäts- und Logistikunternehmen. Die im Rahmen dieser Untersuchung massgebenden Logistikdienstleistungen werden durch die Deutsche Bahn unter der Marke „DB Schenker“ angeboten.² DB Schenker bündelt mit über 91'000 Mitarbeitern an ca. 2'000 Standorten in rund 130 Ländern die Transport- und Logistikaktivitäten der Deutschen Bahn. Dabei ist DB Schenker in der Luft- und

² Der Grundstein dazu bildete die im Jahr 2002 erfolgte Übernahme der Stinnes AG und damit auch von Schenker (vgl. http://www.dbschenker.com/ho-de/ueber_dbschenker/geschichte.html [11.12.2012]).

Seefracht, im europäischen Landverkehr, in der Kontraktlogistik sowie im Supply Chain Management aktiv.³ Zur Deutschen Bahn gehört seit dem Jahr 2006 zudem der amerikanische Spediteur BAX Global Inc., Delaware, mit Hauptsitz in Irvine, Kalifornien.⁴ Gemäss eigenen Angaben ist die Deutsche Bahn mit dem Geschäftsbereich „DB Schenker Logistics“ die Nummer 1 im europäischen Land- und Schienenverkehr, die Nummer 2 in der weltweiten Spedition von Luftfracht und die Nummer 3 im der weltweiten Spedition von Seefracht.⁵ In der Schweiz ist die Deutsche Bahn durch die Tochtergesellschaft Schenker Schweiz AG, Zürich, auf dem Markt aktiv. Schenker Schweiz verfügt als Anbieterin für integrierte Logistik auf dem Schweizer Markt über rund 550 Mitarbeiter an 11 Standorten. Sie ist in das flächendeckende und weltweite Netz der DB Schenker-Landesgesellschaften eingebunden.⁶ Zur Deutschen Bahn gehörte während des Untersuchungszeitraums zudem die auf den Bereich Komplettladungen/intermodaler Verkehr (d.h. kombinierter Bahn- und Strassentransport) spezialisierte Hangartner AG mit Sitz in Aarau. Am 17. Juni 2010 wurde die Hangartner AG aus dem Handelsregister gelöscht und wurden ihre Aktiven und Passiven infolge Fusion auf die Schenker Schweiz AG übertragen.⁷ Im Rahmen der nachfolgenden Verfügung wird zur präziseren Darstellung des relevanten Sachverhalts oftmals die direkt involvierte Tochtergesellschaft genannt oder der frühere Firmenname verwendet. Folgende beiden Bezeichnungen werden oftmals verwendet und sind der Deutschen Bahn zuzurechnen: „Schenker“ und „BAX“.

10. Die Deutsche Post AG⁸ (nachfolgend **Deutsche Post**⁹), mit Sitz in Bonn, Deutschland, ist ein weltweiter Post- und Logistik-Konzern. Die Deutsche Post hat den weltweiten Expressdienstleister DHL schrittweise von 1998 bis 2002 erworben und konsolidierte 2003 das weltweite Express- und Logistikgeschäft unter der Marke „DHL“. Das Logistikangebot wurde namentlich im Jahr 1999 durch die Akquisition des Schweizer Logistikunternehmens Danzas¹⁰ und des amerikanischen Dienstleisters im Bereich internationale Luftfracht Air Express International (AEI) sowie im Jahr 2005 durch die Akquisition des grossen britischen Logistik-Konzerns Exel erweitert. Der Konzern tritt seit 2009 unter dem Namen „Deutsche Post DHL“ auf.¹¹ Im Unternehmensbereich „DHL Global Forwarding“ (Luft- und Seefracht) arbeiten rund 30'000 Personen in über 150 Ländern (850 Niederlassungen), wobei das Geschäft mit einem sehr niedrigen Anlagevermögen betrieben wird. Das Geschäftsmodell beruht darauf, Transportleistungen zwischen den Kunden und Frachtunternehmen zu vermitteln. Gemäss eigenen Angaben ist DHL mit ihrem Geschäftsfeld „Global Forwarding“ der Marktführer in der weltweiten Spedition von Luftfracht und die Nummer 2 in der weltweiten Spedition von Seefracht.¹² Für die Landfracht sind im Unternehmensbereich „DHL Freight“ rund 12'000 Mitarbeitende in über 50 Ländern (160 Niederlassungen) zuständig.¹³ In der Schweiz zählen folgende Gesellschaften zur Deutschen Post: Danzas Holding (Schweiz) AG, Basel, DHL Management (Schweiz) AG, Basel, DHL Logistics (Schweiz) AG, Basel, DHL Express (Schweiz) AG, Basel, Vetsch AG, internationale Transporte, Buchs, Laible AG Speditionen, Schaffhausen, Gerlach AG, Basel, und Véron Grauer AG, Basel. Im Rahmen der nach-

folgenden Verfügung wird zur präziseren Darstellung des relevanten Sachverhalts oftmals die direkt involvierte Tochtergesellschaft genannt oder der frühere Firmenname verwendet. Folgende beiden Bezeichnungen werden oftmals verwendet und sind der Deutschen Post zuzurechnen: „DHL“ und „Danzas“.

11. Die Kühne + Nagel International AG¹⁴ mit Sitz in Schindellegi ist die oberste Holdinggesellschaft der Kühne + Nagel Gruppe (nachfolgend **Kühne + Nagel**) und das einzige zum Konsolidierungskreis der Gruppe gehörende börsenkotierte¹⁵ Unternehmen.¹⁶ Kühne + Nagel wurde 1890 in Bremen durch August Kühne und Friedrich Nagel als Seefrachtspedition gegründet und noch heute ist die Aktienmehrheit in Familienbesitz, sie wird von Klaus-Michael Kühne über die Kühne Holding AG gehalten. Kühne + Nagel beschäftigt rund 63'000 Mitarbeiter und verfügt über mehr als 1000 Niederlassungen in 100 Ländern. Kühne + Nagel ist gemäss eigenen Angaben die Nummer 1 in der weltweiten Spedition von Seefracht, die Nummer 3 in der weltweiten Spedition von Luftfracht und die Nummer 6 in der europäischen Spedition von Landfracht.¹⁷ In der Schweiz ist Kühne + Nagel mit der Ländergesellschaft Kühne + Nagel AG, Opfikon¹⁸, auf dem Markt tätig und beschäftigt rund 300 Personen an 16 Standorten.¹⁹

³ Vgl. http://www.dbschenker.com/ho-de/ueber_dbschenker/profil_.html (04.06.2012).

⁴ Vgl. Kombiniertes Geschäftsbericht 2005–2007 der Deutschen Bahn für den Geschäftsbereich „DB Mobility Logistics“, 26.

⁵ Vgl. http://www.dbschenker.com/ho-de/ueber_dbschenker/db_schenker_logistics/profil.html sowie <http://www.logistics.dbschenker.ch/logch-de/start/unternehmenchannel/profil.html> (beide 04.06.2012).

⁶ Vgl. <http://www.logistics.dbschenker.ch/logch-de/start/unternehmenchannel/profil.html> (04.06.2012).

⁷ Vgl. Handelsregisterauszug der Hangartner AG (CH-400.3.908.088-2); SHAB vom 17.06.2010 (Tagesregister-Nr. 6883 vom 17.06.2010 / CH-400.3.908.088-2 / 05689774).

⁸ Für die Deutsche Post AG ist auch die Abkürzung DPAG gebräuchlich.

⁹ Die Bezeichnung Deutsche Post wird nachfolgend für alle genannten in der Schweiz tätigen konzernmässig verbundenen und affilierten Gesellschaften der Deutschen Post verwendet.

¹⁰ Vgl. RPW 1999/1, 125 ff., *Zusammenschlussvorhaben Deutsche Post AG – Danzas Holding AG*.

¹¹ Vgl. „Factsheet DHL“ abrufbar auf http://www.dp-dhl.com/de/ueber_uns/unternehmensbereiche/global_forwarding_freight.html (04.06.2012) und „Meilensteine der Deutschen Post DHL 1990-2011“ abrufbar unter http://www.dp-dhl.com/de/ueber_uns/auf_einen_blick.html (04.06.2012).

¹² Vgl. Geschäftsbericht Deutsche Post DHL 2011, 72.

¹³ Auch in diesem Geschäftsbereich versteht sich DHL als „Makler von Kapazitäten“ (vgl. Geschäftsbericht Deutsche Post DHL 2010, 63).

¹⁴ Für die Kühne + Nagel International AG ist auch die Abkürzung KNI gebräuchlich.

¹⁵ Börsenkotierung an der SIX Swiss Exchange in Zürich.

¹⁶ Vgl. Geschäftsbericht Kühne + Nagel 2011, 44.

¹⁷ Vgl. http://www.kn-portal.com/about_us/about_us/ (04.06.2011).

¹⁸ Vgl. Handelsregisterauszug für Kühne + Nagel Aktiengesellschaft (CH-020.3.915.406-3).

¹⁹ Vgl. <http://www.kn-portal.com/locations/europe/switzerland/> (04.06.2012).

12. Panalpina Welttransport (Holding) AG²⁰ mit Sitz in Basel ist die Dachgesellschaft der Panalpina Gruppe (nachfolgend **Panalpina**) und das einzige börsennotierte²¹ Unternehmen der Gruppe. Panalpina betreibt ein weltweites Netzwerk mit rund 500 eigenen Geschäftsstellen in mehr als 80 Ländern. In weiteren 80 Ländern arbeitet sie eng mit Partnern zusammen. Das Unternehmen beschäftigt rund 15'000 Mitarbeitende. Die Geschäftstätigkeit von Panalpina ist entsprechend den Kernaktivitäten in die Segmente Air Freight (Luftfracht), Ocean Freight (Seefracht) und Logistics (Strasse und Schiene, Lagerung und Distribution) unterteilt.²² In der Schweiz ist die Panalpina mit ihrer Ländergesellschaft Panalpina AG, Basel, auf dem Markt aktiv. Zu Panalpina gehören weiter folgende in der Schweiz domizilierte Gesellschaften: Panalpina Management AG, Panalpina International AG, Panalpina Air & Ocean AG, Jacky Mader AG für internationale Transporte und Hausmann Transport AG, alle mit Sitz in Basel.²³

13. Neben den fünf grossen internationalen Speditionsunternehmen wurde die Untersuchung weiter gegen den Branchenverband **Spedlogswiss** eröffnet. Spedlogswiss ist der Verband der international tätigen Speditions- und Logistikunternehmen in der Schweiz. Er ist verkehrsträgerneutral und repräsentiert mehr als 95 % der Speditionsbranche in der Schweiz. Spedlogswiss vertritt die Interessen von über 300 Mitgliedsfirmen aus Spedition und Logistik.²⁴ Spedlogswiss „*will Rahmenbedingungen schaffen, die es der Branche Internationale Speditionslogistik ermöglichen, den hohen betriebswirtschaftlichen, volkswirtschaftlichen und ökologischen Anforderungen gerecht zu werden*“²⁵. Zu diesem Zweck unterstützt Spedlogswiss „*aktiv ihre Mitglieder in wirtschaftspolitischen und unternehmerischen Belangen. Sie vertritt die wirtschaftlichen und politischen Interessen ihrer Mitglieder gegenüber dem wirtschaftlichen und politischen Umfeld national und international*“²⁶. Spedlogswiss hat 6 Fachbereiche (Air, Europa, KEP [Kurier- Express-, Paketdienstleistungen], Lagerlogistik, Reedereiagenten, Schifffahrt), 6 ständige Kommissionen (Recht & Versicherung, Betriebswirtschaft, Informatik, Bildung, Zoll, Kommunikation) sowie 10 regionale Sektionen (Nordwestschweiz, Ostschweiz, Ticino, Zürich, Genf [ATG], Westschweiz [ATSO], Schaffhausen, Espace Mittelland, Brig und Thurgau [VTS]). Die ständige Geschäftsstelle von Spedlogswiss ist in Basel domiziliert.²⁷

A.2 Verfahren

A.2.1 Eröffnung

14. Am 19. Juni 2007 erstattete die Deutsche Post in der Form einer mündlichen Protokollaussage eine Selbstanzeige beim Sekretariat der Wettbewerbskommission. Inhalt der Selbstanzeige waren Diskussionen, Kooperationen und Vereinbarungen der internationalen Luftfrachtspediteure bezüglich der Festsetzung und Belastung von Gebühren und Zuschlägen gegenüber den Kunden, wie beispielsweise die Zuschläge betreffend das Automated Manifest System (AMS). Dabei wurde auch darauf hingewiesen, dass diese Verhaltensweisen teilweise im Rahmen von nationalen und europäischen Verbänden getroffen wurden.

15. In der Zeit vom 5. Juli bis zum 11. September 2007 erfolgten 6 weitere mündliche Protokollaussagen und die

Deutsche Post reichte umfangreiche Beweismittel ein. In diesen Selbstanzeigen wurden Informationen und Beweismittel bezüglich weiterer Zuschläge und Gebühren eingereicht, welche möglicherweise in unzulässiger Weise abgestimmt wurden, namentlich wurde dargelegt, dass diese Verhaltensweisen teilweise auch im Rahmen des nationalen Verbands Spedlogswiss stattgefunden haben, beispielsweise in Bezug auf eine „Security Fee Agent“ (SFA) für alle Luftfrachtexporte aus der Schweiz. Weiter wurden Informationen und Beweismittel unterbreitet, welche darauf hindeuteten, dass auch in den Bereichen der See- und Landfracht sowie in der Lagerlogistik eine unzulässige Koordination stattgefunden haben könnte.

16. Am 9. Oktober 2007 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG gegen Deutsche Bahn, Deutsche Post, Kühne + Nagel, Panalpina und Spedlogswiss da aufgrund der Selbstanzeige der Deutschen Post Anhaltspunkte für „Abreden über die Weitergabe und/oder gemeinsame Festsetzung von Zuschlägen/Gebühren und Speditionstarifen im Bereich der internationalen Luft- und Seefrachtspeditionsleistungen sowie der nationalen und internationalen Bodenfrachtspeditionsleistungen und Lagerlogistik“²⁸ vorlagen.

17. Das Sekretariat gab die Eröffnung der Untersuchung unter Hinweis auf die 30-tägige Frist, innert welcher Dritte eine allfällige Verfahrensbeteiligung anmelden können (Art. 28 Abs. 2 KG), mittels amtlicher Publikation gemäss Art. 28 KG im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) vom 8. November 2007 und im Bundesblatt (BBl) vom 13. November 2007 bekannt.²⁹ Es haben sich keine Dritten i.S. von Art. 28 Abs. 2 KG gemeldet.

A.2.2 Hausdurchsuchungen

18. Mit Durchsuchungsbefehlen vom 9. Oktober 2007 führte das Sekretariat am 10. Oktober 2007 zeitgleich Hausdurchsuchungen in den Räumlichkeiten der Deutschen Bahn (Rautistrasse 77, Zürich)³⁰, von Kühne + Nagel (Dorfstrasse 50, Schindellegi), Panalpina (Viaduktstrasse 42, Basel) und Spedlogswiss (Elisabethenstrasse 44, Basel) durch, welche am 11. Oktober noch auf

²⁰ Für die Panalpina Welttransport (Holding) AG ist auch die Abkürzung PWT gebräuchlich.

²¹ Börsenkotierung an der SIX Swiss Exchange in Zürich.

²² Vgl. Geschäftsbericht Panalpina 2011, 50.

²³ Vgl. Geschäftsbericht Panalpina 2011, 124.

²⁴ Vgl. zum Ganzen www.spedlogswiss.ch > Organisation & Mitgliedschaft (04.06.2012).

²⁵ Spedlogswiss Leitbild, 1 abrufbar unter http://www.spedlogswiss.com/pdf/spe_leitbild_d_2010.pdf (04.06.2012).

²⁶ Spedlogswiss Leitbild (Fn 25), 1.

²⁷ Vgl. zum Ganzen www.spedlogswiss.ch > Organisation (04.06.2012).

²⁸ Vgl. BBl 2007 7871.

²⁹ BBl 2007 7871.

³⁰ Konkret wurden die Räumlichkeiten der zur Deutschen Bahn gehörenden Schenker Schweiz AG durchsucht, wobei auch die damals an derselben Adresse ansässige, weitere Konzerngesellschaft Hangartner AG durchsucht wurde.

weitere Räumlichkeiten der Deutschen Bahn (Grindelstrasse 11, Bassersdorf)³¹, von Kühne + Nagel (Embraport, Embrach und Feldeggrasse 5, Glattbrugg)³² und Panalpina (Eichstrasse 50, Glattbrugg) ausgedehnt wurden. Im Rahmen der Hausdurchsuchungen wurden umfangreiche Beweismittel beschlagnahmt, welche in Beschlagnahmeprotokollen unter Angabe von Gegenstand, Fundort etc. dokumentiert wurden.

19. Panalpina erhob Einsprache gegen die Durchsuchung sämtlicher beschlagnahmter Beweismittel in Basel und betreffend ausgewählte Beweismittel in Glattbrugg. Kühne + Nagel erhob Einsprache gegen die Durchsuchung einer Festplatte in Schindellegi.

A.2.3 Entsiegelungsverfahren

20. Mit Schreiben vom 17. Oktober 2007 bat das Sekretariat Panalpina und Kühne + Nagel, bis am 26. Oktober 2007 mitzuteilen, ob sie an der Einsprache gegen die Durchsuchung der versiegelten Beweismittel festhalten. Innert der vom Sekretariat erstreckten Frist teilte Kühne + Nagel am 30. Oktober 2007 mit, dass sie auf die Versiegelung der Festplatte verzichte. Ebenfalls innert der vom Sekretariat erstreckten Frist teilte Panalpina am 2. November 2007 mit, dass sie die Einsprache gegen die Durchsuchung in Papierform der in Basel beschlagnahmten Beweismittel in Papierform zurückziehe, aber an der Versiegelung der beschlagnahmten elektronischen Beweismittel festhalte. Zudem halte Panalpina an der Versiegelung sämtlicher in Glattbrugg beschlagnahmten Beweismittel fest. Mit Schreiben vom 6. November 2007 teilte Panalpina mit, dass sie auf die Versiegelung eines bestimmten in Basel beschlagnahmten Beweismittels verzichte.

21. Am 14. November 2007 reichte das Sekretariat beim Bundesstrafgericht ein Entsiegelungsgesuch gemäss Art. 50 Abs. 3 VStrR³³ bezüglich der versiegelten Dokumente von Panalpina ein, welches durch die I. Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichts mit Entscheid vom 14. März 2008 gutgeheissen wurde (RPW 2008/3, S. 513 ff.).

22. Am 25. April 2008 erhob Panalpina Beschwerde gegen den Entscheid des Bundesstrafgerichts vom 14. März 2008. Mit Urteil vom 28. Oktober 2008 wies die I. öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts die Beschwerde von Panalpina gegen den Entscheid des Bundesstrafgerichts ab (RPW 2008/4, S. 739 ff.). Sowohl das Bundesstrafgericht als auch das Bundesgericht bestätigten die Vorgehensweise der Weko bei Hausdurchsuchungen und erachteten es namentlich als zulässig, dass die Hausdurchsuchung am zweiten Standort nicht zeitgleich, sondern erst am zweiten Durchsuchungstag stattgefunden hatte (E. 2). Das Bundesgericht liess zwar die umstrittene Frage offen, ob das Anwaltsgeheimnis auch für Unternehmensjuristen gilt, hielt jedoch fest, dass Informationen, welche nicht nur dem Unternehmensanwalt selbst anvertraut würden, nicht Objekt des Berufsgeheimnisses sein können (E. 4.4).

23. Am 26. November 2008 wurden in den Räumlichkeiten des Sekretariats die versiegelten Beweismittel im Beisein von Panalpina entsiegelt, gesichtet und beschlagnahmt.

A.2.4 Verfahrensschritte im Zusammenhang mit den Selbstanzeigen

A.2.4.1 Deutsche Post

24. Am Tag nach dem Beginn der Hausdurchsuchungen, d.h. am 10. Oktober 2007, teilte das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Deutschen Post als erste Selbstanzeigerin mit, dass die Voraussetzungen für den vollständigen Erlass der Sanktion nach Art. 8 Abs. 1 SVKG in Bezug auf die angezeigten Verhaltensweisen, konkret hinsichtlich der koordinierten Festsetzung und Weiterleitung zahlreicher Gebühren und Zuschläge, als gegeben erachte (Mitteilung gemäss Art. 9 Abs. 3 Bst. a SVKG). Die Deutsche Post wurde weiter darauf hingewiesen, dass die Wettbewerbskommission über die Gewährung des vollständigen Erlasses der Sanktion entscheidet und diesen nur gewährt, wenn zusätzlich auch die Voraussetzungen von Art. 8 Abs. 2 Bst. a–d SVKG erfüllt sind. Im gleichen Schreiben wurde die Deutsche Post aufgefordert, die Beteiligung am Wettbewerbsverstoss am 12. Oktober 2007 aufzugeben und dem Sekretariat die Aufgabe schriftlich zu bestätigen.

25. Am 15. Oktober 2007 bestätigte die Deutsche Post in der Form ihrer 8. mündlichen Protokollaussage die Einstellung ihrer Beteiligung an Wettbewerbsverstössen. Sie verpflichtete sich insbesondere, jegliche Teilnahme an Veranstaltungen, Treffen, Besprechungen oder anderen Kommunikationen von Vereinigungen und Verbänden in den von der Untersuchung betroffenen Bereichen sowie alle Diskussionen und Vereinbarungen mit Wettbewerbern zu unterlassen.

26. Vom 25. Oktober 2007 bis zum 22. Mai 2012 erfolgten die mündlichen Protokollaussagen Nr. 9–22, mit welchen dem Sekretariat weitere Informationen vermittelt und umfangreiche Beweismittel eingereicht wurden. Insgesamt füllen die eingereichten Unterlagen rund 18 Bundesordner. In den mündlichen Protokollaussagen wurden auch die zahlreichen durch das Sekretariat gestellten Fragen und Ergänzungswünsche beantwortet und mit Unterlagen belegt. Mit Schreiben vom 31. März 2008 bestätigte das Sekretariat der Deutschen Post, dass es deren Kooperation bis zum damaligen Zeitpunkt als uneingeschränkte Kooperation i.S. von Art. 8 Abs. 2 Bst. c SVKG qualifiziere. An dieser Beurteilung hält das Sekretariat auch für die nachfolgende Periode bis zum aktuellen Zeitpunkt fest.

A.2.4.2 Deutsche Bahn

27. Am 19. November 2007 teilte die Deutsche Bahn dem Sekretariat schriftlich ihre Kooperationsbereitschaft mit und setzte somit einen Marker.³⁴

³¹ Konkret wurde eine Zweigstelle der Schenker Schweiz AG durchsucht.

³² Wobei für den Standort Glattbrugg eine separate Durchsuchungsanordnung ausgestellt wurde.

³³ Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974 (VStrR; SR 313.0).

³⁴ Vgl. Erläuterungen zur SVKG, 10 (Erläuterung zu Art. 9 Abs. 3 SVKG).

28. Am 22. November 2007 gab die Deutsche Bahn ihre erste mündliche Aussage zu Protokoll. Das Sekretariat bestätigte mit Schreiben vom 7. Dezember 2007 den Eingang der Anzeige nach Art. 13 SVKG. Die Deutsche Bahn wurde darüber in Kenntnis gesetzt, dass sie nicht das erste Unternehmen war, das im Zusammenhang mit den vorgetragenen allfälligen Wettbewerbsabreden eine Selbstanzeige eingereicht habe, und wurde darauf aufmerksam gemacht, dass daher grundsätzlich nur noch ein teilweiser Erlass der Sanktion nach Art. 12 SVKG in Frage komme.

29. Vom 18. Dezember 2007 bis zum 29. Februar 2012 wurden weitere 19 mündliche Protokollaussagen getätigt. Dabei stellte die Deutsche Bahn möglicherweise auf unzulässige Weise koordinierte Gebühren und Zuschläge dar und reichte Unterlagen im Umfang von rund 16 Bundesordnern ein. Einige der Aussagen wurden deponiert, um vom Sekretariat gestellte Fragen zu beantworten und die Antworten mit Beweismitteln zu belegen. Die Deutsche Bahn hat während der gesamten Untersuchung bis zum aktuellen Zeitpunkt uneingeschränkt kooperiert und auf Fragen des Sekretariates jeweils rasch reagiert.

A.2.4.3 Agility

30. Am 3. Juli 2008 machte Agility – welche zu diesem Zeitpunkt nicht als Untersuchungsadressatin figurierte – ihre erste mündliche Protokollaussage. Das Sekretariat bestätigte mit Schreiben vom 9. Juli 2008 den Eingang der Anzeige gemäss Art. 13 SVKG. Agility wurde darüber in Kenntnis gesetzt, dass sie nicht das erste Unternehmen war, das im Zusammenhang mit den vorgetragenen allfälligen Wettbewerbsabreden eine Selbstanzeige eingereicht habe, und wurde darauf aufmerksam gemacht, dass daher grundsätzlich nur noch ein teilweiser Erlass der Sanktion nach Art. 12 SVKG in Frage komme.

31. Am 6. August 2008 gab Agility eine weitere umfangreiche mündliche Aussage zu Protokoll und reichte insgesamt 5 Bundesordner Beweismittel ein. Agility hat im weiteren Verlauf der Untersuchung uneingeschränkt kooperiert und dabei auf – das für Selbstanzeigen mögliche – korrespondenzlose Verfahren verzichtet und ihre Eingaben in schriftlicher Form eingegeben. Erwähnenswert ist weiter, dass Agility im Rahmen der Akteneinsicht in ihr Selbstanzeigedossier auf die Bereinigung von Geschäftsgeheimnissen verzichtet und den damit zusammenhängenden Aufwand des Sekretariates erheblich reduziert hat.

A.2.5 Ausweitung der Untersuchung

32. Im Anschluss an die Selbstanzeige von Agility (Rz 30) am 3. Juli 2008 wurde die Untersuchung am 10. Juli 2008 auf Agility ausgeweitet.

A.2.6 Befragung der Mitglieder von Spedlogswiss

33. Am 1. und 2. Dezember 2008 versandte das Sekretariat Auskunftsbegehren an alle Mitglieder von Spedlogswiss, mit Frist bis zum 30. Januar 2009. Durch diese Befragung sollte eruiert werden, welche Wirkungen die Empfehlungen von Spedlogswiss in den von der Untersuchung betroffenen Bereichen gezeitigt hatten.

34. Achtzig der angeschriebenen Speditionsunternehmen waren dem Auskunftsbegehren auch mehrere Monate nach Fristablauf nicht nachgekommen, weshalb das Sekretariat am 16. September 2009 den säumigen Unternehmen Mahnungen zustellte mit der Aufforderung, den Fragebogen bis am 1. Oktober 2009 zu beantworten.

35. Am 2. Dezember 2009 versandte das Sekretariat zweite Mahnungen an 20 Speditionsunternehmen, welche den Fragebogen immer noch nicht retourniert hatten. Das Sekretariat wies die säumigen Speditionsunternehmen in der zweiten Mahnung darauf hin, dass eine kostenpflichtige Auskunftsverfügung erlassen werde, sollten sie den Fragebogen nicht bis zum 17. Dezember 2009 beantworten. Anfang Januar 2010 waren elf Speditionsunternehmen trotz zweiter Mahnung dem Auskunftsbegehren noch nicht nachgekommen. Das Sekretariat kontaktierte diese Unternehmen schliesslich telefonisch und forderte sie nochmals auf, den Fragebogen zu beantworten. Bis auf vier Speditionsunternehmen kamen alle dieser Aufforderung nach.

36. Am 16. Juni 2010 erliess die Wettbewerbskommission eine Auskunftsverfügung gegen die Unternehmen Terramare SA, Hoyer (Svizzera SA), Progress Transport SA und RDV SA (Star Logistique) mit der Aufforderung zur Beantwortung des Fragebogens bis zum 16. Juli 2010. Am 19. Juni 2010 erhob Terramare SA Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht gegen die mit der Auskunftsverfügung verbundenen Kosten von CHF 800.-. Den Fragebogen hingegen beantwortete die Terramare (Eingang beim Sekretariat am 24. August 2010). Mit Urteil vom 23. Februar 2011 wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde der Terramare ab.³⁵

A.2.7 Akteneinsicht und Datensichtung

37. Mit Schreiben vom 18. Mai 2011 liess das Sekretariat den Parteien ein aktualisiertes Aktenverzeichnis der Akten des Untersuchungs dossiers „22-0362“ zukommen und kündigte an, dass ab Mitte Juni 2011 Einsicht in die um Geschäftsgeheimnisse bereinigten Akten genommen werden könne. Im gleichen Schreiben kündigte das Sekretariat an, dass ab Mitte Juli 2011 die beschlagnahmten elektronischen Daten gesichtet würden, und informierte die betroffenen Parteien darüber, dass sie über die Möglichkeit verfügen, anlässlich der Datensichtung anwesend zu sein.

38. Die Akteneinsicht in das Untersuchungs dossier „22-0362“ erfolgte dann in der Form, dass in der Zeitperiode Juli–August 2011 die digitalisierten Untersuchungsakten auf einem gesicherten Webserver des Bundes zum Download bereitgestellt und den Parteien das dafür notwendige Passwort mitgeteilt wurde.

³⁵ Urteil des BVGer B-4497/2010 vom 23. Februar 2011, *Terramare/WEKO*.

39. Die Sichtung der elektronischen Daten fand an folgenden Terminen statt: Deutsche Bahn: 4.–8. Juli 2011; Panalpina: 25.–29. Juli 2011; Kühne + Nagel: 18. Juli/2.–5. August 2011 und Spedlogswiss: 8.–12. August 2011. Als Ergebnis erstellte das Sekretariat für jede Partei einen elektronischen Bericht der Datensichtung, in welchem die nach Auffassung des Sekretariates untersuchungsrelevanten Unterlagen aufgeführt und in elektronischer Form hinterlegt sind. Anlässlich der Sichtung der Daten hat Kühne + Nagel zum Schutz des Anwaltsgeheimnisses die Versiegelung von sechs Dokumenten verlangt. Das Sekretariat hat nach einer summarischen Sichtung diese Dokumente versiegelt und ein Versiegelungsprotokoll erstellt. Nachdem Kühne + Nagel und das Sekretariat ihre Rechtsauffassungen zum Umfang des Anwaltsgeheimnisses im Zusammenhang mit den konkreten Dokumenten ausgetauscht hatten, zog Kühne + Nagel ihre Einsprache bezüglich vier Dokumenten zurück. Hinsichtlich der zwei weiterhin versiegelten Dokumente verzichtete das Sekretariat auf die Einleitung eines Entsiegelungsverfahrens beim Bundesstrafgericht.

40. Mit Schreiben vom 24. November 2011 informierte das Sekretariat die Parteien darüber, dass sie ab Anfang Dezember 2011 die Möglichkeit hätten, in die Selbstanzeigedossiers Einsicht zu nehmen. Dabei wurde für die Einsichtnahme folgendes Vorgehen kommuniziert: (1) Einsicht in die Protokolle der mündlichen Aussagen nur vor Ort in den Räumlichkeiten des Sekretariates, wobei jegliche Art der Reproduktion von Dokumenten (z.B. Kopieren, Fotografieren etc.) untersagt wurde. Zulässig waren hingegen das Erstellen von Notizen sowie das Abdiktieren oder Abschreiben der Protokollaussagen. (2) Einsicht in die umfangreichen Beilagen zu den Protokollaussagen in elektronischer Form durch Übergabe einer CD-Rom mit den entsprechenden Daten am Tag der Einsichtnahme. Schliesslich hatten die Parteien und ihre Rechtsvertreter (3) in einer sogenannten „Aufklärungsbestätigung und Einhaltungszusage“ zu erklären, dass sie über das oben dargestellte Vorgehen informiert wurden und sich an die Vorgaben halten würden. Weiter wurden die Parteien darauf hingewiesen, dass die elektronischen Daten nur zum Zweck der Verteidigung im schweizerischen Untersuchungsverfahren zur Verfügung gestellt wurden und eine Weitergabe der Dokumente an Dritte oder andere Behörden oder deren Verwendung in anderen Verfahren nur unter ausdrücklicher Zustimmung des Sekretariates erfolgen dürfe.

41. Die Parteien nahmen an folgenden Daten Einsicht in die Selbstanzeigedossiers: Panalpina: 7. Dezember 2011; Kühne + Nagel: 8., 9. und 12. Dezember 2011; Deutsche Post: 13., 19. und 21. Dezember 2011; Deutsche Bahn: 15., 21. und 27. Dezember 2011; Agility: 20. Dezember 2011, 4. und 6. Januar 2012; Spedlogswiss: 28. Dezember 2011. Somit konnten sämtliche Parteien Einsicht in alle beim Sekretariat vorhandenen Akten und Beweismittel nehmen, bevor anschliessend im Januar 2012 ein erstes Treffen zwischen den Parteien und dem Sekretariat hinsichtlich einer einvernehmlichen Regelung stattfand (vgl. sogleich unten).

A.2.8 Einvernehmliche Regelung (EVR)

42. Nachdem mehrere Parteien, darunter auch die beiden Unternehmen, welche keine Selbstanzeigen einge-

reicht hatten (Kühne + Nagel und Panalpina), mündlich ihr Interesse am Abschluss einer einvernehmlichen Regelung bekundet hatten, lud das Sekretariat mit Schreiben vom 24. November 2011 die Spediteure zu einem Treffen am 17. Januar 2012 ein.

43. Dieses Treffen fand dann am 17. Januar 2012 in den Räumlichkeiten des Sekretariates statt. Die Vertreter des Sekretariates legten den Parteien ihre rechtliche und ökonomische Einschätzung des Falles dar und erläuterten, weshalb sie eine unzulässige und sanktionierbare Wettbewerbsbeschränkung als gegeben erachteten (vgl. Art. 29 Abs. 1 KG). Das Sekretariat führte weiter aus, welche Möglichkeiten für den Abschluss einer EVR aus seiner Sicht offen stehen würden. Das Sekretariat räumte den Spediteuren Frist bis zum 31. Januar 2012 ein, um ihre grundsätzliche Bereitschaft zum Abschluss einer EVR auf der Grundlage der Ausführungen des Sekretariates zu äussern. Da von allen Spediteuren eine positive Rückmeldung eintraf, sandte das Sekretariat am 14. Februar 2012 einen ersten EVR-Entwurf an alle Spediteure und lud diese zu bilateralen Sitzungen ein. Diese fanden am 28. Februar (Panalpina), 1. März (Deutsche Bahn, Deutsche Post, Kühne + Nagel) und am 2. März 2012 (Agility) statt. Vor, während und auch nach den Treffen gaben die Spediteure zahlreiche Bemerkungen und Anregungen zum EVR-Entwurf ab. Am 15. März 2012 sandte das Sekretariat eine überarbeitete und finale Version der EVR den Spediteuren zur Unterzeichnung und Retournerung bis 30. März 2012 zu. Im Begleitschreiben zur EVR wies das Sekretariat die Spediteure explizit auf folgendes zentrale Element der Begründung des Antrages hin: *„Pro Memoria: Die Preisabrede, welche das Sekretariat im Antrag nachweisen will, besteht darin, dass zwischen den Spediteuren ein Konsens darüber vorhanden war, dass bei exogenen Kostenentwicklungen die Belastung von Gebühren und Zuschlägen an den Kunden gemeinsam besprochen und abgestimmt wurde. Im Einzelfall konnte die gemeinsame Lösung darin bestehen, dass ein exogener Kostenfaktor kollektiv zurückgewiesen wurde, oder dass in der einen oder anderen Form eine Weiterbelastung an den Kunden vereinbart wurde. Der Nachweis dieser Gesamtabrede wird im Wesentlichen dadurch erfolgen, dass das Verhaltensmuster anhand exemplarischer Gebühren aufgezeigt wird.“* Alle Spediteure retournernten vorbehaltlos eine unterschriebene EVR, so dass diese am 2. April 2012 auch durch das Sekretariat signiert und damit abgeschlossen werden konnte.

44. Mit Spedlogswiss fand das erste Treffen hinsichtlich EVR am 14. März 2012 statt. Anlässlich dieses Treffens wurde Spedlogswiss ein erster EVR-Entwurf abgegeben. Mit Eingabe vom 22. März 2012 nahm Spedlogswiss Stellung zum Entwurf. Die überarbeitete und finale Version der EVR wurde am 26. März 2012 an Spedlogswiss versandt mit Frist zur Unterzeichnung bis am 2. April 2012. Bereits am 29. März 2012 unterzeichnete Spedlogswiss die EVR, so dass das Sekretariat seinerseits die EVR mit Spedlogswiss zeitgleich mit den diversen EVR mit den Spediteuren, d.h. am 2. April 2012 unterzeichnen konnte.

45. Der Inhalt der EVR inklusive Vorbemerkungen wird unten in Abschnitt B.4.1, Rz 276 wiedergegeben.

A.2.9 Ausländische Verfahren

46. Die Schweiz ist nicht die einzige Jurisdiktion, in welcher die Verhaltensweisen der Luftfrachtspediteure Gegenstand kartellrechtlicher Verfahren war oder noch ist.

47. In den USA hat das Departement of Justice (DoJ) am 30. September 2010 ein „Plea Agreement“ mit sechs international tätigen Spediteuren geschlossen (EGL, Kühne + Nagel, Geologistics, Panalpina, Schenker und BAX). Gegenstand des Plea Agreements waren vier Gebühren im Bereich der Luftfrachtspedition, auf die auch im Rahmen dieser Verfügung eingegangen wird (AAMS, NES, PSS und CAF).³⁶

48. In Neuseeland wurde der „Freight forwarding case“ gegenüber sechs Luftfrachtspediteuren durch „Settlements“ mit der New Zealand Commerce Commission abgeschlossen. Im Dezember 2010 erfolgten die ersten Settlements mit EGL und Geologistics, weitere Settlements wurden im Juni 2011 mit BAX, Schenker und Panalpina abgeschlossen. Keine Einigung konnte mit Kühne + Nagel gefunden werden, so dass der „High Court“ über den Fall befinden wird. Das Verfahren ist derzeit noch hängig.³⁷ Gegenstand des Verfahrens waren drei Gebühren im Bereich der Luftfrachtspedition, auf die auch im Rahmen dieser Verfügung eingegangen wird (AAMS, NES und CAF).³⁸

49. In Europa erliess die EU-Kommission am 28. März 2012 eine Sanktionsverfügung gegen 14 internationale Spediteure (darunter auch alle Unternehmen, welche Adressaten des vorliegenden Verfahrens sind) wegen ihrer Beteiligung an vier Kartellen im Bereich der Luftfrachtspedition (bezüglich NES, AAMS, PSS und CAF). Die gesamte Bussensumme beträgt EUR169 Mio. Der Deutschen Post wurde die Geldbusse in Anwendung der Kronzeugenregelung vollständig erlassen, zu Reduktionen kam es unter anderem für die Deutsche Bahn und Agility.³⁹ Gegen die Verfügung und namentlich die Busshöhe wurden Rechtsmittel ergriffen, so dass sie nicht rechtskräftig ist.⁴⁰

50. Darüber hinaus sind in zahlreichen weiteren Ländern Verfahren eröffnet worden. Diese sind heute teilweise mit einem Entscheid (z.B. in Japan⁴¹) oder einer Einstellung (z.B. in Kanada, Australien) abgeschlossen worden, teilweise sind die Verfahren am Laufen (z.B. Brasilien, Südafrika).⁴²

A.2.10 Versand Antrag

51. Am 11. September 2012 sandte das Sekretariat den Parteien seinen Antrag zur Gewährung des rechtlichen Gehörs gemäss Art. 30 Abs. 2 KG zu. Das Sekretariat gewährte den Parteien Frist zur Stellungnahme zum Antrag bis 12. Oktober 2012.

A.2.11 Stellungnahmen der Parteien

52. Mit Schreiben vom 27. September 2012 hat *Spedlogswiss* noch innerhalb der ursprünglich angesetzten Frist Stellung genommen. *Spedlogswiss* gelangt zum Schluss, dass der Verband mit dem Inhalt des Antrages einverstanden ist. Insbesondere werde klar wiedergegeben, dass mit dem Abschluss der EVR ein Konsens gefunden werden konnte. Es sei *Spedlogswiss* sehr wichtig sicherzustellen, dass in allen Fachgremien wettbewerbsrechtlich korrekt gearbeitet werde.

53. In der Innert Frist nahm die Deutsche Post mit Schreiben vom 11. Oktober 2011 Stellung zum Antrag des Sekretariates. Zur Verringerung des Verfahrensaufwandes verzichtete die Deutsche Post auf eine einlässliche Stellungnahme. Dabei wies die Deutsche Post ausdrücklich darauf hin, dass dieser Verzicht unter dem Vorbehalt erfolge, dass darin keine Anerkennung der Sachdarstellung und der rechtlichen Würdigung der Wettbewerbsbehörden liege.

54. Den weiteren Parteien wurde auf deren Ersuchen hin die Frist zur Einreichung der Stellungnahme bis zum 12. November 2012 verlängert.

55. Mit Eingabe vom 12. November 2012 beantragt *Agility*:

- Die einvernehmliche Regelung sei zu genehmigen;
- die Sanktion sei höchstens auf den Minimalbetrag gemäss Vorbemerkungen zur einvernehmlichen Regelung festzusetzen;⁴³
- die Verfahrenskosten seien unter Berücksichtigung der Beiträge der Selbstanzeiger auf alle Verfahrensbeteiligten, eingeschlossen *Spedlogswiss*, zu verlegen;
- *Agility* sei von der WEKO vor dem Entscheid anzuhören.

56. Zur Begründung der Anträge macht *Agility* insbesondere geltend, dass die heutige Schweizer *Agility* Konzerngesellschaft erst im Juli 2006 durch die *Agility* Gruppe übernommen worden sei. Diese heutige Schweizer

³⁶ Vgl. die Pressemitteilung des DoJ: „Six international freight forwarding companies agree to plead guilty to criminal price-fixing charges“, www.justice.gov/atr/public/press_releases/2010/262791.htm (06.09.2012). Die Unternehmen haben sich einverstanden erklärt, folgende Bussen zu zahlen: EGL, USD 4.4 Mio.; Kühne + Nagel, USD 9.8 Mio.; Geologistics, USD 0.7 Mio.; Panalpina, USD 11.9 Mio.; Schenker, USD 3.5 Mio.; und BAX Global, USD 19.7 Mio.

³⁷ Vgl. die Pressemitteilung der New Zealand Commerce Commission vom 1. Juni 2012: <http://www.comcom.govt.nz/business-competition-media-releases/detail/2012/important-win-on-jurisdiction-issue-for-commerce-commission-in-freight-forwarding-case> (06.09.2012). Die Unternehmen haben sich einverstanden erklärt, folgende Bussen zu zahlen: EGL, NZD 1.5 Mio.; Geologistics, NZD 2.5 Mio.; BAX, NZD 1.4 Mio.; Schenker, NZD 1.1 Mio.; und Panalpina, NZD 2.7 Mio.

³⁸ Vgl. die Pressemitteilung der New Zealand Commerce Commission vom 14. Juni 2011 <http://www.comcom.govt.nz/business-competition-media-releases/detail/2011/5-2-million-in-new-penalties-for-price-fixing-in-freight-forwarding-industry> (06.09.2012).

³⁹ Vgl. die Pressemitteilung der EU-Kommission vom 28. März 2012 (IP/12/314)

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/12/314&format=HTML&aged=1&language=DE&guiLanguage=de> (07.09.2012).

⁴⁰ Vgl. die Beschwerden im Official Journal (OJ) vom 28. Juli 2012 (2012/C 227/50 und 53), vom 4 August 2012 (2012/C 235/35) und vom 11. August 2012 (2012/C 243/49, 50 und 52).

⁴¹ Vgl. www.jftc.go.jp/en/pressreleases/uploads/2009-Mar-18.pdf (07.09.2012).

⁴² Vgl. Auch die Übersicht im Jahresbericht 2011 von Panalpina: http://panalpina.nsp-reports.ch/11/ar/annual_report/financial_statements_2011_panalpina_world_transport_holding_ltd/notes_to_the_financial_statements/22_pending_legal_claims.htm (07.09.2012).

⁴³ Für *Agility* beträgt dieser Wert CHF [...].

Gruppengesellschaft habe vor Juli 2006 im Schweizer Markt keine andere Stellung inne gehabt als diejenigen grossen Schweizer Marktteilnehmer im Speditions-geschäft, welche im Antrag als ausserhalb der Gesamtabrede qualifiziert worden seien. Unter dem Blickwinkel der Gleichbehandlung sei folglich die vom Sekretariat vorgenommene Zuweisung von Agility zu den Marktteilnehmern innerhalb der Gesamtabrede nicht verständlich. Weiter bringt Agility vor, der im Rahmen der Sanktionsberechnung beantragte Basisbetrag von 6 % sei im Vergleich zur bisherigen Praxis der WEKO zu hoch angesetzt, insbesondere weil keine konsequente Umsetzung erfolgt sei. Schliesslich seien sämtliche Aussagen im Antrag über angebliche Gewinne oder übermässige Weiterverrechnung von Gebühren oder Zuschlägen zu streichen, da diese Aussagen nicht auf einer abschliessenden Sachverhaltsermittlung basieren würden und gleichzeitig die Beteiligten dem Risiko zivilrechtlicher Schadenersatzansprüche aussetzen würde. Auf diese sowie die weiteren Vorbringen von Agility wird – sofern erforderlich – im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

57. Die *Deutsche Bahn* beantragt in ihrer Stellungnahme vom 12. November 2012:

- Der Verfügungsentwurf sei entsprechend den in der Stellungnahme enthaltenen Erwägungen zu kürzen, zu präzisieren und die Ausführungen zur Gesamtabrede seien an die EU-Entscheidung anzugleichen;
- der Basisbetrag der Sanktion sei auf 5 % festzusetzen;
- die Verfahrenskosten seien anteilmässig sämtlichen Verfügungsadressaten, inklusive Spedlogswiss, aufzuerlegen;
- Es sei eine Anhörung („Hearing“) der Unternehmen vor der WEKO durchzuführen.

58. Zur Begründung der Anträge macht die *Deutsche Bahn* namentlich geltend, die Sachverhaltsdarstellung bringe ungenügend zum Ausdruck, (1) dass Schenker gewisse Gebühren oder Zuschläge nicht oder nur teilweise habe durchsetzen können, (2) dass Schenker an diversen grundlegenden Treffen und Telefonkonferenzen gar nicht teilgenommen habe und (3) blende der Antrag zu Unrecht aus, dass sich Schenker bezüglich AAMS-Gebühr, SCF, SFA, PSS, CAF und NES nicht mit Konkurrenten abgestimmt habe. In rechtlicher Hinsicht wird vorgebracht, es liege keine international organisierte, koordinierte und überwachte Gesamtabrede über die Weiterbelastung sämtlicher exogener Kostenfaktoren vor. Es sei vielmehr von einzelnen, voneinander unabhängigen „single and continuous infringements“ bezüglich der internationalen Luftfrachtgebühren auszugehen. Einen Zusammenhang von internationalen und nationalen Luftfrachtgebühren existiere nicht und Schenker sei im relevanten Zeitraum nicht im Fachbereich Air von Spedlogswiss vertreten gewesen. Die Ausführungen zu den Auswirkungen seien zu absolut formuliert, zumal diese in der Untersuchung nie richtig abgeklärt worden seien. Auf diese sowie die weiteren Vorbringen der Deutschen Bahn wird – sofern erforderlich – im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

59. *Kühne + Nagel* bringt in ihrer Stellungnahme vom 12. November 2012 vor, die Antragsbegründung enthalte zahlreiche Aussagen, Wertungen und rechtliche Erörterungen, denen nicht vorbehaltlos zugestimmt werden könne. Zudem sei die Antragsbegründung umfangreicher und detaillierter als es in Anbetracht des Vorliegens einer EVR notwendig sei. Da Kühne + Nagel trotz Abschluss der EVR die Sachverhaltsdarstellung und rechtliche Würdigung nicht anerkenne, beschränke sich Kühne + Nagel in der Stellungnahme auf die besonders wichtigen Punkte, die von den Wettbewerbsbehörden ohne unverhältnismässigen Aufwand berücksichtigt werden könnten. Kühne + Nagel beantragt, (1) dass ihre Kommentare und Änderungsvorschläge in der finalen Entscheidbegründung berücksichtigt werden und (2), dass Kühne + Nagel durch die WEKO mündlich angehört wird.

60. Kühne und Nagel hält in der Begründung ihrer Anträge fest, dass die Gesamtabrede zu weit gefasst sei. Es werde der unzutreffende Eindruck erweckt, dass sich die international tätigen Spediteure darauf verständigt hätten, weltweit sämtliche neuen exogenen Kostenfaktoren an die Kunden weiterzugeben. Es sei daher in der Entscheidbegründung klarzustellen, dass Existenz und Umfang der Gesamtabrede nicht erwiesen sei. [...]. Auf diese sowie die weiteren Vorbringen der Kühne + Nagel wird – sofern erforderlich – im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

61. *Panalpina* stellt in ihrer Eingabe vom 12. November 2012 folgende Anträge:

- Die Entscheidbegründung sei derart zu redigieren, dass nicht der Eindruck entstehe, es habe sich beim vorgeworfenen Verhalten um eine globale, zentral gesteuerte, umfassende Abrede über zahlreiche, auch nicht namentlich genannte, Gebühren und Zuschläge gehandelt. Sodann sei die erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung nicht quantitativ mit deren Auswirkung, sondern rein qualitativ mit deren Eignung zu begründen;
- Eventualiter, falls das Sekretariat an der Darstellung der Gesamtabrede und der Wettbewerbsbeeinträchtigung festhalten sollte, sei eine Anhörung der Parteien anzusetzen, um diesen die Möglichkeit zu geben ihre Bedenken nochmals darzulegen;
- Der Basisbetrag von 6 % sei angemessen zu reduzieren. Ebenso seien die umfangreichen globalen Compliance-Bemühungen von Panalpina als mildernder Umstand aufzuführen.

62. Im Rahmen der Begründung ihrer Stellungnahme führt Panalpina aus, dass sie an der EVR festhält. Allerdings sei der im (zu langen) Antrag verwendete Begriff und Gehalt der Gesamtabrede zu weit gefasst. Es entstehe der Eindruck die beteiligten Unternehmen hätten global und zentral systematisch die Behandlung von Kostenfaktoren durch Gebühren und Zuschläge koordiniert, über die exemplarisch aufgeführten Gebühren und Zuschläge hinaus. Dies sei aber nicht der Fall gewesen. Vielmehr habe sich das Verhalten in komplexeren Erscheinungsformen – in unterschiedlichen Regionen oder Ländern, in unterschiedlicher Zusammensetzung der

beteiligten Parteien, mit unterschiedlichen beteiligten Personen – ohne zentrale Koordination und ohne global einheitliches Verhaltensmuster manifestiert. Hinsichtlich der Erheblichkeit des Verhaltens macht Panalpina u.a. geltend, die Auswirkungen auf den relevanten Markt seien höchstens marginal gewesen. Schliesslich macht auch Panalpina geltend, dass die Verfahrenskosten auch der Spedlogswiss als Verband anteilmässig auferlegt werden sollten. Auf diese sowie die weiteren Vorbringen von Panalpina wird – sofern erforderlich – im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

63. Am 3. Dezember 2012 wurde ein Hearing vor der WEKO durchgeführt, an dem die Parteien, die einen entsprechenden Antrag gestellt hatten, mündlich ihren Standpunkt darlegen konnten. Jeder dieser Parteien (Agility, Deutsche Bahn, Kühne + Nagel und Panalpina) wurde Gelegenheit eingeräumt, eine mündliche Stellungnahme zum Fall abzugeben. Anschliessend stellten der Präsident sowie die weiteren Mitglieder der WEKO Fragen an die Parteien. Die Anhörungen wurden protokolliert und gleichentags durch die Parteien unterschrieben. Inhaltlich haben die Parteien im wesentlichen dieselben Argumente vorgetragen, die sie auch in ihren oben dargestellten schriftlichen Stellungnahmen vorgebracht haben. Auf die Vorbringen im Rahmen der Anhörungen wird – sofern erforderlich – im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

64. Das Kartellgesetz (KG)⁴⁴ 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).

65. 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).

66. Als Unternehmen können ohne Weiteres alle Spediteure qualifiziert werden. Aber auch Spedlogswiss fällt unter den Geltungsbereich des Kartellgesetzes. Spedlogswiss erbringt zwar keine Speditionsdienstleistungen, bietet jedoch seinen Mitglieder diverse kostenpflichtige Leistungen an. So können zahlreiche Drucksachen bei Spedlogswiss bezogen werden, etwa Formulare (z.B. Air Waybill), Leitfäden (z.B. Leitfaden Luftfrachtspektion) oder Bücher (z.B. „Geschichte der Spedition“).⁴⁵ Weiter bietet Spedlogswiss Aus- und Weiterbildungen an, etwa in der Form kostenpflichtiger Kurse und Seminare (z.B. Vorbereitungskurs für die eidg. Berufsprüfung als Zolldeklarant/in).⁴⁶ Schliesslich bietet Spedlogswiss auch IT-Dienstleistungen an: „Mit dem Produkt DATACENTER stellt SPEDLOGSWISS seinen Mitgliedern eine kostenpflichtige IT-Plattform zur Verfügung, welche den elektronischen Datenaustausch zwischen Spediteur und Kunde ermöglicht.“⁴⁷ Dabei können nicht nur Spediteure und Mitglieder von Spedlogswiss diese IT-Plattform nutzen, sondern auch Verlader (d.h. Kunden der Spediteure). Damit ist erstellt, dass Spedlogswiss Güter und Dienstleistungen anbietet und als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren ist.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

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

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

B.3 Unzulässige Wettbewerbsabrede über die Festsetzung von Preisen

69. 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

B.3.1.1 Grundlagen

70. 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).

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

72. Zu beachten ist dabei, dass gemäss dem gesetzlichen Wortlaut sowie der Praxis des Bundesgerichts und der WEKO nicht nur Vereinbarungen, sondern auch aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen als Abreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG gelten.⁴⁸ Die abgestimmte Verhaltensweise muss vom blossen Parallelverhalten abgegrenzt werden, welches

⁴⁴ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

⁴⁵ Vgl. www.spedlogswiss.ch > Dienstleistungen > Produkte und Preise (11.06.2012).

⁴⁶ Vgl. www.spedlogswiss.ch > Bildung (11.06.2012).

⁴⁷ www.spedlogswiss.ch > Datacenter (11.06.2012).

⁴⁸ Vgl. BGE 129 II 18, 26 f. E. 6.3 m. w. H. (= RPW 2002/4, 737 E. 6.3) *Buchpreisbindung*; vgl. auch ausführlich RPW 2010/4, 736 Rz 175 ff., *Baubeschläge* sowie RPW 2010/4, 659 f. Rz 96 ff., *Hors-Liste*.

nicht unter das Kartellgesetz fällt. Ein solches liegt vor, wenn Unternehmen spontan gleich oder gleichförmig reagieren oder sich wechselseitig nachahmen. Demgegenüber ist für eine abgestimmte Verhaltensweise ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken beziehungsweise ein Mindestmass an Verhaltenskoordination vorausgesetzt. „Die Wettbewerbsteilnehmer müssen bewusst die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten lassen.“⁴⁹

B.3.1.2 Gesamtabrede

73. Im vorliegenden Fall verhält es sich so (wie nachfolgend unter Rz 76 ff. detailliert nachgewiesen wird), dass sich das Verhalten der international tätigen Spediteure nicht darauf beschränkt hat, sich bezüglich einer einzigen Gebühr oder eines einzigen Zuschlags zu koordinieren, sondern dass sich ein eigentliches Verhaltensmuster entwickelt hat bzw. ein Konsens unter den Spediteuren bestand, dass beim Auftreten von neuen gemeinsamen exogenen Kostenfaktoren für die Luftfrachtspedition der Umgang mit diesen und gegebenenfalls deren Weitergabe an den Kunden koordiniert werden sollte. Im Bereich der Gebühren und Zuschläge ist als Prinzip die Zusammenarbeit teilweise an die Stelle des Wettbewerbs getreten.

74. Grundsätzlich wäre es möglich, bezüglich jeder einzelnen Gebühr und jedes einzelnen Zuschlages zu klären, ob diese jeweils für sich alleine Gegenstand einer unzulässigen Wettbewerbsabrede sind. Wie allerdings bereits der EuGH ausgeführt hat, wäre es „gekünstelt“, ein durch ein einziges Ziel gekennzeichnetes kontinuierliches Verhalten zu zerlegen und darin mehrere selbstständige Zuwiderhandlungen zu sehen.⁵⁰ In der europäischen Praxis und Rechtsprechung werden regelmässig die innerhalb komplexer Organisationen zu dem gleichen Zweck getroffenen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen als „*einheitliche und fortgesetzte Zuwiderhandlungen*“ qualifiziert.⁵¹ Aber auch der schweizerischen Praxis ist es nicht fremd, mehrere Verhaltensweisen als Gesamtheit zu betrachten und als solche unter den Abrededebegriff von Art. 4 Abs. 1 KG zu subsumieren. So hat etwa die WEKO in der Untersuchung „Markt für Schlachtschweine – Teil B“ Folgendes ausgeführt: „*Allerdings sind die beschriebenen wöchentlich betriebenen Verhaltensweisen (Schweinebörsen, Telefonkonferenzen, Publikation der Schlachtschweinepreise) in ihrer Gesamtheit als abgestimmte Verhaltensweisen und damit ebenfalls als Wettbewerbsabreden im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG zu qualifizieren. [...] Gerade dieses Bestreben, einen aus Sicht der Schweinelieferanten ‚marktgerechten‘ Preis zu erzielen zeigt, dass die von den Schweinelieferanten initiierten Verhaltensweisen bezwecken, den Schlachtschweinepreis zu ihren Gunsten zu beeinflussen*“.⁵² Diese Passage macht deutlich, dass es der mit den Verhaltensweisen verfolgte einheitliche Zweck ist, welcher dazu führt, dass von einer Gesamtabrede ausgegangen werden kann. Von einer Gesamtabrede ist faktisch auch im Fall „Strassenbeläge Tessin“ ausgegangen worden, in dem das im Rahmen einer Konvention vereinbarte, über mehrere Jahre betriebene Rotationskartell der Unternehmen in seiner Gesamtheit beurteilt und nicht in zahlreiche Einzelabreden aufgesplittet wurde.⁵³ Diese Vorgehensweise

wurde durch das Bundesverwaltungsgericht gutgeheissen, welches festhielt, es sei von einem „Dauer-Submissionskartell“ auszugehen.⁵⁴ Weiter hielt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass Unternehmen „mit der Teilnahme an den wöchentlichen Sitzungen ihr Interesse gezeigt haben, der Konvention auf Grundlage eines ‚Gentlemen’s Agreement‘ beizutreten“.⁵⁵ Diese Passage macht deutlich, dass einem mittel- bis langfristigen Kartell auch beigetreten werden kann, oder mit anderen Worten, dass die an einem solchen Kartell teilnehmenden Unternehmen wechseln können, ohne dass dadurch das Kartell an sich in Frage gestellt würde bzw. jedes Mal bei einer Änderung der Teilnehmer von einer neuen Abrede ausgegangen werden müsste.

75. Bei einer Gesamtabrede, welche über längere Zeit andauert, können im Laufe der Zeit nicht nur die Teilnehmer ändern, es kann auch sein, dass diese Teilnehmer unterschiedlich stark engagiert sind oder unterschiedliche Rollen einnehmen. Die divergierenden Interessen der Kartellmitglieder können weiter dazu führen,

⁴⁹ BGE 129 II 18, 26 f. E. 6.3 m. w. H. (= RPW 2002/4, 737 E. 6.3) *Buchpreisbindung*.

⁵⁰ Urteil des EuGH vom 8.7.1999 C-49/92 P *Kommission/ANIC Partecipazioni*, Slg. 1999 I-4125 (*Polypropylen-Fall*) Rz 81 f.; Urteil des EuGH vom 1.7.2004 C-204/00 P *Aalborg Portland/Kommission*, Slg. 2004 I-123, Rz 259 (*Zement-Fall*).

⁵¹ Auf Englisch wird der Terminus des „*single complex and continuous infringement*“, kurz „*SCC*“ verwendet, teilweise auch nur „*single and continuous infringement*“ oder „*single, overall agreement*“. Zuweilen wird auch von „*Global Cartel*“ bzw. „*Gesamtkartell*“ gesprochen. Vgl. zur europäischen Rechtsprechung neben den bereits in Fn 50 zitierten Entscheiden weiter: Urteil des EuGH vom 1.7.2010 C- 407/08 P *Knauf Gips KG/Kommission*, Rz 45 ff.; Urteil des EuG vom 16.6.2011 T-211/8 *Putters/Kommission*, Rz 31 ff. (*Umzugsdienste nach Belgien*); Urteil des EuG vom 24.3.2011 T-385/06 *Aalberts Industries u.a./Kommission*, Rz 71 ff.; Urteil des EuG vom 8.6.2008 T- 53/03 *BPB/Kommission*, Slg. 2008, II- 1333, Rz 246 ff.; Urteil des EuG vom 14.12.2006 T- 259/02 bis T- 264/02 und T- 271/02 *Raiffeisen Zentralbank Österreich*, Rz 189 ff. (*Lombardt-Fall*). Vgl. zur Praxis der EU-Kommission: KOMM, Entscheidung (Settlement) vom 7.12.2012 (COMP/39600) *Refrigeration compressors*, Rz 38 ff.; KOMM, Entscheidung vom 12.10.2011 (COMP/39482) *Exotic fruits (bananas)*, Rz 402 ff.; KOMM, Entscheidung vom 8.12.2010 (COMP/39.309) *LCD*, Rz 274 ff.; KOMM, ABl. 1999 L 24/1, Rz 131, *Fernwärmetechnik-Kartell*; KOMM, ABl. 1994 L 239/14, Rz 32, *PVC II*; KOMM, ABl. 1986 L 230/1, Rz 81, *Polypropylene*. Vgl. aus der Literatur: HERMANN-JOSEF BUNTE, in: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht (Bd. 2), Langen/Bunte (Hrsg.), 11. Aufl., Köln 2010, Art. 81 Rz 48; JONATHAN FAULL/ALI NIKPAY, *The EC Law of Competition*, 2. Aufl., Oxford 2007, Rz 8.494 ff.; RICHARD WHISH/DAVID BAILEY, *Competition Law*, 7. Aufl., Oxford 2012, 102 ff.; BELLAMY & CHILD, *European Community Law of Competition*, Roth/Rose (Hrsg.), 6. Aufl., Oxford 2008, Rz 2.052; JULIAN JOSHUA, *Single continuous infringement of article 81 EC: has the commission stretched the concept beyond the limit of its logic?*, in: *European Competition Journal* 451 ff., frei erhältlich unter: <http://www.biicl.org/files/4360_single_continuous_infringement_of_article_81_ec_2_.pdf> (25.06.12), welcher auch auf das dem SCCI zu Grunde liegende amerikanische Konzept der „*conspiracy*“ eingeht.

⁵² RPW 2004/3, 739 Rz 41, *Markt für Schlachtschweine – Teil B*.

⁵³ RPW 2008/1, 95 ff. Rz 81 ff., *Strassenbeläge Tessin*. Dem Sekretariat lagen für den Zeitraum von Januar 1999 bis Dezember 2003 insgesamt 209 Tabellen vor, welche die Auftragszuteilung anlässlich von Sitzungen dokumentierten, die wöchentlich durchgeführt wurden.

⁵⁴ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 382 E. 9.1.1, *Strassenbeläge Tessin*.

⁵⁵ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 379 E. 6, *Strassenbeläge Tessin*.

dass kein vollständiger Konsens über sämtliche Teilaspekte des Kartells zustande kommt. Die eine oder andere Partei kann etwa Vorbehalte zu bestimmten Gesichtspunkten der Abrede haben und dennoch am Gesamtunterfangen festhalten. Ausserdem kann es sein, dass die Kartellmitglieder die einzelnen Bestandteile der Abrede unterschiedlich konsequent umsetzen, es ist sogar denkbar, dass es zu internen Konflikten kommt und einzelne Mitglieder zeitweise die Umsetzung aussetzen, um andere Kartellmitglieder zu konkurrenzieren. Schliesslich ist es nicht aussergewöhnlich, dass die Abrede über die Zeit weiterentwickelt, gestärkt oder an neue Gegebenheiten angepasst wird. Keiner dieser Faktoren führt dazu, dass nicht von einer Gesamtabrede auszugehen wäre, sofern ein einheitlicher und fortdauernder Zweck bejaht werden kann. Ist dies der Fall, so können die an der Gesamtabrede teilnehmenden Unternehmen zur Verantwortung gezogen werden, auch wenn sie nachweislich nicht an allen Bestandteilen der Gesamtabrede unmittelbar mitgewirkt haben.⁵⁶

B.3.1.3 Die Gesamtabrede im Bereich der Luftfrachtspedition

76. Im Bereich der Luftfrachtspedition haben sich die international tätigen Luftfrachtspediteure über längere Zeit hinsichtlich der Belastung von Gebühren und Zuschlägen gegenüber den Kunden koordiniert. Dabei wurden zahlreiche komplementäre Instrumente eingesetzt, etwa multilaterale Treffen der internationalen Luftfrachtspediteure auf nationaler und internationaler Ebene, Koordination im Rahmen von nationalen und internationalen Verbänden sowie zahlreiche Kontakte per E-Mail oder Telefon. Ziel der Gesamtabrede war es neu auftretende exogene Kostenfaktoren gemeinsam zu erörtern und sich über deren allfällige Weiterbelastung an die Kunden zu koordinieren. Die Gesamtabrede wird nachfolgend anhand mehrerer exemplarischer Gebühren nachgewiesen. Dabei ist zu beachten, dass nicht alle Untersuchungsadressaten an der Koordination sämtlicher aufgeführten Gebühren gleichermassen beteiligt waren, was aber – wie oben erwähnt – für den Nachweis einer Gesamtabrede auch nicht erforderlich ist. Die exemplarischen Gebühren belegen hinreichend, nach welchem Verhaltensmuster die Spediteure vorgegangen sind. Der exemplarische Charakter bringt es aber mit sich, dass die Erwähnung einer Gebühr nicht bedeutet, dass jede der Verfahrensbeteiligten der vorliegenden Untersuchung bezüglich jeder dieser Gebühren, sei es an deren Festlegung und/oder Umsetzung beteiligt war. Zudem gilt es zu beachten, dass die nachfolgende Analyse ausschliesslich aus Sicht der schweizerischen Behörde, unter Beurteilung der sich in der Schweiz auswirkenden Sachverhaltselemente und auf der Grundlage des schweizerischen Rechts erfolgt.

77. Die Beschränkung auf eine exemplarische Darstellung der von der Gesamtabrede betroffenen Gebühren erscheint im vorliegenden Fall auch deshalb als hinreichend und angezeigt, weil eine einvernehmliche Regelung mit den Untersuchungsadressaten getroffen werden konnte. Es erscheint aus diesem Grund nicht erforderlich, alle möglicherweise von der Gesamtabrede betroffenen Gebühren und Zuschläge einzeln zu analysieren, zumal alle Gebühren und Zuschläge denselben relevanten Markt der internationalen Luftfrachtspedition

betreffen (vgl. unten Rz 200 ff.), so dass die vorgenommene Beschränkung keine Auswirkungen auf die Sanktionshöhe zeitigt (da der für die Bestimmung des Basisbetrags relevante Markt derselbe bleibt).

78. Nachfolgend wird zuerst auf die Gebühr für AAMS (Air Automated Manifest System) sowie die SCF (Surcharge Collection Fee) eingegangen, als Beispiele für Gebühren, die gleichzeitig auf mehreren Ebenen (national und international) koordiniert wurden. Am ausführlichsten wird dabei auf die AAMS-Fee eingegangen, da sich bei dieser Gebühr die Vernetzung zwischen den verschiedenen Ebenen sowie die Motive für diese Gebühr musterhaft aufzeigen lassen. Anschliessend werden die schweizspezifischen Gebühren für SFA (Security Fee Agent) und E-Dec sowie die Einfuhrsteuerabfertigungsgebühr dargestellt. Zum Schluss wird noch auf folgende exemplarischen ausländischen Gebühren eingegangen: die PSS (Peak Season Surcharge), den CAF (Currency Adjustment Factor) und die Gebühr für das NES (New Export System). Bei der Darstellung der Gebühren werden zahlreiche Originaldokumente wiedergegeben, um einen unmittelbaren Eindruck der Vorkommnisse zu ermöglichen. Dabei fokussiert sich die Darstellung auf die grossen, international tätigen Luftfrachtspediteure. Es handelt sich dabei um die Luftfrachtspediteure, welche Adressaten der vorliegenden Untersuchung sind. Auf die möglicherweise auf nationaler Ebene bestehenden zusätzlichen Absprachen und die allenfalls daran beteiligten Unternehmen wird im Rahmen dieser Untersuchung nicht eingegangen.

B.3.1.3.1 AAMS-Gebühr

1. Begriffserklärung und Ausgangslage

79. Nach den Terroranschlägen vom 11. September 2001 haben die US-amerikanischen Zollbehörden die Sicherheitsanforderungen für die Gütereinfuhr in die USA verschärft. Im Jahr 2004 wurde das Automated Manifest System (AMS) eingeführt. Es handelt sich dabei um ein elektronisches System, welches die Transportgesellschaften und Luftfrachtspediteure benutzen müssen, um der U.S. Customs and Border Patrol (CBP) den Inhalt der in die Vereinigten Staaten importierten Frachtsendungen zu deklarieren. Dabei sind Informationen anzugeben wie Namen und Adresse des Absenders, ob der Absender dem Frachtführer bekannt ist, die Art der Verpackung sowie eine detaillierte schriftliche Beschreibung der Waren. AAMS steht für „Air Automated Manifest System“⁵⁷.

⁵⁶ So die konstante europäische Rechtsprechung und Praxis, vgl. hierzu die Nachweise in Fn 51.

⁵⁷ Vgl. http://www.cbp.gov/xp/cgov/trade/automated/automated_systems/ams/ (26.06.2012); Airfreight Glossary von Kühne + Nagel (http://www.knportal.com/fileadmin/user_upload/documents/airfreight/documents/Airfreight_Glossary_of_Terms.pdf [26.06.2012]). Dies zur Abgrenzung zu dem im Bereich der Seefracht bereits seit dem Jahr 2003 verwendeten „Sea Automated Manifest System“ (Sea-AMS).

80. Die Luftfrachtspediteure haben die Wahlmöglichkeit, entweder die Informationen betreffend den Inhalt der Frachtsendungen direkt an die Zollbehörden mittels AAMS zu liefern („Selbsteinreicher“) oder die Informationen an die Luftfrachtgesellschaften zu liefern, welche sodann die Informationen mittels AAMS übermitteln. Im ersten Fall entsteht beim Spediteur im Zusammenhang mit AAMS keine Zahlungsverpflichtung gegenüber dem Frachtführer. Im zweiten Fall muss er die Dienstleistung des Frachtführers entgelten, wobei dieses Entgelt je nach Frachtführer, Land oder Region variiert.

81. Die CBP verlangte die Verwendung des AAMS ab August 2004 für Flüge zur US-Ostküste, ab Oktober 2004 für Flüge in den mittleren Westen der USA und ab Dezember 2004 für Flüge zur US-Westküste.

2. Koordination der Luftfrachtspediteure hinsichtlich AAMS

82. Im Zusammenhang mit der Einführung von AAMS gab es auf internationaler Ebene eine Reihe von Kontakten zwischen Luftfrachtspediteuren. Diese Kontakte fanden sowohl im Rahmen von Fachverbänden als auch unabhängig von der Beteiligung von Fachverbänden statt. An diesen Kontakten – die v.a. in den Jahren 2003 und 2004 stattgefunden haben – waren alle wichtigen Luftfrachtspediteure beteiligt. Die Gespräche wurden ausgelöst durch die Besorgnis hinsichtlich der durch AAMS verursachten Kosten sowie technische Fragen (Erfüllbarkeit der Voraussetzungen).

a. Koordination im Rahmen des FFE/FFI

83. In Anbetracht der Komplexität der Probleme beschlossen die Luftfrachtspediteure, dass die Gespräche über den internationalen Verband FFE/FFI laufen sollten. Der Verband „Freight Forwarder Europe“ (FFE) wurde 1994 mit dem Ziel gegründet, die Geschäftsinteressen der grossen Speditionsunternehmen in Europa zu vertreten. Alle Verfahrensadressaten waren Mitglieder dieses Verbandes. Angesichts der globalen Ge-

schäftstätigkeit der Speditionsunternehmen wurde im Jahr 2004 beschlossen, dass sich der Verband nicht nur den europäischen, sondern den weltweiten Aktivitäten seiner Mitglieder widmen sollte. Dementsprechend wurde der Verband in „Freight Forward International“ umbenannt.

84. Von Anfang 2003 an wurden verschiedene Themen im Zusammenhang mit der Implementierung von AAMS im „Airfreight Committee“ und einer von diesem ins Leben gerufenen AAMS-Arbeitsgruppe besprochen. Unter anderem wurde ein gemeinsames Vorgehen gegen die Erhebung einer Gebühr durch die Frachtführer vereinbart sowie eine Einigung betreffend die Weiterverrechnung an die Kunden in der Form einer AAMS-Gebühr erreicht. Sämtliche Verfahrensadressaten verfügten über Vertreter im Airfreight Committee.

85. Im Rahmen eines internen Interviews erklärte [Name], der damalige Head of Airfreight bei [Luftfrachtspediteurin], dass es eine allgemeine Übereinkunft zwischen den Air Freight Heads innerhalb des FFE Air Freight Committees gab, dass im Zeitpunkt der Einführung des AMS-Systems im Jahr 2004 eine gewisse Minimumbandbreite für die AMS-Gebühr angewendet werden sollte. [Name] konnte sich daran erinnern, dass dieses Übereinkommen an die jeweiligen „Country Air Freight Heads“ in den verschiedenen Gesellschaften als Leitlinien zur Festsetzung ihrer lokalen AMS-Gebühren kommuniziert wurde. Er glaubt, dass diese Gebühr in einer Vielzahl von Ländern zudem auch von den Wettbewerbern auf lokaler Ebene diskutiert und in Übereinstimmung mit der allgemeinen Leitlinie vereinbart wurde. Diese Zusammenfassung des Verhaltens lässt sich durch zahlreiche Dokumente belegen:

86. Ein erstes Mal wurde die AAMS-Gebühr im Protokoll des Meetings des FFE Airfreight Committee vom 19. März 2003 in London erwähnt. Die Luftfrachtspediteure kamen in diesem Meeting zu folgenden Ergebnissen:

3. **FFE Secretariat also informed the group that Blfa (the UK national forwarder association) recommended to its members to forward all costs linked to implementation of 24h Manifest Rule on an export consignment to the US importers. Clecat and Fiata are still discussing this recommendation and have not an established opinion yet. FFE discussed this issue and agreed that customers should be charged for the additional costs faced by forwarders on the implementation of additional security measures.**

Action:

- **FFE agreed that:**
 1. **FFE should charge the customer for additional work load as result of the security measures but that the charges should go with the freight costs;**
 2. **FFE should not use the charges as commercial advantage;**
 3. **Once the charges have been set, FFE should inform the carriers that the charges should go with the freight and that charges should be charged only on houseairwaybill information.**

Abbildung 2

87. Aus dieser Passage geht hervor, dass sich die Luftfrachtspediteure darauf geeinigt haben, dass ein Zuschlag zur Deckung der Kosten für die Implementierung der AAMS erhoben werden soll und dass dieser Zu-

schlag nicht als Wettbewerbsinstrument verwendet werden sollte.

88. Ein weiteres Treffen des FFI Airfreight Committee fand am 24. März 2004 in Basel statt. Dem Protokoll dieses Treffens lassen sich keine Informationen hinsichtlich der AAMS-Gebühr entnehmen. Das nachfolgende

[Luftfrachtspediteurin]-interne Mail vom 6. April 2004 vom Head of Airfreight [Name], welcher an diesem Treffen teilgenommen hatte, gibt Auskunft weshalb:

AMS fee: it's clear to all that a fee needs to be charged per hawb# no \$ airline costs are to be accepted other than eventually higher messaging costs there where the airlines pay the messaging) for all shipments where information is sent to the carrier electronically. This is not reflected in the minutes as we are not supposed to talk pricings.

Abbildung 3

89. Das Mail bestätigt, dass anlässlich des Treffens sehr wohl über die AMS-Fee gesprochen und ein Konsens über die Belastung der Kunden mit einer AAMS-Fee gefunden wurde. Das Mail zeigt aber insbesondere auch auf, dass sich die Teilnehmer dieses Meetings durchaus

bewusst waren, dass sie sich nicht über Preise austauschen sollten, und daher diese Ergebnisse absichtlich nicht ins Protokoll aufgenommen haben.

90 Am FFE CEO-Meeting vom 5. Mai 2004 wurde hinsichtlich AAMS-Fee Folgendes im Protokoll festgehalten:

Action:

- o **AMS fees:** The CEO's have mandated the Airfreight Committee (AFC) to urgently make a proposal on how to deal with this issue towards the carriers i.e. clearly define FFI position and communicate it to the airlines as individual forwarder's positions as soon as possible.

Abbildung 4

91. Dieser Auszug belegt, dass bei den Luftfrachtspediteuren erstens auf CEO-Stufe Konsens darüber bestand, dass gemeinsam gegenüber den von den Frachtführern erhobenen Kosten vorgegangen werden sollte und zweitens, dass der gemeinsame Entschluss durch ein individuelles Kommunizieren der Luftfrachtspediteure verschleiert werden sollte.

92. Am 19. August 2004 fand eine Telefonkonferenz des FFI Airfreight Committees sowie der AAMS Task Force statt. Dabei informierten sich die die Luftfrachtspediteure gegenseitig über die von ihnen geplanten AAMS-Gebühren. Das Protokoll dieser Telefonkonferenz wurde den Teilnehmern am 23. August 2004 per E-Mail zugestellt und enthielt unter anderem folgende Passage:

- **Payment to Carriers**
 - All members report that instructions were given to the field not to enter any charge codes – there are only a few exception reports for small stations which were forced by the carriers to enter the codes – these issues are being addressed on corporate level
 - ██████████ reported that since they are not transmitting FHL2 until end of September they are paying EUR 8 or the equivalent to the carriers but have made it clear to them that they will stop to pay as soon as the FHL2 is being transmitted
- **Charging to customers**

The group is holding firm on charging to the customers. The fees vary from:

 - ██████████: EUR 10 or equivalent worldwide with the exceptions of Germany EUR 8 and Switzerland SFr 25
 - ██████████: EUR 12 or equivalent worldwide with the exceptions of Germany EUR 8 and Switzerland SFr 25
 - ██████████: Europe EUR 10-15 with the exception of Germany EUR 8 and Switzerland SFr 25 - Americas/Asia US 20
 - ██████████: Worldwide EUR 10 / USD 12.50 with some adaptations in certain markets
 - ██████████: Worldwide EUR 8 / USD 10 with some adaptations in certain markets
 - ██████████: Worldwide EUR 8 / USD 10 with some adaptations in certain markets
 - For Germany all the members are charging for all shipments to the USA and do not follow the phased in approach
- **Cases of non compliance**
 - It was reported that from customer side information was given that ██████████ and ██████████ are not charging their customers at all
 - The group has agreed to inform the members of the AFC in case they hear from the market that their company should apparently not charge to give them an opportunity to react
 - The whole fee structure will need to be addressed again during the Montreal Meeting when more information from the carrier as well as the customer side is known

Abbildung 5

93. Diesem Auszug lässt sich zunächst entnehmen, dass die Koordination hinsichtlich der Bezahlung an die Frachtführer durch die Mitglieder umgesetzt wurde. Weiter belegt das Protokoll, dass die Belastung einer AAMS-Fee an die Kunden vereinbart wurde. Die Übersicht über die Gebühren zeigt weiter auf, dass auch eine weitgehende Übereinstimmung hinsichtlich der Höhe der Gebühr zustande gekommen ist. Auffällig ist dabei auch die gleichartige Differenzierung der Gebühren, namentlich die Festlegung von Ausnahmeregeln für Deutschland und die Schweiz (auf das Zustandekommen dieser Beträge wird unten in Rz 101 ff. eingegangen). Zudem macht die Erfassung der „cases of non compliance“ deutlich, dass die Speditionsunternehmen die Einhaltung der Verrechnung der AAMS-Gebühr überwacht haben und dass zumindest unter den Mitgliedern des FFI Airfreight Committee vorgesehen wurde, dass bei Abwei-

chungen innerhalb der eigenen Unternehmung eine Information über und eine Reaktion auf die „non compliance“ erfolgen sollte.

b. Koordination durch bilaterale und multilaterale Kontakte

94. Die Tätigkeit innerhalb des FFE/FFI wurde flankiert durch zahlreiche bilaterale und multilaterale Kontakte. Eine abschliessende Darstellung aller Kontakte würde den Rahmen dieser Verfügung sprengen und ist zum Nachweis der Kontakte auch nicht notwendig. Nachfolgend werden einige besonders illustrative Beispiele wiedergegeben.

95. Die Vorteile einer gemeinsamen Vorgehensweise werden in einem bilateralen Mail auf Stufe CEO dargelegt:

Gleichzeitig sollten wir auch auf die sich abzeichnende Implementierung in der Luftfracht hinweisen. Hier wird man so gegen den Herbst zu Potte kommen und wir sprechen bei den erheblich h"heren Sendungsanzahlen von richtig viel Geld. Auch bezglich der angepeilten Ver„nderung des Volumen/Gewichtsverh„ltnisses ist es angezeigt so frh wie m"glich zu kommunizieren oder besser die Carrier zu motivieren nicht erst wieder ein paar Tage vorher damit zu kommen.

Natrlich anerkennen auch wir die Anti-Trust Problematik und Preisabsprachen sind nicht opportun. Wir pl„dieren jedoch dafr, dass man sich aber wenigsten darauf einigt, denn Markt ber entstehende Mehrkosten, verursacht durch Dritte e.g. Regierungen oder Carrier, frhzeitig und umfassend zu sensibilsieren.

Hier sehen wir ein echtes Thema fr die FFE.

Abbildung 6

96. Zu Beginn der Diskussionen über die Höhe der AAMS wurden zunächst Beträge diskutiert, welche wesentlich über den späteren AAMS-Gebühren lagen. In einem Interview sagte der Head of Airfreight von [Luftfrachtspediteurin] [Name] aus, zu Beginn der Diskussionen hätten andere FFI-Mitglieder Zuschläge in der Höhe von USD 40 vorgeschlagen. Er selbst habe die Diskus-

sion in Richtung USD/EUR 15–20 geleitet, da „er sicherstellen wollte, dass die von den Air Freight Committee Mitgliedern angewendete Gebühr auch ‚realistic‘ sei“. Dieser Umstand wird im nachfolgenden [Luftfrachtspediteurin]-internen Mailverkehr vom 9. Januar 2004 dokumentiert:

Subject: RE: AIR AMS

We have to be careful talking to competitors about pricing. In order to louch this issue I mentioned in the last FFI that we all should do this not for free and [REDACTED] is planning to implement a HAWB fee of E/\$ 15.-- to 20.--/ Hawb depending on final requirement and outcome of the implementation. My suggistion is to go for the 20.--/HAWB and we still can lower for special customers.

pls comment.

[REDACTED]
Head of Airfreight

Abbildung 7

97. Bemerkenswert am Text des E-Mails ist, dass im ersten Satz der Hinweis erfolgt, Gespräche mit Wettbewerbern über Preise seien problematisch, um dann nachfolgend zu erläutern, er habe im FFI die geplanten Preise kommuniziert. Dies ist zudem – wie oben erwähnt – mit dem Ziel geschehen, eine Koordination der Mitglieder zu erreichen, wie die Formulierungen in der „Wir“-Form („we“) aufzeigen.

98. Die Diskussionen innerhalb der Unternehmen sowie auch unter den Wettbewerbern geht aus folgendem E-Mail-Verkehr zwischen dem UK Air Freight Director [Name] und dem Head of Airfreight [Name] von [Luftfrachtspediteurin] hervor:

- Der Mailverkehr beginnt mit einer Anfrage vom 6. Juli 2004 von [UK Air Freight Director] an [Head of Airfreight]:

Subject: AAMS

Can you please give us a direction re the charge we should be levying for AAMS to USA when it is introduced?
On OFR, they charge a standard \$40 per entry.
I have spoken to colleagues from [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED] & [REDACTED]. Their consensus is to charge 25 Euros or equivalent from every European country.
Have we discussed with USA & are there any charges agreed?
Thanks and regards

- [Head of Airfreight] antwortet am 8. Juli 2004 wie folgt:

Subject: RE: AAMS

this is the highest figure I hear. and definitely not what I hear from [REDACTED] / [REDACTED]
I have from the carrier side only the idea from AF. We therefore decided to collect more info from the market and from the competitors and make a decision latest by the end of the month. What we need to do early next week is a letter informing the customers that there will be a charge to be defined.

- Schliesslich erwidert [UK Air Freight Director] am 12. Juli 2004:

I agree that a letter needs to be sent to all customers but would prefer to advise of the amount we will be charging. I firmly believe this cost should be the same worldwide to USA. I have rechecked with [REDACTED] and [REDACTED]. They will be charging 25 Euros per entry.
I will wait to send a letter to customers until I hear further from you.

Abbildung 8

99. Aus den E-Mails geht hervor, dass sowohl auf nationaler Ebene in England als auch auf internationaler Ebene die Höhe der AAMS-Gebühr mit Konkurrenten abgestimmt wurde.

100. Ein weiteres Beweisstück für die multilaterale Koordination der AAMS-Gebühr unter den grossen Luftfrachtspediteuren bildet das nachfolgende E-Mail vom 27. Juli 2004 vom CEO Europe [Name] von [Luftfrachtspediteurin] an weitere [Luftfrachtspediteurin]-Mitarbeiter, in welchem er das Ergebnis eines „conf call with our competitors“ wiedergibt:⁵⁸

⁵⁸ Erläuterungen: (1) Das erste Wort lautet [Ca]n und (2) „Ho“ bedeutet „Headoffice“. [Name] gab in den internen Interviews an, er habe die Kontakte mit Wettbewerbern in seinem E-Mail erfunden, um die unternehmensinternen Mitarbeiter in USA und Asien von der AAMS-Gebühr zu überzeugen. Vor dem Hintergrund, dass zahlreiche Kontakte während dieser Zeitperiode nachweislich stattgefunden haben, erscheint die Aussage nicht als glaubwürdig.

n re confirm the latest information from discussion after our conf call with our competitors

- 1/ they expect [REDACTED] to take the lead.
- 2/ The market in Europe looking at Eur 10.00 per HAWB.
- 3/ Europe/ top agent looking to pay Euro 2.00 per HAWB that carrier has full responsibility for any issues/fines.
- 4/ Ho need to have common statement from Top airlines global level

Top Eu agent have agreed the following.

Ad hoc Shpts/one off Euro 25 per shipment.
Medium /small (TLM traffic Eur 12.00 (USD 15.00) per HAWB> GCS/MNC top customers by customer Min Eur 5 per shipment no lower. level eur between 5 to 10 per HAWB.

Our Competition want to fully impose these level 13th August across the whole US not by region their Ho state the 13th launch extra money will cover their investment/It costs.

They don't want to roll out by LH letter/East coast etc.

Full charging all US shpts to US 13th August

[REDACTED] would concede this point to other agents in view of their Ho position.

Abbildung 9

c. Koordination auf nationaler Ebene

101. Das Thema AAMS wurde in der Schweiz im Rahmen des Fachbereichs Air von Spedlogswiss diskutiert, wobei bis auf einen [Luftfrachtpediteurin] sämtliche

Verfahrensadressaten in diesem Gremium vertreten waren. Es ist zu zwei Treffen des Fachbereichs Air am 17. März 2004 und 21. Juli 2004 gekommen. Anlässlich des ersten Treffens wurde unter Punkt 3 folgende Empfehlung formuliert:

Air-AMS: Die meisten Airlines sind bereit die HAWB/Manifestdaten zu übernehmen und nach USA zu übermitteln. Wichtig sind die genauen Warenbezeichnungen. Die Einführungsdaten (in drei Stufen, USA Ost, Mid, West) wurden neu festgelegt. Das VTR empfiehlt eine Gebühr von CHF 25.00 bei collect- und CHF 15.00 bei pre-paid Sendungen einzuführen. Publikation Angangs Juli 2004. Bis dann sollte auch die Strategie der Carrier

Abbildung 10

102. Anlässlich des Meetings vom 21. Juli 2004 wurde die Formulierung noch konkreter:

4. Air AMS, Gebühren der Agenten

Die von LX und im Anschluss daran von verschiedenen Airlines publizierten Tarife von CHF 0.00 bei direkter Uebermittlung der HAWB Daten Agent/US-Zoll, CHF 3.00 bei Uebermittlung via die Systeme der Airlines und CHF 12.00 ohne jede elektronische Uebermittlung wird generell nicht bestritten.

Kriterium ist die Möglichkeit/Anwendung des jeweiligen Agenten. Wir erklären den Carrier Vertretern, dass fehlende Infrastruktur auf Carrier Seite nicht zur Anwendung des hohen Tarifes führen kann.

Die Aufwände sind auch auf Agenten Seite gross. Die Einführung einer Gebühr für Datenübermittlung von CHF 25.00/Sendung wird beschlossen und den Mitgliedern dringend empfohlen, diese auch ausnahmslos zu verrechnen und nicht zum Price-dumping zu gebrauchen. Zirkular auf der Webpage verbreiten

Abbildung 11

103. In der Folge hat Spedlogswiss am 28. Juli 2004 das Bereichs Air herausgegeben: folgende Zirkular Nr. 314/2004 an die Mitglieder des

SPEDLOGSWISS

Zirkular Nr. 314/2004

An die Mitglieder des Bereichs Air

Basel, 28. Juli 2004

@spedlogswiss.com

AMS in der Luftfracht: Weiterverrechnung von Kosten

Sehr geehrte Damen und Herren

Durch die Einführung von Sicherheitsprogrammen in der Luftfracht, welche die elektronische Übermittlung der Sendungsdaten vorschreiben (sogenanntes Air-AMS (Air Automated Manifest System)), entsteht Mehraufwand. Dies insbesondere beim Spediteur, der die geforderten Informationen zusammenstellen sowie termingerecht übermitteln muss. Abhängig vom jeweiligen Land (im Moment nur USA) sind neue, auch lokale Fristen zu beachten. Sendungen, für welche die Daten und Dokumente unvollständig und nicht zeitgerecht abgegeben werden, riskieren, bei Ankunft nicht ausgeladen zu werden. Mit Einführung des Air-AMS müssen mehr und detaillierte Angaben aufbereitet und elektronisch an die amerikanischen Zollbehörden übermittelt werden. Durch die Weitergabe der Informationen an die Carriers (Airlines) kann der Spediteur nicht mehr in der bisher gewohnten treuhänderischen Art tätig sein. Zusätzlich entstehen ihm Mehraufwendungen durch ein System, das dem weltweiten Luftfrachtverkehr (nun erst mal durch die USA, andere Länder werden aber folgen) "auferlegt" wurde.

Aufgrund der Kalkulationen des Fachbereiches Air ist eine Weiterverrechnung dieser zusätzlichen Aufwendungen durchaus zulässig. Im Luftfrachtverkehr nach Ländern, welche das Air-AMS vorschreiben, bzw. im Transit durch ebensolche Länder, ist eine Weiterverrechnung für alle Lieferkonditionen ab 13. August 2004 (Ankunftsdatum) von mindestens CHF 25.- pro House Airwaybill an den Kunden gerechtfertigt. Auf der Rechnung kann dieser Betrag als "AMS-Fee" separat ausgewiesen werden.

Dieser Betrag sollte derzeit die entstandenen Kosten durch zusätzlichen Aufwand und die zusätzlich belasteten direkten Kosten von den Carriers abdecken. Der Fachbereich Air behält die Marktsituation im Auge und wird über eine allfällig neue Einschätzung berichten.

Mit freundlichen Grüßen

SPEDLOGSWISS
Verband schweizerischer Speditions- und Logistikunternehmen
 Im Namen des Vorsitzenden des Bereichs Air

Geschäftsstelle

Abbildung 12

104. Im Zirkular wird unverblümt die Zielsetzung formuliert, dass die durch AAMS verursachten Kosten an die Kunden „weiterverrechnet“ werden, wobei es sich bei der Weiterverrechnung allerdings nicht nur um eine Überwälzung der von den Frachtführern erhobenen Gebühren handelt (vgl. für deren Höhe oben Abbildung 11), sondern um die vom Fachbereich Air aufgrund des „Zusätzlichen Aufwands“ als „gerechtfertigt“ erachtete Gebühr von mindestens CHF 25.-- pro HAWB. Während das Zirkular als Empfehlung formuliert ist, geht aus dem Protokoll des Fachbereichs Air hervor, dass zumindest innerhalb des Gremiums ein Konsens über die Erhebung einer Gebühr von CHF 25.-- pro HAWB erreicht wurde

(„Die Einführung einer Gebühr [...] wird *beschlossen*“). Weiter wird im Protokoll auch festgehalten, dass die Gebühr nicht zum „Preisdumping“ gebraucht werden soll. Dies bedeutet nichts anderes, als dass diese Gebühr dem Preiswettbewerb entzogen werden soll.

105. Die nachfolgende interne Kommunikation zeigt die Bedeutung der im Rahmen von Spedlogswiss beschlossenen AAMS-Gebühr für die international tätigen Spediteure auf. Am 29. Juli 2004 fand eine [Luftfrachtspediteurin]-interne Telefonkonferenz der nationalen Heads of Airfreight statt, welche in einem Protokoll festgehalten wurde. Dabei sind folgende Passagen aus dem Protokoll von besonderem Interesse:

We needed to establish what the European countries / local market have earmarked and discussed, and what the key drivers behind these decisions are e.g Country Freight forwarders associations / key market players discussing "off line".

[...]

Input from countries (Freight prepaid)

BE: Local industry meeting was held a couple weeks ago however no decision was made as they wanted to see what the market does.

CH: The Swiss Freight Forwarders and Logistics Association published on 28 July that Swiss forwarders have agreed on a fee of CHF 25.00 per HB (approx 15.00 Euro)

DE: Due to tight market conditions EDI / FHL Euro 2 and for HB Euro 8 was suggested (all USA Destination 13 th Aug)

ES: It was decided that 10 - 12 Euro is achievable

GB: Major key market players (██████████ & ██████████) are indicating 10 GBP for all USA destinations as of 13 th Aug, ██████████ who have confirmed

that they will also be charging £10.00. Have also found out that ██████████, ██████████, ██████████ are refusing to pay the Airlines their fee because they are transmitting electronically.

FI: Local market / GSA waiting for their H/o instructions – suggested rate is 12 Euro per HB

IE: Local market seems to wait for ██████████ to take the lead - suggested rate of Euro 12 per HB

FR: France Freight forwarders has decided to apply a Min 4.00 Euro or 0.02 Euro per kg

The above fees are subject to local negotiation and exemptions.

See Attached list: Air AMS Fees

Action: Countries to feedback what Air AMS fee they will be able to achieve in their local market.

Deadline: 30 July 04: Respond to ██████████

[...]

Air Ams Euro Feedback	Currency	FHL 2 / EDI Messages	Per HB Hard copy	Flat Air AMS	Comments
Belgium	Euro			€ 12.00	Prepaid and collect busines
Denmark	Euro			€ 12.00	I have spoken to ██████████, ██████████ in Denmark
Estonia	Euro				
Finland	Euro			€ 12.00	No feedback
France	Euro			0.02 per kg	Add to our existing security charge MIN 4 Euro and 0.02 kg
Germany	Euro			€ 8.00	I have checked again with the major forwarders (██████████, ██████████) and discussed it
Ireland	Euro			€ 12.00	AMS fee. All confirmed that within their own organizations DE seems to be offering the lowest fee
Italy	Euro			€ 25.00	As per local IT Ass.
Latvia	Euro				No feedback
Lithuania	Euro				No feedback
Luxembourg	Euro				No feedback
Netherlands	Euro				Regarding the Air AMS fee in NL it is pretty quiet. We are checking if the competition he made a decision yet. Will revert with outcome
Norway	Euro			20 / 25	20 / 25 euro achievable
Portugal	Euro			€ 12.00	10 to 12 Euro achievable
Spain	Euro	€ 2.00	€ 8.00	€ 12.00	
Sweden AFR	Euro			€ 15.00	Teleconference with ██████████, ██████████ and ██████████ yesterday and we has a common view on the fee structure
Switzerland	Euro			€ 15.00	CHF 25.00 per hb as per Swiss Ass.
UK/N.Ireland	Euro			€ 10.00	I spoke to ██████████ who have confirmed that they will also be charging £10.00

Abbildung 13

106. Aus den Auszügen geht hervor, dass für die Bestimmung der Höhe der AAMS-Fee die Diskussionen auf nationaler Ebene von Bedeutung sind. Dabei zeigt sich einerseits, dass länderspezifische Unterschiede bestehen (z.B. tiefste AAMS-Fee für den deutschen Markt), andererseits ist es über die Länder hinweg eine übliche Vorgehensweise, dass die Höhe der Fees mit den anderen „major key market players“ abgestimmt wird. Bezüglich mehrerer Länder wurden diese Kontakte dem Headoffice gemeldet und durch dieses in einer Tabelle erfasst (vgl. die Einträge in der Tabelle für Dänemark, Deutschland oder Schweden). Ein klarer Hinweis, dass

die Höhe der AAMS-Fees mit der Konkurrenz abgesprochen werden soll, ergibt sich aus den Verweis des Headoffice auf „key market players discussing „off line““. Hinsichtlich der Schweiz zeigt sich, dass die CHF 25.-- pro HAWB übernommen werden und als Vereinbarung unter den Spediteuren verstanden wird („have agreed“).

107. Einige Tage nach dieser Telefonkonferenz schrieb der für die Schweiz zuständige Mitarbeiter [Name], Director Operations Air & Ocean von [Luftfrachtspediteurin], am 5. August 2004 folgendes Mail an den Head of Airfreight Europe [Name] und an diverse Länderchefs:

Gents,
 During our recent telephone conversation we all agreed to aim to bill the local Air AMS fee which has been suggested by each of the air freight association in our countries.

Rumors have it that this fee is coming down to EUR 8,00 or CHF. 12,00. I have seen the forwarder [REDACTED] here in Switzerland sending out a customer letter asking for CHF. 12.00 / HAWB for the Air AMS fee. I spoke to [REDACTED] this afternoon and they told me that Germany and Italy will go with EUR. 8,00 / HAWB. It seems that some forwarders intend to charge the same fee as the airline charges for manual transmission and nothing more.

So far we keep insisting on the CHF. 25.00 (approx. EUR 16.60) / hawb but if all other forwarder will go down to CHF. 12.00 we will have to follow suit.

Do you have any news/rumors in your regions?

Abbildung 14

108. Auf dieses Mail, welches u.a. auch einen bilateralen Kontakt mit [Luftfrachtspediteurin] zur Frage der Höhe der AAMS-Fee wiedergibt („I spoke to [Luftfrachtspediteurin] this afternoon“), antwortete der Head of Airfreight Europe [Name] gleichentags: „This is beeing collated through this office, so please do not start a further exercise“.

109. Die AAMS-Fee von CHF 25.-- pro HAWB für die Schweiz wurde dann durch die grossen Spediteure

(ausdrücklich durch [Luftfrachtspediteurin], [Luftfrachtspediteurin] und [Luftfrachtspediteurin]) anlässlich der FFI-Telefonkonferenz vom 19. August 2004 (vgl. oben Abbildung 5) als massgebend bezeichnet. Da [Luftfrachtspediteurin] an dieser Telefonkonferenz nicht teilgenommen hatte, nahm [Luftfrachtspediteurin] (gehört heute zu [Luftfrachtspediteurin]) Kontakt zu [Luftfrachtspediteurin] auf, um die geplante Gebühr in Erfahrung zu bringen. In einem [Luftfrachtspediteurin]-internen Mail vom 20. August 2004 wird Folgendes festgehalten:

> Dear all,
 >
 > I checked with [REDACTED], they charge the following.
 > Germany : EUR 8,00
 > Italy : EUR 25,00
 > Switzerland : CHF 25,00
 > France : EUR 12,00
 > Finland : EUR 12,00
 > Sweden : SEK 110,00
 > USA controlled business: \$ 15,00
 >
 > as all others, [REDACTED] tries to charge these fee's in their markets and waits for the reaction of their customers. Unfortunately I couldn't find out so far what they charge in the UK and the Benelux.

Abbildung 15

110. Wie bereits aus den oben wiedergegebenen Beweismitteln hervorgeht, wurde die Höhe der AAMS-Fee nicht nur in der Schweiz, sondern auch in zahlreichen weiteren Ländern auf nationaler Ebene diskutiert und das Ergebnis anschliessend auf europäischer bzw. in-

ternationaler Ebene übernommen. Dies kann durch nachfolgendes, besonders illustratives Mail bezüglich des deutschen Marktes weiter untermauert werden. Es handelt sich um ein [Luftfrachtspediteurin]-internes E-Mail vom 29. Juli 2004:

Dear all,

in addition to my mail from yesterday , I have now more information from our competition in Germany.
The following forwarders have agreed to charge to their customers as of 13 Aug 04 € 8,- per HAWB , valid for all U.S. destinations , Irregardless if it is west coast or centre or east coast.

[REDACTED]

In regards to their payment to the carrier they didn't come to a common decision , some of them (the big ones) doesn't want pay anything to the carriers , while others are willing to accept € 2,- per HAWB !

As far as the german market is concerned it seems that we have to adopt the € 8,00 per Kg.

Abbildung 16

111. In diesem Mail wird ein koordinatives Element dargestellt, welches über den deutschen Markt hinweg allgemeine Geltung hat. Es handelt sich darum, dass aufgrund der etappierten Einführung des AAMS durch die US-Zollbehörden auch die damit verursachten Kosten etappiert angefallen sind, so dass – wenn überhaupt – die AAMS-Fee phasenweise hätte eingeführt werden können. Die Spediteure haben sich aber auf eine Erhebung der Gebühr für alle Luftfrachtsendungen in die

USA ab dem 13. August 2004 geeinigt und damit auch schon Gebühren für Destinationen erhoben, bei welchen noch gar keine zusätzlichen Kosten angefallen sind. Dieses Vorgehen wird oben bereits in Abbildung 5, Abbildung 9 und Abbildung 12 dokumentiert. Die Absprache hinsichtlich des Datums wird weiter durch ein [Luftfrachtspediteurin]-internes E-Mail vom 28. Juli 2004 des Head of Airfreight Europe [Name] an die Länderchefs belegt:

PLEASE DO NOT SEND OUT MESSAGE TO CUSTOMERS AS INSTRUCTED BELOW

Following feedback we have received from a number of our competitors, we have found that they are planning to introduce this fee to ALL US destinations from August 13th, and not in the phased approach suggested in the letter that was compiled by HO [REDACTED].

[REDACTED] will clarify this with HO [REDACTED] first thing tomorrow, so that an amended copy letter (if required) can be distributed to you.

Apologies for this confusion, but we are trying to make sure that we give a clear message to the customer as early as possible, but with maximum market information considered before we state our position.

Abbildung 17

3. Zwischenergebnis betreffend AAMS-Gebühr

112. Anhand der AAMS-Gebühr lässt sich musterhaft aufzeigen und belegen, dass die international tätigen Spediteure sich hinsichtlich der Einführung und auch bezüglich der Höhe der AAMS-Gebühr koordiniert haben. Dabei erfolgte die Koordination auf sämtlichen für die Umsetzung dieser Gebühr notwendigen Stufen. In Bezug auf die AAMS-Gebühr sind hierzu Kontakte zwischen Konkurrenten auf nationaler und internationaler Ebene erfolgt. Der Austausch zwischen der nationalen und der internationalen Ebene erfolgte dann jeweils innerhalb der internationalen Speditionsunternehmen. Auch wenn auf nationaler Ebene allenfalls weitere Unternehmen an den Kontakten beteiligt waren, war für die

internationalen Speditionsunternehmen hauptsächlich die Koordination mit den anderen grossen, international tätigen Spediteuren („key market players“) relevant.

113. Aus den oben aufgeführten Aktenstücken geht weiter hervor, dass die Koordination mit dem Ziel erfolgt ist, die „Mehraufwendungen“, welche den Spediteuren „auf-erlegt“ wurden, an die Kunden weiterzuerrechnen (so die Wortwahl im Zirkular von Spedlogwiss [Abbildung 12] mit dem Titel „Weiterverrechnung von Kosten“). Durch das koordinierte Vorgehen sollte insbesondere die Akzeptanz der Kunden für die AAMS-Gebühr erreicht werden, was sich etwa daran zeigt, welche Bedeutung der Kommunikation an die Kunden beigemessen wurde sowie in der Berücksichtigung der Marktverhältnisse in

den unterschiedlichen Ländern (z.B. besondere Preissensibilität in Deutschland). In Bezug auf die Schweiz kann zudem festgehalten werden, dass eine höhere AAMS-Gebühr festgelegt wurde als in den anderen europäischen Ländern (vgl. Abbildung 5, Abbildung 13 und Abbildung 15).⁵⁹ Werden dieser Umstand sowie die wesentlich tieferen Gebühren der Airlines (vgl. Abbildung 11) berücksichtigt, so erscheint es nicht ausgeschlossen, dass mit einer Gebühr von CHF 25.-- möglicherweise ein Gewinn erzielt werden konnte. Ob ein allfälliger Gewinn tatsächlich realisiert werden konnte, wurde aufgrund des Abschlusses einer einvernehmlichen Regelung nicht weiter untersucht und ist daher offen. Darüber hinaus hat die Kommunikation der Gebühr in der Form eines Zirkulars an weitere Spediteure dazu geführt, dass deren Verhalten ebenfalls beeinflusst und die Wirkung der Abrede ausgedehnt werden konnte.

B.3.1.3.2 Surcharge Collection Fee (SCF)

1. Begriffserklärung und Ausgangslage

114. Mehrere Faktoren, wie der Anstieg der Treibstoffpreise und das erhöhte Sicherheitsrisiko, haben dazu geführt, dass sich die Kosten des Lufttransports ab dem Jahr 2000 bedeutend erhöht haben. Um diese erhöhten Kosten an die Spediteure weiterzugeben, entschieden sich die Luftfahrtunternehmen, bestimmte Kostenfaktoren wie Treibstoff nicht mehr in die Frachtrate einzuschliessen, sondern als gesonderte Posten im Luftfrachtbrief in Rechnung zu stellen. So wurde eine Reihe von Zuschlägen eingeführt, darunter Treibstoff-, Sicher-

heits- und Kriegsrisikozuschläge (Fuel-, Security- und War-risk-Surcharge).⁶⁰

115. Gemäss den geltenden IATA-Rahmenbedingungen werden Zuschläge auf dem Luftfrachtbrief (Airway Bill) getrennt aufgeführt und als dem Frachtführer, d.h. der Airline geschuldet („due carrier“) ausgewiesen. Sie werden somit als Beträge ausgewiesen, die der Spediteur im Auftrag der Frachtführer einzieht.

116. Sowohl auf internationaler als auch auf nationaler Ebene haben sich die Spediteure zur Frage ausgetauscht, ob und wie sie für das Inkasso dieser Surcharges und das damit verbundene Delkreder-Risiko entschädigt werden sollen. Zur Abdeckung dieses Risikos sowie des durch das Inkasso verursachten Aufwandes bei den Spediteuren hat Spedlogswiss im Jahr 2005 die Erhebung der Surcharge Collection Fee (SCF) empfohlen.

2. Koordination der Luftfrachtspediteure hinsichtlich SCF

117. Schon bald nach der Einführung der Surcharges durch die Airlines gelangten die Spediteure zur Überzeugung, dass sie von den Airlines für das Inkasso in der Form einer Kommission entschädigt werden sollten.

118. Auf nationaler Ebene formulierte Spedlogswiss schon sehr früh das Anliegen einer Entschädigung für das Inkasso der Surcharges. Im Jahresbericht 2003 wird zu diesem Thema Folgendes festgehalten:⁶¹

Der Bereich Spedition Air will von den Airlines, und darauf pocht er, eine Provision auf die verschiedenen Surcharges wie Fuel, Security etc. Es kann nicht angehen, dass die Spediteure das ganze Risiko tragen und die Airlines gratis und franko, die Surcharges abgeliefert bekommen. Der Bereich wird alles in seinen Möglichkeiten stehende dazu beitragen, um dieser Unsitte Einhalt zu gebieten. Die Forderung steht und bleibt und wird Spedition Air noch einige Zeit beschäftigen.

119. Dementsprechend wurde im Zirkular Nr. 10/2004/DIR vom 9. Februar 2004 mit dem Titel „Ziele 2004“ dem Bereich „Spedition Air und Ausschuss Luftfracht“ folgendes Jahresziel vorgegeben: „Kommission auf den Zuschlägen wie Fuel, Security etc., von 6 %“.

120. Im Jahresbericht 2004 wurden die Aktivitäten von Spedlogswiss wie folgt zusammengefasst:⁶²

Abbildung 18

⁵⁹ Mit Ausnahme von Italien, wo der Speditionsverband eine Gebühr von EUR 25.-- empfohlen hat.

⁶⁰ Fuel- und Security-Surcharges wurden durch die Airlines ab dem Jahr 2001, die War-risk-Surcharge ab dem Jahr 2003 implementiert.

⁶¹ Jahresbericht Spedlogswiss 2003, 19 abrufbar auf www.spedlogswiss.ch > Informationen > Periodische Publikationen > 2003 Jahresbericht (03.08.12).

⁶² Jahresbericht Spedlogswiss 2004, 22 (vgl. Fn 61).

Ebenso wurde der Bereich Spedition Air bei der FIATA und IATA vorstellig, mit der Forderung, weltweit, sicher aber in der Schweiz, die exorbitanten Security- und Fuel-Surcharges endlich zu kommissionieren. Erste, wenn auch zurückhaltende Antwortschreiben der Airlines liegen vor und der Bereich hofft, dieses Thema nächstens positiv abschliessen zu können.

Abbildung 19

121. Bei der FIATA handelt es sich um die Internationale Föderation der Spediteurorganisationen (Fédération Internationale des Associations de Transitaires et Assimilés) mit Sitz in Glattbrugg, welche als Dachorganisation fast 40'000 Speditions- und Logistikfirmen weltweit vertritt. Zu den Hauptzielen der FIATA gehören die Vertretung, Förderung und Schutz der Interessen der Speditionsbranche, beispielsweise durch Teilnahme als Berater oder Sachverständige an Treffen internationaler Gremien (z.B. bei der WTO).⁶³ Bei der IATA (Internatio-

nal Air Transport Association) handelt es sich um das Pendant der Luftfahrtgesellschaften zur FIATA. Über 240 Luftfahrtgesellschaften (Passagier- und Luftfrachtverkehr) aus 118 Ländern sind IATA-Mitglieder. Die IATA soll die sichere, regelmässige und kostengünstige Beförderung auf dem Luftweg fördern. Seit mehr als 60 Jahren legt die IATA die Standards der Flugbranche fest.⁶⁴

122. Mit Schreiben vom 28. Juli 2004 hat Spedlogswiss folgende Forderung bei der FIATA deponiert:

Der Fachbereich Air der SPEDLOGSWISS ersucht deshalb das AFI Air Freight Institute der FIATA, folgendes zu erwirken: wir verlangen eine **Kommissionierung der Surcharges in der Höhe von 6%**, um die Aufwendungen des Inkassos und das Delkredererisiko bei der Speditionswirtschaft aufzufangen bzw. korrekt zu entschädigen. Wir bitten Sie, dies in den entsprechenden Gremien (auch IATA) einzubringen. Sehr gerne ist der Fachbereich Air bereit, gemeinsam mit der FIATA und den Airlines an einen Tisch zu sitzen, um diese Forderung gemeinsam zu erörtern.

Abbildung 20

123. Am 10. August 2004 leitete FIATA die Forderung von Spedlogswiss per E-Mail an verschiedene Empfänger weiter, einschliesslich FFI, Jafa (Japanischer Speditionsverband), BIFA (Britischer Speditionsverband), SNAGFA (Französischer Speditionsverband) und CLECAT (Europäischer Dachverband, Comité de Liaison Européen des Commissionnaires et Auxiliaires de Transport du Marché Commun). Das E-Mail endet mit der Aufforderung, die schweizerische Initiative zum Wohle aller zu unterstützen.

124. Am 7. September 2004 beschloss das Airfreight Committee des FFI anlässlich eines Meetings in Montreal, dass die Initiativen der FIATA und von nationalen Speditionsverbänden unterstützt werden sollten (*"It was also agreed that FFI would support the initiatives of the national forwarders associations in this direction, such as those taken by the Swiss"*), dass aber die FFI die Angelegenheit selber nicht weiterverfolgen würde.

125. Am 26. Mai 2005 wandte sich Spedlogswiss mit einem Schreiben an alle Airlines, welche dem CASS Schweiz (Cargo Account Settlement System) angeschlossen waren, und forderte eine Kommission auf den Surcharges von 6%. Im Schreiben wurde angegeben, die Implementierung sei für den 1. Juli 2005 vorgesehen.

126. Am 31. Mai 2005 teilte die FIATA in einem Schreiben mit, dass sie ihre Bemühungen, eine Kommissionierung mit der IATA zu vereinbaren, abgebrochen hatte. Dies ergibt sich aus folgendem Auszug dieses Schreibens, in welchem insbesondere auch auf das Kartellrecht hingewiesen wird.⁶⁵

⁶³ Vgl. für weitere Informationen bezüglich der FIATA: www.fiata.com (03.08.12).

⁶⁴ Vgl. für weitere Informationen bezüglich der IATA: www.iata.org (03.08.12).

⁶⁵ Dem Schreiben ist neben dem in Rz 123 erwähnten Schreiben von Spedlogswiss an die Airlines ein Schreiben des italienischen Speditionsverbandes ANAMA beigelegt, welcher eine Kommission von 5% auf den Surcharges fordert.

During the latest AFI meeting on March 11, 2005 the issue of the remuneration to forwarders for the collection of surcharges was again discussed at length

This issue had already been discussed at the AFI meeting in Sun City in reaction to letters from several ordinary members asking FIATA to put this matter on the table at the IFCC

This was attempted, but the carriers refused to discuss the issue as they felt this was illegal because it could be considered as concerted action by the competition authorities. Although we argued that we did not want to discuss the level of the compensation but only the principle that forwarders should be paid for the increased risk, work and responsibility, the carrier representatives and the IATA secretariat confirmed their refusal to deal with the issue.

Consequently we urge national associations to approach active the carriers in their respective countries requiring them to accept the principle of compensation. Obviously, unless the individual carriers come up with a proposal that suits the forwarders community, the amount of the compensation has to be agreed bilaterally between the individual carriers and the individual agents.

Such an action has already been initiated in several countries and, for your information, we join letters which have been sent by the associations in Italy, Switzerland and Belgium

It is clear that we will only be successful if the pressure on airlines builds up internationally and therefore your cooperation in starting this action in your country is essential.

May we ask you to acknowledge receipt of this circular and confirm your support to this initiative, and keep us advised of the actions that have been undertaken

Abbildung 21

127. Der Widerstand der Airlines gegen eine Kommissionierung geht auch aus folgendem [Luftfrachtspediteurin]-internen Mail des Head of Airfreight [Name] vom 26. April 2005 hervor:

All

We continue to address the commission issue on the surcharges on all levels (FFI / Local Associations / Regional / Global Airline contacts. The carriers are reluctant to give in here as they claim (and they are rightful so) that the fuel surcharges are covering a part of their additional fuel costs only. This is not the case with the security surcharge there nobody can give a clear picture and let's face it amongst us this is largely a rate increase.

Abbildung 22

128. Schliesslich beschloss Spedlogswiss einen anderen Weg zu gehen. Am 29. August 2005 fand ein Treffen diverser Mitglieder des Fachbereichs Air von Spedlogswiss statt, in welchem zwei der grossen Spediteure ([Luftfrachtspediteurin] und [Luftfrachtspediteurin]) vertreten waren. Über die Besprechung wurde kein Protokoll geführt, da es sich nach Angabe eines Teilnehmers ([Name], [Luftfrachtspediteurin]) um ein „spontanes Treffen“ gehandelt habe. Da die Versuche, die Fluggesellschaften zur Zahlung einer Kommission zu bewegen fehlgeschlagen seien, wurde bei dieser Besprechung

eine Surcharge Collection Fee (SCF) von 3 % und ein Mindestbetrag von CHF 15.-- pro Lieferung beschlossen, die gemäss einem Teilnehmer ([Name], [Luftfrachtspediteurin]) „auf gegenseitigem Einverständnis beruhte und „alle Teilnehmer für fair“ erachteten“. Ein Entwurf für ein Rundschreiben betreffend SCF wurde am 26. September 2005 an alle Mitglieder des Fachbereichs Air versendet. Am 30. September 2005 gab Spedlogswiss das folgende, definitive Rundschreiben an seine Mitglieder heraus:

Surcharge Collection Fee

Sehr geehrte Damen und Herren

Die Airlines rechnen ihren Kunden sogenannte "Surcharges" ("Fuel Surcharge", "Security Surcharge" etc.) ab, um damit ihr eigenes, durch Kostenschwankungen bedingtes Risiko abzufedern. Die Speditionswirtschaft ihrerseits rechnet diese Surcharges 1:1 an die Verladerschaft weiter. Das Delkredererisiko bei der Fakturierung dieser Surcharges liegt somit in vollem Umfang beim Spediteur. Erschwerend kommt dazu, dass diese Surcharges im aktuellen Marktumfeld mittlerweile gleich hoch oder höher wie die Frachtraten selbst werden können. Das heisst: die Speditionswirtschaft betreibt das Inkasso für die Airlines, trägt das Delkredererisiko und muss für den Aufwand entschädigt werden.

Der Fachbereich Air der SPEDLOGSWISS ist deshalb der Meinung, dass dieses durch die Luftfrachtspediteure getragene Risiko am Markt abzugelten ist. Er schlägt den Mitgliedern deshalb vor, ab 1. November 2005 eine Surcharge Collection Fee von 3% oder CHF 0.03 pro Kilogramm bzw. mindestens CHF 15.- zu erheben.

Die Fakten sind im Anhang nochmals zusammengefasst. Diese können auch für die externe Kommunikation verwendet werden.

Abbildung 23

129. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang das Bestreben einer gemeinsamen Kommunikation nach aussen, um die Akzeptanz der Gebühr zu erhöhen. Dem Zirkular wurde ein Argumentarium beigelegt, damit die Kunden von der Notwendigkeit der SCF überzeugt werden können.

130. Spedlogswiss stellte das Zirkular auch der FIATA zu, welche es an die FFI weiterleitete. Auf Stufe FFI wurde das Vorgehen von Spedlogswiss als nicht sinnvoll

erachtet. Nach Auffassung der FFI sollten die Kosten durch die Airlines und nicht durch die Kunden übernommen werden.

131. Trotz der Vorbehalte auf internationaler Ebene wurde die SCF auf nationaler Ebene umgesetzt und konnte auf dem Markt etabliert werden, wie aus den folgenden Auszügen aus dem Jahresberichten 2005 und 2006 von Spedlogswiss hervorgeht.⁶⁶

Mit der Idee der «Surcharge Collection Fee» haben die involvierten Personen eine Sorge der Luftfrachtspediteure auf praktikable und elegante Art gelöst.

Jahresbericht 2005, 19.

Mit der Einführung der Surcharge Collection Fee (SCF) konnte erreicht werden, dass eine Entschädigung zugunsten des Spediteurs im Markt stattfindet. Das Thema wurde auch im Rahmen des FIATA-Kongresses, der im September in Moskau stattfand, in den Fachgremien erörtert. Eine Delegation von SPEDLOGSWISS-Mitgliedern und von der Geschäftsstelle war in Moskau anwesend und konnte so den Standpunkt der SPEDLOGSWISS direkt und persönlich einbringen.

Jahresbericht 2005, 25.

Die Akzeptanz der Ende 2005 eingeführten SCF im Markt ist gut, denn sie konnte sauber und nachvollziehbar begründet werden.

Jahresbericht 2006, 21.

Abbildung 24

132. Eine [Luftfrachtspediteurin]-interne Mailkorrespondenz zur Umsetzung der SCF bestätigt, dass diese den Kunden wenn immer möglich belastet wurde. Hintergrund der beiden Mailauszüge bildet der Umstand, dass der für Kanada zuständige Mitarbeiter die SCF nicht belasten wollte, worauf er u.a. folgende zwei Mails (vom von dem für die Schweiz zuständigen Mitarbeiter) erhielt:

⁶⁶ Vgl. für den Fundort der Jahresberichte im Internet Fn 61.

Hi [REDACTED]

sorry to say i do not agree at all with your argumentation. Canada is not an exemption and it was introduced for the whole world. I agree with you that for certain customers we will not charge but not in general. Also most of our competitors will charge it. I was heavily involved in negotiations with airlines, fiata, iata etc for more than 2 years and after all the only solution was to charge the freightpayers. We hope that our way of dealing with the problem will start a worldwide decision of all forwarder associations to follow the swiss way. Basically the argument will be the same all over the world and luckily we in switzerland still enjoy a low interest rates.the problems in countries with higher inflation must be tremendous.

Sali [REDACTED]

The whole goddam world accepts it. I do not accept a general instruction not to charge Canada. We now charging since 1st November and not one complain except you. I know you in do not to have to make money where you can as the Kuwaiti have enough. It looks differently in Switzerland and we can not have a cash flow per year of 8 Million swiss francs without making a "muedae frangge". We agreed for specific customers not to charge. Olr do you pay our hawb charges within 10 days?
Regards

Abbildung 25

133. Auch ein [Luftfrachtpediteurin]-internes E-Mail vom 21. November 2005 belegt die Anwendung der Gebühr, wann immer möglich, d.h. insbesondere für „SMC“-Customers (Small and Medium Customers):

These 3% surcharges on the surcharges are not passed on to the Swiss customer base in general, but are being applied with the SMC customers where possible.

Abbildung 26

3. Zwischenergebnis betreffend SCF

134. Im Vergleich zur AAMS-Gebühr gilt es festzustellen, dass die Surcharge Collection Fee nur in der Schweiz und nicht auf internationaler Ebene eingeführt wurde. Zudem wurde diese Gebühr auch nicht durch alle an der Gesamtabrede beteiligten Luftfrachtpediteure umgesetzt und auch innerhalb der einzelnen Luftfrachtpediteure nicht für alle Kunden im gleichen Ausmass. Dies ändert aber nichts daran, dass die an der Gesamtabrede beteiligten internationalen Luftfrachtpediteure auf sämtlichen Ebenen versucht haben, eine gemeinsame Lösung zur Deckung der mit dem Inkasso der Surcharges für die Airlines verbundenen Kosten zu finden. Dass für die international tätigen Luftfrachtpediteure die unterschiedlichen nationalen und internationalen Gremien nur Instrumente zur Erreichung ihres Ziels der Kostendeckung darstellen, ergibt sich beispielsweise aus dem in Abbildung 22 wiedergegebenen Mail („*We continue to address the commission issue on the surcharges on all levels (FFI / Local Associations / Regional / Global Airline contacts.*“). Die SCF stellt die länderspezifische Lösung für die Schweiz dieser Bemühungen dar.

B.3.1.3.3 Security Fee Agent (SFA)

1. Begriffserklärung und Ausgangslage

135. Mit der Verordnung (EG) Nr. 2320/2002 vom 16. Dezember 2002 zur Festlegung gemeinsamer Vorschriften für die Sicherheit in der Zivilluftfahrt wurden neue Sicherheitsmassnahmen für europäische Flughäfen eingeführt, welche auch durch die Schweizer Flughäfen eingehalten werden mussten.

136. Am 22. Januar 2007 gelangte Spedlogswiss mit einem Zirkular (302/2007) an die Mitglieder des Fachbereichs Air und informierte darüber, dass der Flughafen Zürich einer Sicherheitsinspektion durch EU-Inspektoren unterzogen worden war. Bei der Inspektion sei die Umsetzung verschiedener EU-Sicherheitsvorschriften, welche die Flughafenbetreiber, Airlines und Spediteure erfüllen müssten, überprüft worden. Nach der Inspektion müssten nun diverse Sicherheitsmassnahmen angepasst werden. Dies hätte auch wirtschaftliche Auswirkungen zur Folge.

137. Mit Schreiben vom 5. März 2007 informierten die drei Schweizer Abfertigungsgesellschaften (Landside Agents)⁶⁷ ATS (Air Transport Service AG), CFS (Cargo-logic Freight Service AG) und Planzer die Spediteure, dass die immer strenger werdenden Sicherheitsauflagen im Frachtbereich sowie die neu eingeführten Sicherheitsvorkehrungen zusätzliche personelle und finanzielle Ressourcen sowie Infrastrukturanpassungen der Frachthandlingfirmen am Flughafen Zürich erforderlich machen würden und sie deshalb ab dem 1. April 2007 eine neue Landside Security Fee (Landseitige Sicherheitsgebühr „LSF“) für Exporte und Importe in der Höhe von CHF 0,016 pro Kilogramm erheben würden.

138. In der Folge koordinierten sich die Luftfrachtspediteure auf nationaler Ebene um die von den Landside

Agents erhobene Gebühr sowie allfällige weitere mit dem Landside Handling verbundene Kosten den eigenen Kunden in der Form der Security Fee Agent zu belasten.

2. Koordination der Luftfrachtspediteure hinsichtlich SFA

139. Am 14. März 2007 fand am Flughafen Zürich ein Treffen der Mitglieder des Fachbereichs Air von Spedlogswiss zur Besprechung der von den drei Handlingagenten angekündigten Landside Security Fee. Gemäss dem Protokoll dieser Sitzung gelangten die Luftfrachtspediteure zu folgendem Ergebnis:⁶⁸

Das VTR ist der Meinung:

- a) Die erhöhten Aufwände für Sicherheit sind unbestritten, betreffen aber nicht nur die landseitigen Handlingagents.
- b) Der Import ist davon nicht betroffen und muss ausgenommen werden.
- c) SpedLogSwiss wird eine Empfehlung zur Weiterverrechnung an die Kundschaft formulieren. Höhe wird nach dem weiteren Gespräch festgelegt

Das VTR sucht mit einem Brief ein erneutes Gespräch. Ziel: Abklärung der Auswirkung auf die anderen Regionen, Ausnahmen des Importes, allfällige Einführung auf ein für die Frachtagenten akzeptables Datum, das die Umsetzung auch am Markt erlaubt.

Abbildung 27

140. Am 15. März 2007 sandte Spedlogswiss ein Schreiben an die landseitigen Handlingsagenten des Flughafens Zürich, aus welchem die folgenden zwei Auszüge stammen:

Der Fachbereich Air der SPEDLOGSWISS anerkennt grundsätzlich den Mehraufwand aufgrund der immer umfangreicher werdenden Sicherheitsbestimmungen im Luftfracht – Geschäft. Allerdings besteht dieser Mehraufwand nicht nur für die landseitigen Handling-Agenten in Zürich-Flughafen. Es sind sämtliche Leistungsträger in der Luftfracht-Kette, also auch die Speditonswirtschaft, von diesen Massnahmen und Mehraufwänden betroffen. Wir sind auch der Meinung, dass dieses Thema nicht alleine mit Bezug auf den Flughafen Zürich behandelt werden, bzw. als "Insellösung" da stehen darf. Es kann und darf nicht sein, dass in der Schweiz an den verschiedenen Flughäfen diverse Ansichten zu diesem Thema bestehen, da die umfangreichen Sicherheitsvorkehrungen für alle Schweizer Flughäfen zur Anwendung kommen. Wir gehen davon aus, dass es auch nicht in Ihrem Interesse sein kann, wenn ausgerechnet das ernstzunehmende Thema "Sicherheit" unter den Flughäfen sowie auch unter den jeweils involvierten Marktteilnehmern zum Gegenstand von Wettbewerb gemacht wird. Dies nicht zuletzt um auch einer Gegenargumentation der Verladerschaft in diesem Zusammenhang Vorschub zu leisten, welche diese Mehrbelastung schlussendlich tragen muss.

Ferner kann es ebenfalls nicht in Ihrem Interesse sein, Ihren Vorschlag bei jedem Ihrer (Spediteur-) Kunden individuell zu verhandeln, was wiederum eine grosse Gefahr einer Verwässerung darstellt und das von Ihnen angestrebte Ziel mit Sicherheit verfehlt.

[...]

Wie Sie aus unseren Zeilen entnehmen können, muss dieses Thema noch weiter und bestimmt auch eingehender diskutiert werden, sowie auch bezüglich Höhe der Gebühr verhandelt werden. Somit kann der Fachbereich Air der SPEDLOGSWISS die vorgesehene Einführung einer allfälligen Gebühr auf den 1. April 2007 auf keinen Fall gutheissen.

Abbildung 28

⁶⁷ Die Abfertigungsgesellschaften (auch Landside Agents oder Handling Agents) übernehmen für die Spediteure die mit dem Umschlag am Flughafen verbundenen Arbeiten wie das Be- und Entladen der Flugzeuge, aber auch Sicherheitsscreening und Verzollung.

⁶⁸ Mit „VTR“ ist im Protokoll das „VTR“-Air gemeint, d.h. das „VerkehrsträgerRessort“-Air, welches das für die Luftfracht zuständige Ressort der Zürcher Speditionsvereinigung (ZSV) wäre. Tatsächlich wird im Protokoll jedoch VTR-Air als Synonym für den Fachbereich Air von Spedlogswiss verwendet. Mit einer Ausnahme [...] waren alle Verfahrensadressaten in diesem Gremium vertreten.

141. In diesem Schreiben wird klar formuliert, dass diese Gebühren nicht Gegenstand von Wettbewerb sein sollen und eine gemeinsame Lösung gefunden werden soll. Wie bei den anderen bereits dargestellten Gebühren soll die koordinierte Vorgehensweise auch dazu dienen, die „Gegenargumentation der Verladerschaft“, d.h. Widerstand von Seiten der Kundschaft gegenüber einer Preis-erhöhung zu unterbinden.

142. In einem E-Mail vom 22. März 2007 fasste ein Mitglied des Fachbereichs Air [Name] von [Luftfrachtspediteurin] die Gespräche mit den Abfertigungsgesellschaften zu Händen der anderen Mitglieder des Fachbereichs Air wie folgt zusammen: Die drei landseitigen Handlungsgagenten würden an der Einführung der LSF per 1. April 2007 festhalten, eine schweizweite Einführung der LSF sei gemäss den drei Spediteuren nicht notwendig, weil

sich das Problem nur in Zürich stelle, und alle drei würden ab dem 23. April 2007 mit den betroffenen Kunden Kontakt aufnehmen und die SFA verhandeln, ein Gespräch mit Spedlogswiss würde nicht mehr gesucht.

143. Mit Antwortschreiben vom 23. März 2007 erklärten die drei Abfertigungsgesellschaften dann doch, dass sie selbstverständlich keinerlei Interesse daran hätten, die Sicherheit zum Gegenstand des Wettbewerbes zu machen, und an einer ganzheitlichen Lösung interessiert wären.

144. Am 26. März 2007 sandte ein Mitglied des Fachbereichs Air, [Name] von [Luftfrachtspediteurin], folgendes E-Mail an die weiteren Mitglieder dieses Fachbereichs (das Mail bezieht sich dabei auf das oben in Rz 142 erwähnte Mail):

■■■■■ besten Dank für dein Kurzprotokoll unten In einer Woche ist Stichtag, die 3 Handling Agenten 'landside' werden uns die CHF 0.016 pro kg abrechnen. Wollte euch deshalb fragen

- wie euer Verhalten gegenüber der 3 Handling Agenten ist (seid ihr kontaktiert worden)
- ob ihr eure Kunden bereits informiert habt, falls ja mit welchem Wortlaut
- welchen Preis Ihr den Kunden offeriert habt

■■■■■ wie wird sich Spedlogswiss gegenüber der Verladerschaft verhalten? Können wir ein Empfehlungsschreiben erwarten? Wird man dieses Vorgehen der 3 Handling Agenten weiterziehen, an einen Ombudsmann?

Abbildung 29

145. Dieses E-Mail zeigt u.a. auf, wie selbstverständlich eine Koordination hinsichtlich Preis und Kundeninformation angestrebt wird.

146. Darauf antwortete ein anderes Mitglied des Fachbereichs Air, [Name] von [Luftfrachtspediteurin], am 28. März 2007 Folgendes:

Gentlemen,

Da wir als Kunden der Handlingfirmen keinen offiziellen Brief erhalten haben bezüglich der LSF Kosten, werden wir auch Keine per 1.4. akzeptieren.
Das heisst, die Handlingfirmen werden mit den Spediteuren bilateral allfällige Zusatzkosten durchsetzen müssen.

Generell finde ich die Idee eine 'security fee' in der Schweiz einzuführen eine gute Sache und einen Versuch wert. Dies können wir von mir aus auch den Handlingfirmen so sagen, jedoch müssten folgende Parameter stimmen:

- Übung müsste schweizweit Gültigkeiten haben
- Primär für den Export Gültigkeit haben (ausser man kann den Import auch klar begründen und schlussendlich dem Kunden verkaufen)
- in Minimum, fee pro kilo und ein Maximum behinhalten.
- Eine klare Definition, für was wir diese Kosten erheben wollen.
- Die SPEDLOGSWISS eine Empfehlung an sämtliche Mitglieder macht.
- Die Mitglieder dann auch tatsächlich Alle mitmachen
- Die Fee so zusammengesetzt ist, dass die Handlingfirmen wie auch wir als Spediteure etwas davon haben
- Das diese Fee dann eben z.B. per 1.7. eingeführt wird und nicht per 1.4.
- Aufgrund den verschiedenen Incoterms müssten ja diese extra Kosten nicht nur an die CH-Kundschaft sondern auch im Ausland umgesetzt werden.
- Voravis an den SSC

Wenn wir es schaffen eine solche Fee zu implementieren ergäbe sich die Möglichkeit diese Fee in Zukunft anzupassen, je nach dem sich der 'Sicherheitsaufwand' verändert.

Da aber 'Preisabsprachen' nicht gestattet sind und dann eben evtl. doch nicht alle 100% mitmachen wird es ein schwieriges Unterfangen.
Von mir aus aber einen Anlauf wert.

Abbildung 30

147. Hervorzuheben ist, wie in diesem Mail das Anliegen nach einer umfassenden Koordination zum Ausdruck kommt. Dabei soll die Fee derart ausgestaltet sein, dass die Spediteure „etwas davon haben“. Aussagekräftig ist schliesslich der letzte Absatz, in welchem das Problem

erwähnt wird, dass weil „Preisabsprachen“ nicht gestattet seien, sich dann eventuell doch nicht alle an die Gebühr halten würden.

148. Am 27. und 28. März 2007 versandten die Handlingagenten schliesslich die Schreiben an ihre Kunden (Spediteure) über die Einführung der LSF.

Der Fachbereich Air hat jederzeit Verhandlungsbereitschaft signalisiert und hält daran fest, dass eine Erhebung einer Landside Security Fee zuerst gemeinsam abgestimmt und vereinbart werden soll. Leider mussten wir zur Kenntnis nehmen, dass die Handling Agents nicht auf unser Verhandlungsangebot eingestiegen sind und nun in Form von bilateralen Gesprächen mit den Spediteuren vorhaben, die LSF per 1. April 2007 einzuführen. Der Fachbereich erachtet dieses Vorgehen als nicht in Ordnung und als "Zwängerei". Er bedauert, dass man nicht – wie von uns vorgeschlagen – zuerst zusammenkommt und diese Gebühr gemeinsam und partnerschaftlich aushandelt. Da wir nach wie vor bereit sind für solche Gespräche und dies auch nach wie vor für den einzigen richtigen Weg halten, kommen wir nicht umhin, **unseren Mitgliedern zu empfehlen, die LSF vorerst abzulehnen bis eine einvernehmliche Lösung steht.**

Abbildung 31

150. Die nicht im Fachbereich Air vertretene [Luftfrachtspediteurin] reagierte auf die Forderung ihres Handlingagenten mit E-Mail vom 28. März 2007 wie folgt:

Lieber [Name]
 Gestützt auf die Argumentation des SPEDLOGSWISS (Schreiben vom 15.03.07) an die ATS / CFS und Planzer, lehnt auch die [Name] für Sendungen welche über den Zürich-Flughafen abgefertigt werden, die LSF vorerst ab. Es gilt hier ganz klar eine einvernehmliche und einheitliche Lösung zu suchen. Das Ziel muss ganz klar sein, dass hier kein individueller Weg mit einzelnen, sondern EIN Weg für/mit Speditions & Logistikunternehmen gegangen wird. Das Verständnis für eine allfällige solche Gebühr muss vorab auf alle Fälle auch erst einmal auf Seiten der Speditionswirtschaft bestehen...und damit auch die Möglichkeit für die Luftfrachtspeditionsgesellschaften, diese Kosten weiterbelasten zu können.

Gerne sehen wir dem weiteren Dialog mit den Handling Agenten und dem "Fachbereich Air" entgegen.

Abbildung 32

151. Dieses Mail belegt, dass sich auch ein internationaler Luftfrachtspediteur, welcher nicht im Fachbereich Air vertreten war ([Luftfrachtspediteurin]), zu einer einheitlichen Lösung bekannt und diesbezüglich der Position des Fachbereichs Air angeschlossen hat.

152. Am 12. April 2007 fand ein erneutes Treffen zwischen den Handling-Agenten und den Luftfrachtspediteuren statt. Die Ergebnisse dieses Treffens werden in einem E-Mail vom 26. April 2007 des Präsidenten der Zürcher Spediteur Vereinigung an die Handlingagenten wie folgt zusammengefasst:

a) An unserer gemeinsamen Sitzung vom 12.04.2007 haben wir Ihre Argumente bezgl. der Kostensteigerung in Handling-Bereich unterstützt. Die anwesenden Vertreter des ZSV haben klar signalisiert, dass diese Mehrkosten nicht nur auf die Security sondern auch auf den allgemeinen Ablauf des Handlings-Prozederes im Allgemeinen zurück zu führen sind. Die Kostensteigerung an und für sich wurde von uns erkannt und nicht in Frage gestellt. Die Höhe der Beteiligung Ihrer Kundschaft an diesen Kosten wurde nicht verhandelt, sondern von uns als bilaterale Sache zwischen den Händlern und den Spediteuren bezeichnet. Unseres Wissens nach sind aber bis heute keine solchen direkten Gespräche erfolgt.

b) Unsere gemeinsam festgelegte Strategie zur Umwälzung der Kosten am Markt wurde dann wie folgt festgelegt:

- Die Handling Agenten verhandeln bilateral mit jedem einzelnen Kunden (Spediteur) über Erhöhungen der Handling Preise
- Die Spedition wiederum setzt die Mehrkosten als SFA auf dem Markt um (Sinn: Marktdurchlässigkeit/Verbandsache)
- Die SPEDLOGSWISS setzt ein Schreiben auf mit dem Zweck, die eigenen Mitglieder über die Situation zu informieren und ihnen eine Anwendung dieser SFA am Markt zu empfehlen. Dies ist auch geschehen.

Abbildung 33

153. Im Anschluss an diese Sitzung fand zur Vorbereitung des Schreibens von Spedlogswiss hinsichtlich der SFA ein E-Mailaustausch zwischen Mitgliedern des Fachbereichs Air statt. Am 18. April 2007 schickte der Geschäftsführer von Spedlogswiss [Name] einen ersten Entwurf für ein Rundschreiben an die Mitglieder des Fachbereichs Air. In diesem Entwurf war eine Security Fee Agent (SFA) für Luftfrachtsendungen im Export und

Import Schweiz von CHF 0.3/kg mit einem Minimumbetrag von CHF 5.-- und einem Maximumbetrag von CHF 50.-- vorgesehen. Daraufhin folgte folgender E-Mailaustausch:

- Antwort vom 18. April 2007 von [Name], [Luftfrachtspediteurin]:

Haben wir uns nicht geeinigt, dass die Fee lediglich im Export Anwendung findet und die 3 Hdlg Agenten nochmals über das Pricing (1.6 Rappen) gehen? Desweiteren wurde die Surcharge mit TSF (Terminal Security Fee) benamset...

- Antwort vom 18. April 2007 von [Name], [Luftfrachtspediteurin]:

Wir haben uns drauf geeinigt, dass die Handlingagenten Ihre Verhandlungen bilateral führen müssen. Wir von Spedlogswiss können eine Security Fee nur für Export einführen. Eigentlich sind das Handlingkosten erhöhungen und da bin ich der Meinung muss jedes Mitglied seine eigene Kalkulation machen. Sollte es dann soweit sein, dass keiner mehr für CHF 30 und drunter eine Importsendung behandelt, wäre meiner Meinung nach der Zweck auch erfüllt. Eine Vollkostenrechnung sind doch anders aus (vor allem mit dem doch noch höheren finanziellen Risiken) Name Terminal Security fee können wir so belassen, aber bin der Meinung dass es SFA sein muss, da im AWB nur 3 Buchstaben dafür vorgesehen sind.

- Antwort vom 19. April 2007 vom Geschäftsführer von Spedlogswiss [Name]:

b) Name der Fee: wenn wir SFA nehmen, hiesse das ja "Security Fee Agent", was für mich Sinn macht. Dann können wir nämlich künftige Kostenkomponenten darin einbauen. Dann darf aber der Titel eigentlich nicht "Terminal Security Fee" sein, sondern wir müssten sagen: wir führen jetzt eine Security Fee Agent SFA ein, welche derzeit begründet ist mit Kosten des landside Handlings. Es wird ja noch mehr kommen, und das geht dann in die SFA ein.

- Ergänzendes E-Mail des Spedlogswiss-Geschäftsführers vom gleichen Tag:

Liebe Kollegen

Nachtrag, weitere Anpassung:

c) SFA wird nur im Export erhoben.

Abbildung 34

154. Am 23. April 2007 versandte Spedlogswiss zur Einführung einer Security Fee Agent ab dem 1. Mai schliesslich das endgültige Zirkular (Zirkular 307/2007) 2007:

Luftfracht Schweiz: Security Fee Agent (SFA)

Sehr geehrte Damen und Herren

Bekanntlich wurden in den EU-Staaten die Luftsicherheitsverordnungen 2320/2002 und 831/2006 per 1. Januar 2007 in Kraft gesetzt. In diesem Zusammenhang wurden auch Flughafeneinrichtungen in der Schweiz durch EU-Inspektoren begutachtet. Im Nachgang dieser Überprüfungen wurden nun diverse Sicherheitsmassnahmen angepasst bzw. eingeführt. Sie haben Änderungen der Frachthandling-Prozedere in der Speditionswirtschaft zur Folge. In einer ersten Phase sind Mehraufwendungen und Mehrinvestitionen bei der Übergabe der Luftfrachtsendungen an die Airline betroffen. Es geht hierbei insbesondere um

- erhöhte Lagersicherheit
- Anforderungen bei der Bewachung der Luftfrachtsendungen
- Erschwernis und zusätzlichen Zeitaufwand beim Umschlag/ready for carriage
- zusätzlichen Kontroll- und Sortieraufwand
- striktere Prozedere bei der Schnittstelle Warenübergabe landside/airside.

Wir befinden uns in einer "ersten Phase" der Umsetzung der genannten Sicherheitsverordnungen. Die Zusatzkosten (Investitionen, Personal) entstehen bereits. Die Speditionswirtschaft und ihre Kunden müssen damit rechnen, dass in naher Zukunft weitere zusätzliche Sicherheitsvorgaben zu erfüllen sind, welche ihrerseits Mehrkosten auslösen werden.

Bei der Beurteilung der aktuellen Vorschriftssituation, erachtet es der Fachbereich Air aufgrund intensiver interner Kostenkalkulationen als gerechtfertigt, dass die Speditionswirtschaft ab 1. Mai 2007 für das landseitige Handling bei Luftfrachtsendungen im Export Schweiz eine **Security Fee Agent (SFA)** nach folgendem Muster erhebt:

CHF 0.03/Kilogramm
Minimumbetrag: CHF 5.-
Maximumbetrag: CHF 50.-

Der Fachbereich Air hat diese Kalkulation zurückhaltend und im Interesse der Verladerschaft bewusst so realistisch und so tief wie möglich gehalten. Im Vergleich dazu sind beispielsweise Sicherheitskosten von USD 0.16/kg zu sehen, welche beim Export aus den USA verrechnet werden.

Wir bitten Sie, diese Information intern weiterzuleiten. Sie kann auch bei der externen Kommunikation mit Ihren Kunden verwendet werden.

Abbildung 35

155. An diesem Zirkular ist beachtlich, dass die SFA mit CHF 0.03/kg deutlich höher liegt als die durch die Handlingagenten belasteten Kosten, welche ursprünglich in der Höhe von CHF 0.016/kg veranschlagt wurden. Die Höhe der SFA ist gemäss Zirkular die Folge von „intensiven internen Kostenkalkulationen“, für die sich allerdings in den Untersuchungsakten keinerlei Belege finden lassen.⁶⁹ Umgekehrt haben die Wettbewerbsbehör-

den aufgrund des Abschlusses der einvernehmlichen Regelung auf eine weitere Untersuchung allfälliger Kostenkalkulationen verzichtet.

156. Die SFA wurde durch die Luftfrachtspediteure im Markt implementiert, teilweise auch nach weiteren bilateralen Kontakten, wie aus folgendem E-Mailverkehr hervorgeht:

- E-Mail vom 27. April 2007 von [Name], [Luftfrachtspediteurin], an [Name], [Luftfrachtspediteurin]:

Sali [REDACTED]

Wir informieren unsere Kunden schweizweit heute über die SFA (0.03; 5; 50), verrechnet wird sie ab dem 15. Mai 2007. Betroffen sind sämtliche Export Luftfrachtsendungen, welche über den Flughafen Zürich abgefertigt werden.

- [Luftfrachtspediteurin]-internes E-Mail vom 30. April 2007 zur eigenen Umsetzung der SFA mit folgender Frage:

Haben wir eigentlich bei der Konkurrenz erkundigt, ob sie ebenfalls diese Gebühr implementieren wird? Soll ich meinen VL Kontakt bei [REDACTED] noch fragen.

⁶⁹ Im Anschluss an das Zirkular von Spedlogswiss ist es nochmals zu Diskussionen mit den Handlingagenten gekommen, da diese ihrerseits die Kundschaft über die Erhebung einer SFA von CHF 0.025 informierten. Dies war der Anlass für das in Abbildung 33 wiedergegebene E-Mail der Zürcher Spediteur Vereinigung an die Handlingagenten. Die Luftfrachtspediteure waren sehr unzufrieden mit der für die Kunden verwirrenden Kommunikation der Handling Agenten. Sie weigerten sich zudem, die erhöhte Gebühr von CHF 0.025 zu bezahlen (vgl.

weiterer Auszug aus dem in Abbildung 29 wiedergegebene E-Mail: *Wir verstehen nun nicht, warum Sie wiederum mit einem Schreiben an Ihre Kundschaft gehen und die Einführung Ihrerseits von einer SFA ankünden, nota-bene mit 0.025 CHF per kg. Die ausgelöste Verwirrung durch das Schreiben CFS von 24.04.2007 (warum erst am 24.04.2007 / wir haben doch bereits am 12.04.2007 die Positionen beschrieben) ist bereits spürbar. Die SFA ist klar Sache der Spedition und deren Umsetzung am Markt.*)

- Auf diese Frage haben zwei [Luftfrachtspediteurin]-Mitarbeiter geantwortet. Die eine Antwort vom 30. April 2007 lautete:

Ja [REDACTED] hat mit [REDACTED] von [REDACTED] gesprochen Sie machen es gleich.

- Die zweite Antwort vom gleichen Tag:

Wir werden den generellen E-Newsletter Verteiler verwenden, da dieser die meisten Kunden abdeckt.

[REDACTED] wird am 14. Mai mit dem Kundenschreiben rausgehen.

[REDACTED] hat hier mehr Infos dazu.

- [Luftfrachtspediteurin]-internes E-Mail vom 2. Mai 2007 zur eigenen Umsetzung der SFA:

Bin sicher, dass viele von den Grossen das nicht einfach akzeptieren werden. Von [REDACTED] haben wir ja die gleiche Info erhalten. [REDACTED] hat heute nochmals bestätigt, dass sie das Mail an alle Kunden verschickt haben. Entsprechend sollten wir wenn möglich noch heute den Versand machen.

Abbildung 36

157. Dass auf die Umsetzung durch die Konkurrenz geachtet wurde, zeigen folgende Auszüge aus einem [Luftfrachtspediteurin]-internen E-Mailverkehr:

- [Luftfrachtspediteurin]-internes E-Mail vom 11. Mai 2007 bezüglich einer Kundeninformation über das Verhalten der Konkurrenz:

Er hat gesagt, dass er von [REDACTED] noch nichts gehört hat und [REDACTED] nicht weiss was er tun sollte
Meiner Meinung muss unbedingt jemand [REDACTED] und [REDACTED] informieren, dass sie diese Gebühr ebenfalls durchsetzen sollen.

- Antwortmail vom gleichen Tag:

Habe heute von [REDACTED] die gleiche Info bekommen. Die Umsetzung der Gebühr ist jedem selber überlassen [REDACTED] hat jedoch das Mail auch rausgeschickt Werde das mal bei ZSV ansprechen.

Abbildung 37

158. Die SFA wurde durch alle Verfahrensadressaten (LFK) der Zürcher Speditionsvereinigung (ZSV) vom 18. Juni 2007 festgestellt.⁷⁰ wurde anlässlich einer Sitzung der Luftfrachtkommission

SFA - Security Fee Agent

Die LFK stellt eindeutig fest, dass die Einführung dieser Gebühr vom Markt angenommen und von den Speditionsfirmen gut umgesetzt wurde. Von einzelnen Ausnahmen abgesehen, haben praktisch alle Exporteure (auch die Mehrheit der im SSC organisierten Firmen) die Kosten angenommen. Zu

Abbildung 38

159. Anlässlich der nächsten Sitzung der LFK-ZSV vom 8. August 2007 wurde konstatiert:

Spedition nochmals die gesamte Situation geschildert. Wir stehen unter dem Eindruck, dass nun die SFA zu 99% anerkannt wird.

Abbildung 39

3. Zwischenergebnis betreffend SFA

160. Auslöser für die SFA war der gestiegene Sicherheitsaufwand am Flughafen Zürich. Da es sich um einen rein schweizerischen Kostenfaktor handelte, fand die Koordination der Luftfrachtspediteure auf nationaler

Ebene statt, teilweise auch auf regionaler Ebene im

⁷⁰ „SSC“ ist die Abkürzung für „Swiss Shippers Council“, einer Organisation der Schweizer Verladerschaft, d.h. der Kunden der Spediteure (vgl. www.swiss-shippers.ch; 10.08.2012).

Rahmen der ZSV. Gemeinsamer Nenner mit den oben dargestellten Gebühren bildet der Umstand, dass es auch bei der SFA darum ging, eine koordinierte Lösung für einen gemeinsamen Kostenfaktor zu finden. Dies sollte – wie bereits bei den anderen, oben erwähnten Gebühren – hauptsächlich dazu dienen, die Akzeptanz bei den Kunden für die neue Gebühr bzw. für die Preiserhöhung zu erhöhen.

B.3.1.3.4 Weitere schweizspezifische Gebühren

1. E-dec-Gebühr

161. E-dec ist die Bezeichnung für die elektronische Zollerklärung, die ab dem 1. Januar 2006 für die Verzollung von Waren, die Kontingenten unterliegen, und ab dem 1. Juli 2006 für Verzollungen aller Art obligatorisch wurde. E-dec löste das Zollmodell 90 ab und machte u.a. gewisse Investitionen in Software Programme seitens der Spediteure erforderlich.

162. Im Rahmen der Kommission Zoll von Spedlogswiss wurde beschlossen, die entstandenen Kosten an die Kunden weiterzuleiten, diese Aufwendungen dürften nicht „an der Branche hängen bleiben“, wie folgender Auszug aus dem Protokoll der Kommission Zoll vom 24. November 2005 belegt:

Kosten und Gebühren

Die durch neue Hard- und Software, Schulung, Wartung etc. entstehenden Kosten dürfen nicht an der Branche hängen bleiben. Deshalb wünschen die Mitglieder einen Hinweis, in welcher Höhe diese Kosten den Kunden weiterbelastet werden können/sollen.

Es wird entschieden, dass kein Festbetrag vorgeschrieben wird, sondern eine Preisspanne von 10-15 CHF pro Verzollung. Dieser Preis kann je nach Wunsch den bestehenden Preisen aufgeschlagen, oder separat berechnet werden.

Abbildung 40

163. In der Folge versandte Spedlogswiss am 15. Dezember 2005 ein Zirkular (Zirkular 050/2005) mit dem Titel „Die Einführung von e-dec bedingt Preiserhöhung von ca. CHF 10.-- - CHF 15.-- pro Deklaration“. Dem Zirkular wurde ein Musterbrief für Kunden beigelegt, um den Spediteuren „die Kommunikation und Argumentation nach Aussen“ zu vereinfachen. Dieses Zirkular wurde in der Kommission Betriebswirtschaft von Spedlogswiss heftig kritisiert, wie aus dem Protokoll vom 23. Februar 2006 hervorgeht: „Da es kein konkreter Betrag ist, sondern ein Preisbereich, spielen die Kunden die einzelnen Spediteure gegeneinander aus, weil nicht alle gleich viel verlangen“. Die Kommission Betriebswirtschaft gelangte daher folgendem Schluss: „es sollten bei Kalkulationen, die in Zirkularen an die Mitglieder gehen, immer nur

konkrete Franken-Beträge erwähnt sein, kein Preisband.“

164. Mit Zirkular vom 19. Juni 2006 (Zirkular 032/2006) führte Spedlogswiss eine Umfrage über die Anwendung der e-dec-Gebühr durch. Mit Zirkular vom 17. Juli 2006 (Zirkular 034/2006) erinnerte Spedlogswiss daran, dass die Einführung von e-dec eine Preiserhöhung von CHF 10–15 bedinge, denn die Speditionswirtschaft sei „nicht in der Lage solche Kostensteigerungen mit den immer noch engen Margen zu absorbieren“.

165. Aus der Umfrage zog Spedlogswiss u.a. folgende Schlussfolgerungen, die sie in der Form eines Zirkulars vom 31. August 2006 (Zirkular 713/2006) mitteilte:

- Der Markt war offenbar auf die Einführung einer e-dec Gebühr vorbereitet. Eine hohe Akzeptanz ist spürbar. Die Unentschlossenen sind aufgefordert, ihre Position nochmals zu überdenken.
- Erfreulicherweise verrechnen vor allem die Grossen und Mittelgrossen die e-dec Gebühr systematisch und dies mit grossem Erfolg. Sie haben sichtlich die betriebswirtschaftliche Notwendigkeit erkannt. Allerdings wäre bei den Kleineren die Verrechnung einer e-dec Gebühr noch wichtiger, sind doch bei diesen die zusätzlichen Kosten pro Abfertigung wesentlich höher als bei den grossen Verzollern.

Abbildung 41

166. Wie es bereits die obige Passage vermuten lässt, haben die Mehrheit der internationalen Luftfrachtspediteure und Adressaten dieser Verfügung die e-dec-Gebühr umgesetzt.

2. Einfuhrsteuerabfertigungsgebühr

167. Das Verhaltensmuster der gemeinsamen Erörterung und allfälligen Überwälzung neuer Kostenfaktoren besteht schon seit vielen Jahren und kann als „etabliert“ bezeichnet werden, wie das Beispiel der Einfuhrsteuer-

abfertigungsgebühr zeigt. Diese Gebühr wurde im Rahmen des nationalen Verbandes (damals noch Schweizer Spediteur-Verband, SSV) vereinbart, um die durch die Einführung der Mehrwertsteuer im Januar 1995 entstandenen Kosten abzudecken. Die Einfuhrsteuerabfertigungsgebühr wurde auf CHF 10.-- festgelegt und als obligatorisch bezeichnet.

168. Anlässlich des Inkrafttretens des neuen Kartellgesetzes im Jahr 1996 versandte der SSV folgendes Zirkular:

Die Schweizerische Wettbewerbskommission macht uns darauf aufmerksam, dass die Preisabsprache, wie sie für die EST-Abfertigungsgebühr bestand, ab 1. Januar 1997 nicht mehr rechtens ist.

Der Vorstand des SSV hat deshalb beschlossen, die Bindung an die Abfertigungspauschale aufzuheben. Sie sind also nicht mehr verpflichtet Fr. 10.- pro Abfertigung in Rechnung zu stellen.

Der Vorstand des SSV empfiehlt Ihnen kosten- und risikogerechte Abfertigungskosten zu erheben, die je nach Kunde, Menge und Aufwand natürlich unterschiedlich sein können, d.h. die Fr. 10.- plus 0.5 % des Steuerbetrages können über- aber auch unterschritten werden.

Abbildung 42

169. Dieses Zirkular hat aber offenbar in der Praxis keine Auswirkungen gezeitigt, denn der Vizepräsident von Spedlogswiss hat anlässlich der GV 2006 festgehalten:

Am 1. Januar 1995 - das ist kein Geschichtsunterricht sondern Anschauungsunterricht - am 1. Januar 1995 hat die Mehrwertsteuer die WUST abgelöst. Viele von uns mögen sich an die damaligen Ängste und Sorgen erinnern. Die Not voraussehend ist die Branche eng zusammengerückt und hat nach gangbaren Wegen gesucht. Die Geschäftsstelle stand damals am Anfang der Professionalisierung und der junge Verbandsdirektor hat einen wesentlichen Beitrag geleistet.

Nebst grosser administrativer Hilfe, guter Schulung und einem klaren Konzept, haben ein paar sehr gescheite Köpfe die Einfuhrsteuerabfertigungsgebühr von CHF 10.- erfunden. Diese Gebühr hat sich bis jetzt, also 11 ½ Jahre lang erstaunlich gut gehalten. Das ist rekordverdächtig!

Ein kleines Rechenbeispiel: Unsere Branche fertigt mehr als 5 Mio. Einfuhren pro Jahr ab. Nehmen wir an, dass auf Grund von Lieferkonditionen nur die Hälfte aller Sendungen mit diesen CHF 10.- belastet werden können. Das macht 2,5 Mio. x 10 = CHF 25 Mio. Das mal 11 ½ - das gibt eine Zahl, da komme ich nicht mehr mit dem Rechnen mit. Für diesen Betrag müsste sogar Herr Ospel mehrere Jahre arbeiten. Jedem von uns sind auf diesem Weg Hunderttausende, wenn nicht Millionen in die Kassen geflossen. Wenn das keine notwendige und gute Erfindung war!

Abbildung 43

3. Zwischenergebnis betreffend weitere schweizspezifische Gebühren

170. Die e-dec-Gebühr sowie die Einfuhrsteuerabfertigungsgebühr sind zwei nationale Beispiele für die gemeinsame Erörterung und allfällige koordinierte Weiterbelastung von neuen externen Kostenfaktoren an die Kunden.

B.3.1.3.5 Ausländische Gebühren mit Auswirkungen in der Schweiz

1. Peak Season Surcharge (PSS)

171. Bei der Peak Season Surcharge (PSS) handelt es sich um einen Zuschlag auf die Frachtrate für Transporte zwischen Asien und Europa sowie Asien und USA aufgrund höherer Einkaufskosten in der Hochsaison. In dieser Periode erhöhen die Frachtführer ihre Raten um 20–30 %. Diese Preiserhöhung wird „General Rate Increase“ (GRI) genannt.

172. In den Jahren 2005–2007 haben in Hong Kong zahlreiche Treffen und Gespräche unter Beteiligung von Vertretern aller Verfahrensadressaten stattgefunden um die Erhebung oder zeitliche Erweiterung einer PSS und weitere Marktentwicklungen zu diskutieren. Belegt sind 7 Treffen welche jeweils im Grand Hyatt Hotel in Hong Kong oder im Hong Kong China Club stattfanden, meistens am Morgen unter der Bezeichnung „Frühstückstreffen“:

- Anlässlich des Treffens vom 9. August 2005 einigten sich die Teilnehmer auf die Erhebung einer PSS für Transporte ab Hong Kong nach Europa per 1. September 2005.
- Anlässlich des Treffens vom 21. September 2005 wurden die Reaktionen der Kunden auf die PSS besprochen.
- Anlässlich des Treffens vom 6. Dezember 2005 einigten sich die Teilnehmer auf eine Weiterführung der PSS bis Ende Januar 2006 (anstatt bis Ende Dezember 2005).
- Anlässlich des Treffens vom 13. Januar 2006 wurde die Umsetzung und Erweiterung der PSS besprochen.
- Anlässlich des Treffens vom 13. Februar 2006 tauschten sich die Teilnehmer über den Erfolg der PSS sowie über die Möglichkeit für eine weitere Verlängerung oder eine allgemeine Tarifierhöhung aus.
- Anlässlich des Treffens vom 23. Juni 2006 einigten sich die Teilnehmer über die Einführung der PSS von Hong Kong nach USA in der Höhe von 25 % per 1. August 2006. Die PSS für Europa wurde auf 20 % ab dem 1. September 2006 festgelegt.

- Anlässlich des letzten Treffens vom 21. Mai 2007 besprachen die Teilnehmer die PSS für das Jahr 2007.

173. Von den zahlreichen im Zusammenhang mit diesen Treffen ausgetauschten E-Mails genügt es zur Illustrati-

on das folgende E-Mail vom 23. Juni 2006 wiederzugeben, in welchem ein Teilnehmer [Name], [Luftfrachtspeiditeurin] die Ergebnisse des „Lunch Meeting“ vom gleichen Tag zusammenfasst:

The below lunch meeting organised by [REDACTED] was held today. Just like last year, the meeting is to quietly agree the PSS this year

It was agreed : 25% PSS for US wef Aug 1 and 20% PSS for Europe wef Sept 1.

Nobody raised any objection, participants included [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED]. Other agents although not in the meeting but also indicated their participation [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED].

I have not attended the meeting, but indicated to [REDACTED] that [REDACTED] have no objection.

Agent like [REDACTED] said they will be issuing PSS notice on July 1.

[REDACTED] I think you can get more information from your network and decide if we follow the PSS.

Abbildung 44

2. Currency Adjustment Factor (CAF)

174. Am 21. Juli 2005 beschloss die chinesische Regierung die Bindung der chinesischen Währung Renminbi (RMB) an den US-Dollar (USD) aufzuheben und wertete die eigene Währung um 2 % gegenüber dem USD auf. Die meisten Luftfrachtspediteure kaufen Luftfracht-Kapazitäten hauptsächlich in lokaler Währung ein und bezahlen die Gebühren und Zuschläge ebenfalls in lokaler Währung. Die Aufwertung des RMB führte demnach zu einer Erhöhung der Kosten der Spediteure in US-Dollar. Dies stellte ein erhebliches Problem dar, weil die meisten globalen Kunden in der Regel ihre Preisangelegenheiten und Ausschreibungen in US-Dollar tätigen.

175. Die Spediteure diskutierten intern, mit ihren Kunden sowie untereinander über mögliche Lösungen. Eine Überlegung war die Umstellung auf Verkaufspreise in RMB, eine andere, die Erhebung eines Zuschlags (Chinese Currency Adjustment Factor, CAF) bei Abrechnung in USD.

176. In den Jahren 2005 und 2006 fanden zahlreiche Treffen der grossen international tätigen Spediteure, d.h. unter Beteiligung von Vertretern aller Verfahrensadressaten, zur Besprechung der Wechselkursproblematik und des CAF. Belegt sind 5 Treffen in Hotels in Shanghai und eine Telefonkonferenz:

- Anlässlich des ersten Treffens vom 27. Juli 2005 wurde vereinbart, dass (1) zukünftig die ausländischen Kunden nur noch Offerten in RMB statt USD erhalten, (2) bestehende Verträge auf RMB gewechselt werden oder sollte dies nicht möglich sein (3) ein CAF von 2.1 % erhoben wird. Zudem wurde ein Teilnehmer beauftragt, ein Musterbrief für die Kunden zu entwerfen. Gemäss Aussagen eines Teilnehmers wurde das Treffen „sehr locker“ bzw. informell gehalten, da „Branchenversammlungen nicht erlaubt waren“. Als Folge des Treffens wurde ein eigenes E-Mail-Konto bei Yahoo für die „logistic community“ eingerichtet (rmb_rates_china@yahoo.com) für die spätere Kommunikation innerhalb der Gruppe. Über diese

Adresse wurde anschliessend der Musterbrief in Zirkulation gebracht und kommentiert.

- Anlässlich des Treffens vom 12. August 2005 berichteten die Teilnehmer über ihre ersten Einführungsschritte (Kundenbriefe) und über die ersten Kundenreaktionen. Zudem wurde beschlossen, den Kontakt zur Shanghai International Freight Forwarder Association (SIFFA) und der China International Freight Forwarder Association (CIFFA) zu suchen. In der Folge wurde der SIFFA der gemeinsam erstellte Musterbrief zugestellt.
- Anlässlich des Treffens vom 15. September 2005 erfolgte ein nächstes Update über die Einführung des CAF und jeder Teilnehmer hat die eigenen Implementierungsschritte dargelegt.
- Anlässlich des Treffens vom 18. November 2005 bestätigten die Teilnehmer die erfolgreiche Umsetzung in Bezug auf kleinere und mittelgrosse Kunden. Gewisse Grosskunden widersetzten sich jedoch dem CAF. Die Gruppe einigte sich darauf, bezüglich Grosskunden einen weiteren Vorstoss zu tätigen.
- Anlässlich der Telefonkonferenz vom 21. November 2005 wurden die Schlussfolgerungen des Treffens vom 18. November 2005 für die dort Abwesenden wiederholt.
- Anlässlich des Treffens vom 13. März 2006 einigten sich die Teilnehmer aufgrund einer weiteren Währungsanpassung des RMB auf eine Erhöhung des CAF von 2.1 % auf 3 %.

177. Am 15. Oktober 2005 empfahl die SIFFA ihren Mitgliedern, die Preise neu in RMB zu berechnen und, falls dies nicht möglich sein sollte, eine CAF von 2.1 % zu erheben. Am 29. März 2006 erfolgte die zweite SIFFA-Empfehlung, welche eine Erhöhung des CAF von 2.1 % auf 3 % vorsah.

178. Am 17. November 2005 beschloss das FFI Airfreight Asia Sub-Committee in Singapur die Initiativen zur

██████████ and I represented ██████████ in hosting a meeting last Friday afternoon at 4pm where more than 22 x pax, 12-15 log providers/fwdrs were in attendance. This meeting was meant to circulate feedback regarding market reaction to the aligned approach of CAF usage and introduction to RMB billing & RMB quoting for new business. The content of our letter refers.

Common feedback throughout the session indicates that for the most part, things look good. Most of our competitors have gotten the message out, and most, (like ██████████) are still awaiting concrete feedback from their Global Acct Mgrs as to the status of major global accounts. Have heard though from more than a few co's that some of their Global Accts have orally cfm'd acceptance of the CAF, and in some instances are accepting RMB billing immediately.

██████████ in particular has advised that up to '4' global accounts have accepted the CAF at 2.1%, although their corporate letter has not even been issued yet. I mention ██████████, as majority of their Global Acct customer base is US customers, like ██████████.

Many competitors have indicated that RMB billing is already in play for their SME's (Small, Medium Size co's), Non Global accts. This has never come up as an issue for any of the co's in attendance. Trust it is not an issue for us as well and that we are already billing accordingly.

██████████ in particular commented on a 1 Sept Global Acct implementation. Difficult to say whether or not this means they will actually commence CAF billing as of 1 Sept or will still negotiate with customers..

██████████ has received mixed feedback, although is taking a very firm approach on using RMB billing and quotes, even for Global accounts where possible, thereby bypassing the usage of CAF as a temporary measure. We also have this opportunity with ██████████ from what I can tell, and should know more when we are present for ██████████ Symposium next Thurs.

According to ██████████ things seem to be working.

██████████ has introduced CAF for major US customers.
 ██████████ has introduced CAF for major US customers.

Abbildung 47

3. „Gardening Club“ / New Export System-Gebühr (NES-Gebühr)

180. In Grossbritannien (UK) kam es zu Treffen zwischen den Wettbewerbern im Rahmen des sog. „Gardening Club“ (auch „Heathrow Garden Club“). Dieser bezeichnet die organisierten Treffen von Mitarbeitern der wichtigsten Spediteure (u.a. [Luftfrachtspediteurin], [Luftfrachtspediteurin], [Luftfrachtspediteurin], [Luftfrachtspediteurin], [Luftfrachtspediteurin], [Luftfrachtspediteurin], [Luftfrachtspediteurin], [Luftfrachtspediteurin] und [Luftfrachtspediteurin]). Nicht vertreten war offenbar [Luftfrachtspediteurin]). Im Rahmen der Treffen wurden verschiedenste geschäftsbezogene Themen im Bereich Luftfracht besprochen: Kontakte mit Luftfahrtgesellschaften, Geschäftsverlauf, Personalwesen und die Einführung und Anwendung neuer Gebühren und Zuschläge. Der Gardening Club war von Oktober 2002 bis mindestens am 26. November 2004 aktiv.

181. Die Mitglieder des „Gardening Clubs“ waren sich bewusst, dass ihre Gespräche problematisch sein könn-

ten. Im E-Mail-Verkehr wurden deshalb Codewörter für die besprochenen Zuschläge verwendet (so steht beispielsweise „Asparagus“ für die NES-Gebühr).

182. Im Rahmen des „Gardening Clubs“ wurde einerseits die Höhe der AAMS-Gebühr in UK (vgl. zur AAMS-Gebühr oben Rz 79 ff.) und andererseits die New Export System-Gebühr festgesetzt.

183. Beim „New Export System“ (NES) handelt es sich um eine in den Jahren 2002 und 2003 eingeführte, staatlich verordnete Deklarationspflicht für alle Exporte in Länder ausserhalb der EU (und somit auch in die Schweiz). Die Spediteure wurden verpflichtet, die Exporte ihrer Kunden den britischen Zollbehörden (HM Revenue & Customs) vor dem Export elektronisch anzumelden. Im Rahmen des „Gardening Club“ wurde im Jahr 2002 eine NES-Gebühr von GBP 25 (für Kunden ohne Spezialvereinbarung) bzw. GBP 14–16 (für Kunden mit Spezialvereinbarung) festgesetzt.

184. Zur Illustration dient folgendes E-Mail vom 10. Oktober 2002 von [Name], [Luftfrachtspediteurin]:

Subject: Heathrow Garden Club

Dear All,

Apologies for late advice, due to travelling, however can now detail the new prices for asparagus for the forthcoming season as discussed and agreed.

Standard Asparagus : full tariff GBP 25-00 first two asparagus foc after which a charge of between GBP 2-50 and GBP 4-50 will apply

Contractual Asparagus : guideline tariff GBP 14-00 to GBP 16-00 note first two asparagus foc after which a charge of between GBP 1-00 and GBP 2-00 will apply

Commercial Bulk Quantity : commercial to apply subject to conditions as discussed

Can someone please forward to [REDACTED] (Head Planter) whose email address I do not hold.

Abbildung 48

4. Zwischenergebnis betreffend ausländische Gebühren

185. Die im Ausland festgesetzten Gebühren PSS, CAF und NES-Gebühr haben sich auch in der Schweiz ausgewirkt, da sie Schweizer Kunden mit Exporten aus den betroffenen Regionen (z.B. aus Hong-Kong bezüglich der PSS) nach Möglichkeit verrechnet wurden. Diese drei exemplarischen Gebühren zeigen auf, dass es sich um ein globales Verhaltensmuster der international tätigen Spediteure handelte, sich bei neuen Kostenelementen über die Weiterverrechnung an die Kunden zu koordinieren. Dabei wurde das jeweils für die Koordination am besten geeignete Instrument gewählt, zumeist multilaterale Kontakte in Form von Treffen und umfangreicher E-Mail-Austausch. Die Koordination erfolgte aber auch im Rahmen ausländischer Verbandsorganisationen. Je nach Land mag zwar der Kreis der beteiligten Spediteure grösser oder kleiner gewesen sein, die international tätigen Spediteure waren aber regelmässig involviert, wenn auch in unterschiedlichem und im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht restlos geklärt Ausmass.

186. Die Beispiele zeigen weiter auf, dass sich die Spediteure bewusst waren, dass ihre Verhaltensweisen vermutlich unzulässig waren, weshalb sie entsprechende Gegenmassnahmen ergriffen haben (z.B. die Codewörter in England oder die Kommunikation über ein speziell dafür eingerichtetes E-Mail-Konto in Shanghai).

187. Schliesslich fällt auf, dass auch bei den vorgenannten ausländischen Gebühren auf eine gleichzeitige und einheitliche Kommunikation der Spediteure gegenüber der Kundschaft geachtet wurde, um die Akzeptanz der Gebühren zu erhöhen.

B.3.1.3.6 Ergebnis: Vorliegen einer Gesamtabrede

188. Aus der obigen, detaillierten Darstellung des Verhaltens der grossen, international tätigen Luftfrachtspediteure hinsichtlich mehrerer, exemplarisch ausgewählter Gebühren (AAMS-Gebühr, SCF, SFA, E-dec-Gebühr, Einfuhrsteuerabfertigungsgebühr, PSS, CAF, NES-Gebühr) erschliesst sich ein generelles Verhaltensmuster. Regelmässig wenn diese Unternehmen mit neuen, gemeinsamen Kostenfaktoren konfrontiert wurden, haben sie sich hinsichtlich der Reaktion auf diese Kosten

koordiniert. Der minimale Konsens bestand darin, gemeinsam zu erörtern, wie bezüglich solcher Kostenfaktoren vorzugehen sei und gegebenenfalls ob und in welcher Höhe sie auf die Kunden abzuwälzen seien. Teilweise wurde versucht, durch gemeinsames Auftreten gegenüber den für die neuen Kosten verantwortlichen Unternehmen (z.B. den Airlines oder den Handlingagenten) die Kosten zu vermeiden. In allen dargestellten Fällen wurde aber letztendlich eine neue, einheitliche Gebühr geschaffen, um diese Kosten an die Kunden weiter zu verrechnen. Zumindest in den dargestellten Fällen herrschte ein Grundkonsens darüber, dass die betreffenden Kosten nicht bei der Branche verbleiben durften, und daher auch, dass hinsichtlich der Weiterbelastung dieser Kosten kein Wettbewerb zwischen den Spediteuren entstehen sollte. In den meisten Fällen wurde nicht nur die Schaffung einer neuen Gebühr beschlossen, sondern gleichzeitig auch deren Höhe festgelegt. Schliesslich wurde darauf geachtet, dass eine gemeinsame Kommunikation gegenüber den Kunden sichergestellt werden konnte, sei dies durch eine Instrumentalisierung der Branchenverbände und die Herausgabe von Empfehlungen und Zirkularen, sei dies durch das gemeinsame Verfassen von Kundenbriefen. Ziel der gemeinsamen Kommunikation war es, die Akzeptanz der Kunden für diese Gebühren zu erhöhen und dafür zu sorgen, dass diese als objektiv notwendige Weiterleitung von Kosten und nicht als individuelle Preiserhöhung empfunden werden (und deren Bezahlung dementsprechend weniger in Frage gestellt wird).

189. Die obige Darstellung hat auch aufgezeigt, dass erstens nicht immer alle Untersuchungsadressaten gleichermaßen in die Koordination der einzelnen Gebühren involviert waren und dass die Umsetzung der Gebühren unterschiedlich konsequent erfolgt ist, zuweilen haben einzelne Unternehmen einzelne Gebühren auch gar nicht umgesetzt. Zweitens waren auf lokaler Ebene teilweise auch weitere Unternehmen beteiligt, welche im vorliegenden Verfahren nicht Untersuchungsadressaten sind, und es wäre wohl teilweise möglich, bezüglich einzelner Gebühren eine eigene Wettbewerbsabrede zu bejahen. Entsprechend den einleitenden Erwägungen zur Gesamtabrede (vgl. oben Rz 73 ff.) führen diese Elemente nicht dazu, dass das Vorliegen einer übergeordneten Gesamtabrede in Frage gestellt

werden müsste. Die weltweite Verbreitung des Verhaltensmusters, die Auswahl der jeweils passenden Koordinationsinstrumente, die Existenz des FFI zur Wahrung der Interessen der grossen international tätigen Spediteure, die zahlreichen Kontakte auf allen Stufen zwischen diesen und der Umstand, dass jedenfalls bei den dargestellten Gebühren jeweils eine Mehrheit der 5 grossen international tätigen Luftfrachtspediteure Agility (GeoLogistics), Deutsche Bahn (BAX/Schenker), Deutsche Post (DHL), Kühne+Nagel und Panalpina involviert waren, lassen den Schluss zu, dass zwischen diesen Parteien eine Gesamtabrede bestand. Inhalt dieser Gesamtabrede war, dass die Weiterbelastung von neuen Kostenfaktoren an die Kunden erörtert und gegebenenfalls koordiniert werden muss. Ob im Bereich der Luftfrachtspedition nebst den oben dargestellten Gebühren und Zuschlägen weitere Gebühren, Zuschläge oder sonstige exogene Kostenfaktoren Gegenstand von Preisabreden zwischen den Parteien waren, kann vorliegend offen bleiben. Zudem gilt es an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass die Beurteilung über das Vorliegen einer Gesamtabrede aus Sicht der schweizerischen Behörde, unter Beurteilung der sich in der Schweiz auswirkenden Sachverhaltselemente und auf der Grundlage des schweizerischen Rechts erfolgt ist. Dies bedeutet, dass das vorliegende Ergebnis nur Gültigkeit bezüglich der Schweiz beanspruchen kann.

190. Im Rahmen der Stellungnahmen und Hearings haben diverse Parteien das Vorliegen der dargelegten Gesamtabrede bestritten und argumentiert, wenn schon müsste für die Gebühren AAMS, PSS, NES und CAF von vier voneinander unabhängigen Gesamtabreden ausgegangen werden. So hat namentlich die Deutsche Bahn vorgebracht, die Kriterien zur Annahme einer Gesamtabrede seien nicht erfüllt: Es habe kein gemeinsames Ziel bzw. kein Gesamtplan vorgelegen, es habe keine verbundenen, sich ergänzenden Handlungen gegeben, und es habe an einem gegenseitigen Bewusstsein und Teilnahme durch stillschweigende Teilnahme gefehlt.⁷¹ Die WEKO hat diese Vorbringen der Parteien geprüft, ist aber zum Ergebnis gelangt, dass aus Darstellung des Sachverhalts im Rahmen dieser Verfügung hervorgeht (namentlich aus den Rz 79 ff.), dass die nach schweizerischem Recht massgebenden Kriterien zur Annahme der Gesamtabrede – wie sie oben definiert wurde (vgl. Rz 188) – erfüllt sind. Aufgrund des Vorliegens einer einvernehmlichen Regelung sowie des in den Stellungnahmen geäusserten Wunsches der Parteien das Vorliegen der Gesamtabrede nicht zu ausführlich zu begründen, verzichtet die WEKO darauf, die Vorbringen der Parteien an dieser Stelle eingehender zu widerlegen.

B.3.1.4 Gesamtabrede ist eine Wettbewerbsabrede

191. Die nachgewiesene Gesamtabrede kann als Wettbewerbsabrede qualifiziert werden,⁷² d.h., es liegt a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen vor und b) mit der Gesamtabrede wird eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt. Beide Tatbestandselemente können bejaht werden, da sich die Unternehmen hinsichtlich aller dargestellten Gebühren koordiniert haben, mit dem Ziel der Sicherstellung der Weiterbelastung von diesen neuen Kostenfaktoren. Zudem konnte nicht nur das „Bezwecken“ einer Wettbewerbsbeschränkung be-

legt werden, sondern auch das „Bewirken“, da alle dargestellten Gebühren – wenn auch unterschiedlich konsequent – am Markt eingeführt und den Kunden belastet wurden (vgl. eingehend unten Rz 221 und Rz 237).

B.3.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs

192. Gemäss Art. 5 Abs. 3 KG wird die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs bei folgenden Abreden vermutet, sofern sie zwischen Unternehmen getroffen werden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen:

- a. Abreden über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen;
- b. Abreden über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen;
- c. Abreden über die Aufteilung von Märkten nach Gebieten oder Geschäftspartnern.

B.3.2.1 Vorliegen einer horizontalen Preisabrede

193. Für die Unterstellung unter Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG ist die Wirkung der Preisfestsetzung entscheidend. Mit welchen Mitteln diese erreicht wird, ist ohne Belang. Der Vermutungstatbestand bezieht sich auf jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder Preiskomponenten. Er erfasst ferner direkte oder indirekte Preisfixierungen. Er gilt beispielsweise nicht nur für Abreden über Rabatte, sondern auch für Vereinbarungen über Kriterien zur Anwendung von Rabatten, soweit diese zu einer Preisfestsetzung führen. Die gleichen Grundsätze gelten auch für Abreden über Kalkulationsvorschriften, soweit damit letztlich die Wirkung der Preisfestsetzung bezüglich einzelner Preiselemente erreicht wird.⁷³ Eine Preisabrede liegt mit anderen Worten nicht nur vor, wenn ein konkreter Preis, sondern auch wenn bloss einzelne Komponenten (Preisbestandteile) oder Elemente der Preisbildung fixiert werden.⁷⁴ Als Preisabrede gilt weiter auch die Fixierung einer bestimmten Bandbreite. Auch bei Nichtvorliegen von identischen Preisen kann diese Art der Abrede gegenüber einer Wettbewerbssituation zu einem erhöhten Preisniveau führen.⁷⁵

194. Gemäss der Praxis der WEKO ist weiter von einer Preisabrede auszugehen, wenn sich Unternehmen in Bezug auf Höhe und Umsetzungszeitpunkt von bevorstehenden Preiserhöhungen koordinieren. Eine solche

⁷¹ Vgl. Stellungnahme der Deutschen Bahn vom 12. November 2012, S. 5 ff.

⁷² Wenn nachfolgend im Rahmen dieser Verfügung von einer „Abrede“ gesprochen wird, ist stets die in diesem Abschnitt definierte Gesamtabrede gemeint.

⁷³ Vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 23. November 1994, BBl 1995 I 468, 567.

⁷⁴ Vgl. BGE 129 II 18, 31 ff. E. 6.5.5 (= RPW 2002/4, 742 E. 6.5.5) *Buchpreisbindung*.

⁷⁵ Vgl. RPW 2010/4, 755 Rz 348 f., *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*, m.w.H.; RPW 2001/4, 699 Rz 22, *Privatärztetarife im Kanton Zürich*.

Verhaltenskoordination bezweckt die Ausschaltung der mit einer einseitigen Preiserhöhung verbundenen Risiken, insbesondere des Risikos, Marktanteile zu verlieren. Der Austausch von Preisinformationen ermöglicht es den Beteiligten, ihr eigenes Verhalten auf dem Markt den Informationen entsprechend anzupassen.⁷⁶

195. Im vorliegenden Fall betrifft die Gesamtabrede die Koordination neuer exogener Kostenfaktoren und gegebenenfalls deren Weiterleitung an die Kunden in der Form von Gebühren und Zuschlägen. Diese Gebühren und Zuschläge stellen Preisbestandteile dar, so dass eine Preisabrede vorliegt, die sich jedenfalls in den oben dargestellten Fällen ausgewirkt hat.

196. Bei den Untersuchungsadressaten handelt es sich mit Ausnahme von Spedlogswiss um Luftfrachtspediteure, welche tatsächlich miteinander im Wettbewerb stehen, d.h. als aktuelle Konkurrenten auf derselben Marktstufe tätig sind. Es kann daher eine horizontale Preisabrede zwischen den international tätigen Luftfrachtspediteuren bejaht werden. Keine horizontale Preisabrede abgeschlossen hat hingegen Spedlogswiss, da der Verband gar keine Speditionsdienstleistungen auf dem Markt anbietet (vgl. oben Rz 49).

197. Damit greift die gesetzliche Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gemäss Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG für die Gesamtabrede der internationalen Luftfrachtspediteure.

B.3.2.2 Umstossung der gesetzlichen Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG

198. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann umgestossen werden, falls trotz der Wettbewerbsabrede wirksamer – aktueller und potentieller – Aussenwettbewerb (Wettbewerb durch nicht an der Gesamtabrede beteiligte Unternehmen) oder Innenwettbewerb (Wettbewerb unter den an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen) besteht.

B.3.2.2.1 Aussenwettbewerb

199. Um die Intensität des Aussenwettbewerbs zu prüfen, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen. Daran anschliessend ist festzustellen, inwieweit die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen in ihrem Verhalten durch aktuellen oder potenziellen Wettbewerb diszipliniert werden, d.h. ob sie überhaupt über die Möglichkeit verfügen, die Preise zu erhöhen oder die Mengen zu reduzieren oder die Qualitäten zu senken oder die Innovation zu verzögern; kurz: ob sie volkswirtschaftliche oder soziale Schäden verursachen können.

1. Relevanter Markt

a. Sachlich relevanter Markt

200. 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 VKU⁷⁷, der hier analog anzuwenden ist).

201. Spedition kann als eine Dienstleistung, welche die Versendung oder Beförderung von Waren und Gütern abwickelt, definiert werden. Dabei umfasst sie nicht nur die Organisation der Beförderung, sondern kann weitere

auf die Beförderung bezogene Dienstleistungen enthalten (so z.B. Umschlag, Verzollung, Lagerhaltung oder logistische Zusatzleistungen). Die Transportleistung kann per Eisenbahn, LKW (Land), Flugzeug (Luft) oder Schiff (Wasser) erfolgen. Der Spediteur ist meist nicht Besitzer von entsprechenden Transportmitteln und führt den Transport auch nicht selbst durch, sondern kauft Kapazitäten bei Drittparteien (z.B. Reedereien oder Fluggesellschaften) ein.⁷⁸

202. Als direkte Marktgegenseite der an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen sind Personen oder Unternehmen zu bezeichnen, welche Waren oder Güter versenden wollen (nachfolgend auch als *Kunden* oder *Verlader* bezeichnet). Typischerweise wird in der schweizerischen und der europäischen Praxis für den *Transport* von Gütern zwischen „Sendung“ (Güter bis 50 kg) und „Fracht“ (Güter über 50 kg) unterschieden.⁷⁹ Eine solche Unterscheidung rechtfertigt sich durch die Tatsache, dass die Abwicklung des Transports von Gütern unter 50 kg – im Gegensatz zu jener von Gütern über 50 kg – keine besonderen maschinellen Hilfsmittel benötigt. Da ein Spediteur die Transportleistung „nur“ organisiert, jedoch nicht selber durchführt, ist diese Unterscheidung vorliegend nicht von Belang. Die Europäische Kommission hat hierzu ebenfalls festgehalten: „[...] a clear distinction based on a certain (minimum) weight for consignments shipped did not exist for freight forwarding. Freight forwarders can and do accept small shipments“.⁸⁰

203. Bezüglich der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes im Bereich „Spedition“ erscheint es mangels Schweizer Präjudizien sinnvoll, sich an der reichhaltigen Praxis der Europäische Kommission zu orientieren.⁸¹ Vor diesem Hintergrund ist es angezeigt, folgende Abgrenzungen vorzunehmen: (a) zwischen binnenländischen und grenzüberschreitenden und (b) zwischen Bodenfracht-, Luftfracht- und Seefracht-Spedition.

⁷⁶ Vgl. RPW 2010/4, 755 Rz 348 f., *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*; WEKO, Verfügung vom 10. Mai 2010: *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*, 48 Rz 258 m. w. H. (abrufbar auf der Website der WEKO unter www.weko.admin.ch > Aktuell > Letzte Entscheide > Verfügung Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen [17.08.2012]); vgl. auch MASSIMO MOTTA, *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge 2004, 150 ff.

⁷⁷ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

⁷⁸ Vgl. auch schon oben Rz 3 ff.; vgl. weiter <http://de.wikipedia.org/wiki/Spedition> (25.04.2012) sowie KOMM, Entscheidung vom 07.02.2000 (COMP/M.1794) *Deutsche Post/Air Express International*, Rz 8.

⁷⁹ RPW 1999/1, 129 Rz 15, Zusammenschlussvorhaben *Deutsche Post AG – Danzas Holding AG*; KOMM, Entscheidung vom 23.02.1999 (COMP/M.1347) *Deutsche Post/Securicor*, Rz 14.

⁸⁰ KOMM, Entscheidung vom 07.02.2000 (COMP/M.1794) *Deutsche Post/Air Express International*, Rz 10.

⁸¹ Vgl. u.a. KOMM, Entscheidung vom 24.11.2005 (COMP/M.3971) *Deutsche Post/Excel*, Rz 9 ff.; KOMM, Entscheidung vom 07.02.2000 (COMP/M.1794) *Deutsche Post/Air Express International*, Rz 8 ff. Die Schweizerischen Wettbewerbsbehörden haben sich bisher noch nicht zu Speditionsmärkten geäussert. Im Zusammenschlussvorhaben *Deutsche Post/Danzas* (RPW 1999/1, 129 ff. Rz 13 ff.) wurden Transport- und Logistikmärkte analysiert.

(i) Abgrenzung von binnenländischer und grenzüberschreitender Spedition

204. Die unterschiedlichen Anforderungen an die Organisation des Versands von Waren und Gütern innerhalb eines Landes und im grenzüberschreitenden Bereich führt dazu, dass Unternehmen sich meistens auf eine der genannten Speditionsarten – binnenländisch oder grenzüberschreitend – konzentrieren.⁸² Für einen Kunden, welcher Waren oder Güter im Inland versenden möchte, stellt daher ein Spediteur, welcher im grenzüberschreitenden Bereich tätig ist, keine Alternative dar und umgekehrt.

205. Eine weitere Aufteilung der „grenzüberschreitenden Spedition“ (u.a. nach einzelnen Destinationen) ist nicht angebracht, da ein Spediteur im grenzüberschreitenden Bereich generell alle Destinationen bedient oder zumindest bedienen könnte. „Grenzüberschreitende Spedition“ umfasst damit den Versand von Gütern aus einem Land in ein beliebiges anderes Land.⁸³

(ii) Abgrenzung von Bodenfracht-, Luftfracht- und Seefracht-Spedition

206. Ein starker Hinweis dafür, dass eine Unterteilung in Bodenfracht-, Luftfracht- und Seefracht-Speditionsmärkte sachgerecht ist, ergibt sich aus dem Umstand, dass die Speditionsunternehmen und die Speditionsverbände in der Regel selber diese Transportarten unterscheiden und auch entsprechend organisiert und strukturiert sind.

207. Des Weiteren unterscheiden sich Bodenfracht-, Luftfracht- und Seefracht-Speditionsdienstleistungen für den Kunden stark bezüglich verschiedener Faktoren – u.a. Geschwindigkeit und Tarifstruktur. Gemäss einer Logistikmarktstudie aus dem Jahr 2012 bietet die Luftfracht v.a. die Vorteile der Schnelligkeit, der Sicherheit und der Hohen Pünktlichkeit. Auf der anderen Seite werden die relativ hohen Transportkosten als Nachteil der Luftfracht gegenüber Wasser- oder Landfracht hervorgehoben.⁸⁴ Von da her werden Luftfracht-Speditionsdienstleistungen v.a. dann in Anspruch genommen, wenn Schnelligkeit und Pünktlichkeit von Bedeutung sind. Ein Ausweichen auf Seefracht- oder Landfracht-Spedition ist in diesen Fällen meist nicht möglich. Es ist daher ein eigener sachlich relevanter Markt für den Bereich Luftfracht-Spedition abzugrenzen.⁸⁵

(iii) Weitere Abgrenzungen

208. In einem frühen Entscheid zur Abgrenzung von Speditionsmärkten (Deutsche Post/Air Express International⁸⁶) hat die Europäische Kommission eine Unterteilung der Speditionsmärkte in „Express“ und „Standard“ vorgenommen. In einem späteren Entscheid (Deutsche Post/Exel⁸⁷) ist die Kommission jedoch auf diese Abgrenzung zurückgekommen und hat festgehalten, dass sie eine solche Segmentierung innerhalb der internationalen Luftfrachtspedition nicht mehr für angebracht hält: Obwohl auch in der Luftfrachtspedition nach wie vor unterschiedliche Angebote bezüglich Geschwindigkeit existierten, würden diese nicht als Teil eines eigenen Produktmarktes gesehen. Dieser Auffassung kann zugestimmt werden, so dass zumindest für den Bereich der internationalen Luftfrachtspedition keine Abgrenzung nach Zustellgeschwindigkeit vorzunehmen ist.

209. Eine detaillierte Segmentierungen nach Art der Waren und Güter – z.B. eine separate Abgrenzung von Märkten für verderbliche Waren, für Luxusgüter etc. – scheint vorliegend nicht sachgerecht, da ein Spediteur grundsätzlich in der Lage ist, den Transport sämtlicher Waren zu organisieren. Auch die EU-Kommission hat von einer solche Segmentierung abgesehen.⁸⁸

210. Aufgrund des Untersuchungsabschlusses durch eine einvernehmliche Regelung kann auf eine zusätzliche Analyse des Marktes (beispielsweise mittels SSNIP-Test⁸⁹ bzw. umfangreicher Befragungen) verzichtet werden, insbesondere da sich keine Anhaltspunkte dafür ergeben haben, dass die dargelegte Marktsegmentierung für den vorliegenden Fall unzureichend wäre. Wie in Rz 76 ff. gezeigt, beziehen sich die untersuchten Verhaltensweisen auf den Bereich internationale Luftfrachtspedition. Gestützt darauf ist für die weitere Analyse vom sachlich relevanten Markt für *internationale Luftfrachtspedition* auszugehen.

b. Räumlich relevanter Markt

211. 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).

212. Auch zur Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes kann die Praxis der Europäischen Kommission herangezogen werden. So hat diese im Entscheid Deutsche Post/Air Express International⁹⁰ die geographische Dimension des relevanten Marktes als national angedacht, jedoch darauf hingewiesen, dass eine Ausdehnung auf eine Dimension grösser als national (z.B. europaweit) denkbar wäre. Für eine nationale Abgrenzung spricht gemäss EU-Kommission die Tatsache, dass Kunden Spedition als nationale Dienstleistung wahrnehmen und sich daher in erster Linie an nationale Gesellschaften wenden. Ebenfalls hätten internationale Unternehmen meist lokale Niederlassungen in einem Land und es existierten Preisunterschiede zwischen den Ländern.

⁸² Vgl. KOMM, Entscheid vom 07.02.2000 (COMP/M.1794) *Deutsche Post/Air Express International*, Rz 9.

⁸³ Vgl. Fn 82.

⁸⁴ Vgl. Logistikmarkt 2012 – Das umfassende Nachschlagewerk für Logistik und Supply Chain Management, 93, GS1 Schweiz; vgl. weiter HANS-HELMUT GRANDJOT, Leitfaden Luftfracht, München 2002, 125 sowie JOACHIM EHRENTAL, JOERG S HOFSTETTER, WOLFGANG STÖLZLE, Die St. Galler Luftfracht-Studie – Luftfracht als Wettbewerbsfaktor des Wirtschaftsstandortes Schweiz, 2010, 24 sowie Fn 82.

⁸⁵ Auf die Abgrenzung zwischen Bodenfracht- und Seefracht-Spedition wird nicht weiter eingegangen, da diese Bereiche nicht Gegenstand der vorliegenden Verfügung sind.

⁸⁶ Vgl. Fn 82.

⁸⁷ KOMM, Entscheid vom 24.11.2005 (COMP/M.3971) *Deutsche Post/Exel*, Rz 12 ff.

⁸⁸ KOMM, Entscheid vom 07.02.2000 (COMP/M.1794) *Deutsche Post/Air Express International*, Rz 10.

⁸⁹ MOTTA (Fn 76), 102 ff.

⁹⁰ KOMM, Entscheid vom 07.02.2000 (COMP/M.1794) *Deutsche Post/Air Express International*, Rz 13 ff.

213. In verschiedenen nachfolgenden Entscheiden hat sich die Kommission teilweise dahingehend geäußert, dass der Trend zur Internationalisierung in der Speditionsbranche soweit fortgeschritten sei, dass es gerechtfertigt scheine, den geographisch relevanten Markt EWR-weit abzugrenzen.⁹¹ Im Gegensatz dazu steht ein jüngerer Entscheid (Norbert Dentressangle/Laxey Logistics⁹²), in welchem festgehalten wird: „Nevertheless, the market investigation conducted in the present case did not indicate clearly that the geographic dimension of the market was broader than national.“⁹³ Eine definitive räumliche Marktabgrenzung wurde schliesslich in keinem Entscheid vorgenommen.

214. In casu scheint es sinnvoll, im Sinne einer Arbeitshypothese von nationalen Märkten auszugehen, da die Kundennähe in der Speditionsbranche ein wichtiger Faktor ist und die meisten der grossen, international tätigen Spediteure eigene nationale Niederlassungen in verschiedenen Ländern (so auch in der Schweiz) haben.⁹⁴ Eine endgültige Marktabgrenzung ist aber nicht

erforderlich, da auch bei einer internationalen Marktabgrenzung nur die Auswirkungen in der Schweiz für die Beurteilung nach Schweizer Kartellrecht massgebend wären.

215. Nachfolgend wird geprüft, inwiefern die an der Wettbewerbsabrede beteiligten Unternehmen in ihrem Verhalten durch aktuellen oder potenziellen Aussenwettbewerb diszipliniert wurden.

2. Aktueller Wettbewerb

216. Sämtliche an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen sind (und waren im relevanten Zeitraum) im Markt für internationale Luftfrachtspedition tätig. Unternehmen, welche im Markt für internationale Luftfrachtspedition tätig sind, werden nachfolgend auch als Luftfrachtspediteure bezeichnet. Tabelle 1 gibt Auskunft über die Anteile am relevanten Markt der an der Gesamtabrede beteiligten Luftfrachtspediteure für die Jahre 2000–2007.

Tabelle 1: Marktanteile der an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Deutsche Post	[10–15] %	[10–15] %	[10–15] %	[15–20] %	[15–20] %	[15–20] %	[20–25] %	[20–25] %
Deutsche Bahn	[0–5] %	[0–5] %	[0–5] %	[0–5] %	[0–5] %	[5–10] %	[5–10] %	[5–10] %
Kühne + Nagel	[0–5] %	[0–5] %	[0–5] %	[0–5] %	[0–5] %	[0–5] %	[5–10] %	[5–10] %
Panalpina	[10–15] %	[10–15] %	[10–15] %	[10–15] %	[15–20] %	[15–20] %	[15–20] %	[15–20] %
Agility	[0–5] %	[0–5] %	[0–5] %	[0–5] %	[0–5] %	[0–5] %	[5–10] %	[0–5] %
Total	24.86 %	32.76 %	35.97 %	38.91 %	46.61 %	49.89 %	56.97 %	56.12 %

Quelle: Ermittlungen des Sekretariats.⁹⁵

217. Tabelle 1 verdeutlicht, dass die an der Gesamtabrede beteiligten Luftfrachtspediteure ihre Marktanteile kontinuierlich ausbauen (oder zumindest stabil halten) konnten. Ab dem Jahr 2005 vereinten sie rund 50 % oder mehr des relevanten Marktes auf sich. Es handelt sich um die fünf grössten Unternehmen im relevanten Markt. Dies wird durch die Antworten auf den am 1. Dezember 2008 versendeten Fragebogen bestätigt, da diese fünf Unternehmen am häufigsten als „grösste

Wettbewerber“ im Markt für internationale Luftfrachtspedition genannt wurden.⁹⁶ Bei sämtlichen an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen handelt es sich zudem um weltweit tätige Grosskonzerne (vgl. oben Rz 7 ff.).

218. Die aggregierten Marktanteile der nicht an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen im Markt für internationale Luftfrachtspedition („Andere“) können der nachfolgenden Tabelle 2 entnommen werden:

Tabelle 2: Aggregierte Marktanteile der nicht an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Andere	75.14 %	67.24 %	64.03 %	61.09 %	53.39 %	50.11 %	43.03 %	43.88 %

⁹¹ Vgl. u.a. KOMM, Entscheid vom 24.11.2005 (COMP/M.3971) *Deutsche Post/Exel*, Rz 25 ff.

⁹² Vgl. KOMM, Entscheid vom 21.03.2011 (COMP/M.6059) *Norbert Dentressangle/Laxey Logistics*, Rz 20 ff.

⁹³ KOMM, Entscheid vom 21.03.2011 (COMP/M.6059) *Norbert Dentressangle/Laxey Logistics*, Rz 22.

⁹⁴ Vgl. Logistikmarktstudie (Fn 84), 156.

⁹⁵ Berechnungsgrundlage bildeten die Daten der International Air Transport Association (IATA) über die per Luftfracht zwischen der

Schweiz und dem Ausland transportieren Waren- und Gütermengen. Diese wurden zu den aggregierten Daten des Bundesamtes für Zivilluftfahrt (BAZL) in Relation gesetzt. Die berechneten Marktanteile korrespondieren gut mit den Einschätzungen der an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen über ihre eigenen sowie die Marktanteile ihrer Konkurrenten.

⁹⁶ Dem Sekretariat wurden mehr als 250 Fragebogen zurückgesendet. Eine detaillierte Aufzählung aller Aktenstücke macht keinen Sinn.

219. Bei den nicht an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen handelt es sich vorwiegend um kleinere bis mittlere Luftfrachtspediteure. Dies zeigt sich an der relativ grossen Anzahl von Luftfrachtspediteuren im relevanten Markt: So kann davon ausgegangen werden, dass zwischen 2000 und 2007 etwa 86 bis 107 Unternehmen im Markt für internationale Luftfrachtspedition tätig waren.⁹⁷ Da diese Unternehmen gemeinsam ab dem Jahr 2005 nur noch rund 50 % oder weniger des relevanten Marktes auf sich vereinten, ist ersichtlich, dass es sich dabei grösstenteils um Luftfrachtspediteure mit geringen Marktanteilen handeln muss. Aus den Antworten zu den am 1. Dezember 2008 versendeten Fragebogen geht ausserdem hervor, dass neben den an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen folgende als „grosse Konkurrenten“ im relevanten Markt wahrgenommen wurden: Fracht AG Internationale Transporte, Lamprecht Transport AG und Ritschard SA. Diese Unternehmen wiesen – gemäss Schätzungen der befragten Unternehmen – jeweils einen Marktanteil von rund 5 % auf.⁹⁸

220. Trotz der relativ grossen Anzahl von Unternehmen, welche nicht an der Gesamtabrede beteiligt waren, ist vorliegend nicht davon auszugehen, dass diese eine disziplinierende Wirkung auf die an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen ausgeübt haben. Dafür können folgende Gründe genannt werden:

- Die Wirkung der Gesamtabrede wurde durch den Versand von Empfehlungen an sämtliche Spedlogswiss-Mitglieder in Bezug auf die einzelnen Gebühren und Zuschläge stark ausgeweitet. Spedlogswiss vertritt (und vertrat im relevanten Zeitraum) gemäss eigenen Angaben mehr als 95 % der Speditionsbranche.⁹⁹ Es kann also davon ausgegangen werden, dass die Gesamtabrede aufgrund der zahlreichen Empfehlungen von Spedlogswiss zur Überwälzung von Kosten durch Gebühren und Zuschläge auf die Kunden faktisch Auswirkungen auf beinahe sämtliche Unternehmen im Markt für internationale Luftfrachtspedition gezeitigt hat (vgl. Rz 221).
- Aus Tabelle 1 und Rz 217 geht hervor, dass die an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen im relevanten Zeitraum zu den Grossen im Markt für internationale Luftfrachtspedition gehörten und spätestens ab dem Jahr 2005 einen beträchtli-

chen Teil des Marktes auf sich vereinen konnten. Gleichzeitig handelt es sich bei den nicht an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen um kleinere bis mittlere Luftfrachtspediteure (Rz 219). Es ist nicht davon auszugehen, dass vereinzelte kleinere und mittlere Unternehmen eine disziplinierende Wirkung auf die grossen und weltweit tätigen (an der Gesamtabrede beteiligten) Konzerne ausüben vermochten.

- Die an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen waren grösstenteils in der Lage, ihre Marktanteile über die Zeit deutlich auszubauen (so konnte Kühne + Nagel den Marktanteil vervierfachen, Panalpina fast verdreifachen und die Deutsche Post verdoppeln). Auch absolut gesehen konnten die besagten Speditionsunternehmen wachsen. Diese Tatsachen sind weitere starke Indizien dafür, dass die nicht an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen keine disziplinierende Wirkung auf die Abredepartner ausüben vermochten.

221. Neben der Analyse der Marktanteile bildet vorliegend auch die Reaktion der nicht an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen auf die Empfehlungen von Spedlogswiss bezüglich einzelner Gebühren und Zuschläge einen Anhaltspunkt für die Intensität des Ausenwettbewerbers. Konkret stellt sich die Frage nach dem Einhaltung- und Umsetzungsgrad der entsprechenden Empfehlungen. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung, welche mit einer einvernehmlichen Regelung abgeschlossen werden kann, ist es ausreichend, die Auswirkungen exemplarisch anhand einzelner Gebühren aufzuzeigen.¹⁰⁰

222. Nachfolgend werden die Antworten der nicht an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen bezüglich der AAMS-Gebühr, SCF, SFA, E-Dec-Gebühr sowie der Einfuhrsteuerabfertigungsgebühr (ESA-Gebühr) in einer Tabelle zusammengefasst. Dabei wird unterschieden, ob die Unternehmen die Gebühren generell in Rechnung gestellt haben („Stellen Sie die Gebühr Ihren Kunden in Rechnung?“) und, wenn ja, ob sie sich auch an die von Spedlogswiss empfohlene Höhe gehalten haben („Halten Sie sich an die Empfehlung von Spedlogswiss“). Es ist zu bemerken, dass jeweils nicht alle Unternehmen alle Fragen beantwortet haben.¹⁰¹

⁹⁷ Diese Zahlen beruhen auf einer Berechnung anhand der Mitgliederzahlen des Verbandes Spedlogswiss. Spedlogswiss geht davon aus, dass im relevanten Zeitraum rund 40 % aller Mitglieder im Bereich Luftfrachtspedition tätig waren. Da Spedlogswiss ausserdem rund 95 % der Schweizerischen Speditionsunternehmen vertritt (www.spedlogswiss.ch), entspricht die Anzahl der Luftfrachtspediteure im Verband in etwa der Anzahl der Luftfrachtspediteure im relevanten Markt.

⁹⁸ Da die Schätzungen auf sehr wenigen Antworten beruhen und in den Fragebogen Marktanteile tendenziell überschätzt wurden, kann

davon ausgegangen werden, dass die erwähnten 5 % eine obere Schranke für die tatsächlichen Marktanteile der betreffenden Unternehmen darstellt.

⁹⁹ Vgl. www.spedlogswiss.ch > Organisation & Mitgliedschaft (20.08.2012).

¹⁰⁰ Die Auswertung erfolgt anhand der Antworten auf die am 1. Dezember 2008 versendeten Fragebogen.

¹⁰¹ Die Wettbewerbsbehörden gehen aufgrund der Antworten in den Fragebogen davon aus, dass zum Zeitpunkt der Befragung rund 108 Luftfrachtspediteure Mitglied von Spedlogswiss waren.

Tabelle 3: Antworten der nicht an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen

Gebühr	„Stellen Sie die Gebühr Ihren Kunden in Rechnung?“		„Halten Sie sich an die Empfehlung von Spedlogswiss?“	
	Ja	Nein	Ja	Nein
AAMS-Gebühr	60	32	13	41
SCF	30	67	11	15
SFA	56	44	17	31
E-Dec-Gebühr	62	32	24	31
ESA-Gebühr	58	39	25	27

Quelle: Ermittlungen des Sekretariats.

223. Es ist nicht auszuschliessen, dass verschiedene Spediteure strategisch geantwortet haben und die in Tabelle 3 aufgezeigten Zahlen eher als untere Schranken bezüglich Umsetzung und Einhaltung anzusehen sind. So geht der Verband Spedlog-swiss z.B. bei der SCF gemäss eigenen Aussagen von einer vollständigen Umsetzung aus (vgl. Rz 246). Bezüglich der E-Dec-Gebühr wurde gar eine eigene Erhebungen zur Einhaltung und Umsetzung durchgeführt. Die dort erhobenen Zahlen unterscheiden sich deutlich von jenen der Wettbewerbsbehörden: Gegenüber Spedlogswiss hatten beinahe 80 % der grösseren Spediteure angegeben, diese Gebühr zu verlangen. 65 % der Antwortenden gab dabei eine hohe Erfolgsquote von 60–100 % bei der Durchsetzung gegenüber den Kunden an.¹⁰²

224. Schliesslich gilt es anzumerken, dass verschiedene Unternehmen, welche die Frage „Halten Sie sich dabei an die Empfehlungen von Spedlogswiss?“ mit „ja“ beantwortet haben, einschränkend bemerkten, dass es aufgrund der Marktsituation nicht immer möglich war, Gebühren oder Zuschläge wie empfohlen umzusetzen. Dies bedeutet, dass gewisse Unternehmen die entsprechende Empfehlung von Spedlogswiss zwar prinzipiell befolgt haben, jedoch nicht in der Lage waren, die die Gebühr vollumfänglich bei allen Kunden umzusetzen.

225. Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass zahlreiche der nicht an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen die abgesprochene Gebühren oder Zuschläge ebenfalls eingeführt und im Markt durchgesetzt haben. Bezüglich der Einhaltung der empfohlenen Höhe hat sich ein weniger klares Bild ergeben. Die Gesamtabrede hat daher auf dem Weg der Empfehlungen Auswirkungen auf nicht an der Gesamtabrede beteiligte Unternehmen gezeitigt und damit den aktuellen Aussenwettbewerb abgeschwächt, ihn jedoch nicht beseitigt.

226. In ihrer Stellungnahme macht Agility geltend, sie müsste aufgrund ihrer Bedeutung auf dem schweizerischen Markt (geringe Marktanteile) eher zu denjenigen Unternehmen gezählt werden, welche als nicht an der Gesamtabrede beteiligt qualifiziert werden, zumal Agility erst im Jahr 2006 mit der Übernahme der Cronat Transport Holding AG und der Marke Natural substanziell auf dem Schweizer Markt tätig geworden sei.¹⁰³ Agility ver-

kennt dabei, dass ihre Beteiligung an der Gesamtabrede nicht abhängig von ihrem Marktanteil bzw. ihrer Tätigkeit in der Schweiz ist. Die Beteiligung an der Gesamtabrede ergibt sich vielmehr aus der Sachverhaltsanalyse, namentlich auch den Handlungen von Agility auf internationaler Ebene. Für die von Agility in der Stellungnahme genannten Konkurrenten Lamprecht Transport AG oder die Fracht AG Internationale Transporte ist dies nicht der Fall. So hatten diese beiden Unternehmen im Gegensatz zu Agility keinen Einsitz im FFI/FFE. Vor diesem Hintergrund spielt es keine Rolle, dass das Verhaltensmuster bei der Umsetzung zwischen an der Gesamtabrede beteiligten und nicht beteiligten Unternehmen sehr ähnlich war. Aus dem Umstand, dass im vorliegenden Verfahren nicht auch weitere Verstösse gegen das Kartellgesetz (z.B. rein nationale Abreden bezüglich einer einzelnen Gebühr) untersucht werden, kann die Agility nichts zu ihren Gunsten ableiten. Der durch Agility formulierte Vorwurf der Verletzung des Gleichbehandlungsgebots ist daher zurückzuweisen.

3. Potenzieller Wettbewerb

227. Als potenzielle Konkurrenten gelten Unternehmen, welche sich zum aktuellen Zeitpunkt noch nicht im Markt befinden, die aber innerhalb nützlicher Frist (in der Regel innerhalb von zwei Jahren) in den Markt treten können

¹⁰² Vgl. Zirkular 713/2006 vom 31. August 2006. Welche der beiden Befragungen tatsächlich die Realität besser widerspiegelt, kann aufgrund des Umstandes, dass im vorliegenden Verfahren die Gesamtabrede und nicht die einzelnen Gebühren beurteilt wird, sowie aufgrund des Abschlusses einer einvernehmlichen Regelung offen bleiben.

¹⁰³ Allerdings war Natural vor der Übernahme ein für Agility tätiger Agent, wie Agility selber in ihrer Selbstanzeige vom 3. Juli 2008 (S. 2) angibt (25-0010). Es sei an dieser Stelle auch noch erwähnt, dass sich Agility in der eigenen Selbstanzeige ebenfalls die Handlungen sämtlicher Tochtergesellschaften zugerechnet hat und nicht danach unterschieden hat, ob eine Handlung durch Agility, GeoLogistics, Natural oder eine andere Konzerngesellschaft erfolgt ist. Zudem ist beispielsweise GeoLogistics bereits seit dem Jahr 1999 im schweizerischen Handelsregister eingetragen.

und dabei nennenswerte Kosten und Risiken in Kauf nehmen. Bei der Beurteilung der potenziellen Konkurrenz ist daher zu prüfen, ob und wie viele Marktzutritte hinreichend wahrscheinlich sind.¹⁰⁴ In diesem Zusammenhang prüfen die Wettbewerbsbehörden die Existenz von Marktzutrittsschranken, das Ausmass an effektiven Markteintritten in der Vergangenheit sowie die von den Befragten erwartenden zukünftigen Markteintritte¹⁰⁵ und schliesslich mögliche disziplinierende Wirkungen von Unternehmen im gleichen sachlichen, jedoch unterschiedlichen räumlichen Markt (z.B. von Unternehmen ausserhalb der Schweiz).¹⁰⁶

a. Marktzutrittsschranken

228. Marktzutrittsschranken können struktureller, administrativer oder strategischer Natur sein. Während strukturelle und administrative Marktzutrittsschranken (meist) nicht von den Unternehmen beeinflusst werden können, entstehen strategische Zutrittsschranken durch das gewollte Verhalten von sich bereits im Markt befindlichen Unternehmen.

229. Markteintritte in die Speditionsbranche scheinen in der Schweiz ohne grössere Probleme und damit ohne nennenswerte strukturelle oder administrative Zutrittsschranken möglich zu sein. So hebt der Verband Spedlogswiss explizit hervor, dass die administrativen Anforderungen im Vergleich zum Ausland gering sind.¹⁰⁷ Da ein Spediteur in der Regel nicht Besitzer von Transportmitteln ist, sondern Kapazitäten bei den entsprechenden Transportunternehmen einkauft (vgl. Rz 201), sind auch keine grossen Markteintrittsinvestitionen notwendig.

230. Hinweise auf strategische Marktzutrittsschranken haben sich den Wettbewerbsbehörden ebenfalls nicht ergeben. Die nachfolgend aufgezeigten effektiven Marktzutrittszahlen untermauern die Befunde eines Marktes mit relativ geringen Marktzutrittsschranken.

b. Marktzutritte

231. Zahlen des Branchenverbands Spedlogswiss zeigen, dass im Zeitraum 2000 bis 2008 durchschnittlich 16 Neumitglieder pro Jahr in den Verband aufgenommen wurden, wobei die konkrete Anzahl zwischen 9 (im Jahr 2004) und 23 (im Jahr 2005) variiert. Geht man davon aus, dass unter den Neumitgliedern etwa der gleiche Anteil an Luftfrachtspediteuren anzutreffen ist wie im Verband insgesamt und dass Spedlogswiss mehr 95 % aller Speditionsunternehmen vertritt (und im relevanten Zeitraum vertreten hat), so berechnet sich die Anzahl der Neueintritte in den Markt für internationale Luftfrachtspedition auf rund sechs bis sieben Unternehmen pro Jahr.

232. Trotz der nicht unwesentlichen Anzahl von Marktzutritten (und der damit verbundenen nicht unwesentlichen potenziellen Konkurrenz) kann davon ausgegangen werden, dass eine disziplinierende Wirkung auf die an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen ausgeblieben ist: Erstens sind – wie bereits in Rz 217 erwähnt – die an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen zu den Grossen im Markt für internationale Luftfrachtspedition zu zählen. Es ist äusserst unwahrscheinlich, dass kleine, neu in den Markt eingetretene Unternehmen in der Lage waren, die an der Gesamtabrede beteiligten (grossen und starken) Unternehmen hinreichend zu

disziplinieren. Zweitens ist davon auszugehen, dass Unternehmen, welche in den Markt für internationale Luftfrachtspedition eingetreten waren, in den allermeisten Fällen auch Mitglieder von Spedlogswiss wurden und die entsprechenden Empfehlungen bezüglich Gebühren und Zuschläge erhalten haben. Entsprechend der Situation bei der aktuellen Konkurrenz haben die Empfehlungen auch die mögliche disziplinierende Wirkung der potenziellen Konkurrenz eingeschränkt.

c. Disziplinierende Wirkung ausländischer Unternehmen

233. Bezüglich einer möglichen disziplinierenden Wirkung von ausländischen Unternehmen auf die an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen gilt es zunächst anzumerken, dass bereits im Rahmen der räumlichen Marktabgrenzung davon ausgegangen wurde, dass Schweizer Kunden eher nicht auf ausländische Luftfrachtspediteure ausweichen und daher tendenziell von einem nationalen Markt auszugehen ist (vgl. Rz 211 ff.). Vor diesem Hintergrund scheint eine disziplinierende Wirkung von ausländischen Unternehmen eher unwahrscheinlich.

234. Des Weiteren hat sich – wie beispielsweise bezüglich AAMS oder PSS aufgezeigt – die Gesamtabrede auch in ausländischen Märkten dadurch manifestiert, dass die dort anfallenden Kosten im Rahmen von gemeinsamen Gebühren und Zuschlägen den Kunden überwältigt wurden. So ist es fraglich, ob bestimmte Gebühren wie AAMS oder PSS durch ein Ausweichen auf Luftfrachtspediteure im Ausland hätten vermieden werden können. Allenfalls hätten gewisse schweizspezifische Gebühren (z.B. SFA) vermieden werden können, allerdings hätte der Kunde damit rechnen müssen, dass ihm dafür andere lokale Gebühren belastet würden. Eine disziplinierende Wirkung auf in der Schweiz an der Gesamtabrede beteiligte Unternehmen durch ausländische Luftfrachtspediteure ist daher unwahrscheinlich.

4. Fazit zum Aussenwettbewerb

235. Im relevanten Markt bestand im relevanten Zeitraum ein gewisser Aussenwettbewerb. Der Aussenwettbewerb wurde jedoch durch den Versand der Empfehlungen von Spedlogswiss an nicht an der Gesamtabrede beteiligte Luftfrachtspediteure eingeschränkt.

¹⁰⁴ WEKO, Verfügung vom 10. Mai 2010, *Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen*, 52 Rz 285 (abrufbar auf der Website der WEKO unter www.weko.admin.ch > Aktuell > Letzte Entscheide > Verfügung Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen [17.08.2012]).

¹⁰⁵ Da die untersuchten Verhaltensweisen in den Zeitraum 2000–2007 fallen, kann anhand der tatsächlich erfolgten Marktzutritte die „tatsächliche“ potentielle Konkurrenz im relevanten Zeitraum erfasst werden. Eine Befragung über erwartete künftige Marktzutritte erübrigt sich hingegen.

¹⁰⁶ RPW 2010/4, 745 Rz 260, *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*; Verfügung vom 10. Mai 2010 betreffend 22-0378: Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen, 53 Rz 290, <http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>.

¹⁰⁷ „Ein für unsere Branche bedeutsamer Erfolgsfaktor für den Standort Schweiz stellt die Tatsache dar, dass es für das Betreiben eines Speditionsunternehmens keiner Lizenzierung bedarf. Eine Firma, die sich in diesem Markt betätigen möchte, braucht somit lediglich eine nach Schweizer Recht abgewickelte Firmengründung und kann dann so gleich kommerziell aktiv werden.“

B.3.2.2.2 Innenwettbewerb

236. Funktionierender Innenwettbewerb besteht dann, wenn die Abrede in Wirklichkeit gar nicht befolgt wird oder wenn trotz der die Vermutung begründenden Absprache bezüglich einzelner Wettbewerbsparameter aufgrund anderer Faktoren ein wirksamer Wettbewerb fortbesteht.¹⁰⁸

1. Umsetzung der Gesamtabrede

237. Bezüglich der Einhaltung und Umsetzung der Gesamtabrede unter den beteiligten Unternehmen hat sich den Wettbewerbsbehörden ein differenziertes Bild ergeben: Obwohl sich sämtliche an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen über den Grundsatz der Koordination bezüglich exogener Kostenfaktoren einig waren und dementsprechend jedenfalls in den dargestellten Fällen die Höhe von Gebühren und Zuschlägen vereinbart haben, haben nicht immer sämtliche Abredepartner diese vollständig beim Kunden durchgesetzt. Wiederum kann das Gesamtbild exemplarisch anhand von einzelnen Gebühren untermauert werden.¹⁰⁹

- **AAMS-Gebühr:** Betreffend die AAMS-Gebühr haben [3 Luftfrachtspediteurinnen] angegeben, diese ihren Kunden (generell) verrechnet zu haben. [2 Luftfrachtspediteurinnen] haben angemerkt, dass sie diese Gebühr nur „teilweise“ (z.B. in 60 % der Fälle) verrechnet haben. Betreffend die Einhaltung hat keines der zuvor genannten Unternehmen eine vollständige Durchsetzung bei den Kunden bejaht: Während sich [1 Luftfrachtspediteurin] gemäss eigenen Angaben nie daran gehalten hat, bemerkten die [3 Luftfrachtspediteurinnen], dass sie die Empfehlung auch bei den Kunden, denen die AAMS-Gebühr verrechnet wurde, nur teilweise eingehalten haben. Konkret schrieb z.B. [Luftfrachtspediteurin]: „[Luftfrachtspediteurin] hat die Empfehlung von Spedlogswiss – wenn dies der Markt zulies – weitgehend umgesetzt. Ja nach Kunde werden jedoch zum Teil unterschiedliche AMS Gebühren (von CHF [...] bis [...]) belastet.“ Die [Luftfrachtspediteurin] hat angemerkt, dass „sie verschiedenen Kunden Rabatte [auf die AAMS] gewährt“. [Luftfrachtspediteurin] hat darauf hingewiesen, dass ihre Tochtergesellschaft [Name] nur eine reduzierte AAMS-Gebühr von [...] pro Sendung erhoben hat.
- **SFA, SCF, E-Dec-Gebühr, Einfuhrsteuerabfertigungsgebühr:** Das wenig konkrete Antwortschema, welches sich für die AAMS-Gebühr ergeben hat, konnte für sämtliche Gebühren beobachtet werden. Keine einzige dieser Gebühren wurde – gemäss eigenen Angaben – von allen an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen vollständig umgesetzt.

2. Wettbewerbsparameter und Restwettbewerb

238. Anlässlich der Beurteilung einer horizontalen Abrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG hat das Bundesgericht festgehalten, dass die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs auf einem Markt durch den Nachweis widerlegt werden kann, dass der Preis nicht der allein entscheidende Wettbewerbsparameter ist und es trotz dessen Ausschaltens aufgrund anderer Faktoren

(z.B. Qualität der Beratung etc.) zu einem – allenfalls erheblich beeinträchtigten – (Rest- oder Teil-) Wettbewerb kommt.¹¹⁰

239. Anzeichen dafür, dass es zu signifikantem Wettbewerb auf anderen Parametern als auf dem Preis gekommen wäre, haben sich nicht ergeben. Neben dem Preis ist es für einen Kunden wichtig, dass seine Sendung innerhalb des von ihm festgelegten Zeitrahmens unversehrt beim Empfänger ankommt. Unternehmen, welche dieses „Qualitätsniveau“ (fristgerechte Lieferung und Unversehrtheit der Ware) nicht erreichen, werden schnell vom Markt verdrängt. Vor diesem Hintergrund vollbringen die sich im Markt befindlichen Luftfrachtspediteure eine homogene Dienstleistung mit wenig Spielraum für Differenzierung, womit der Wettbewerb grossmehrheitlich auf dem Parameter Preis stattfindet.

240. Schliesslich stellt sich die Frage, wie stark der Preiswettbewerb durch die Gesamtabrede (und die damit verbundenen Empfehlungen) eingeschränkt wurde, da ausschliesslich Preisbestandteile (einzelne Gebühren und Zuschläge) und nicht Total- oder Basispreise¹¹¹ Gegenstand der Absprache waren. Unter diesen Umständen wäre es denkbar, dass (Rest-) Wettbewerb „auf dem nicht abgesprochenen Teil des Preises“ (auf dem Basispreis sowie auf allfälligen Gebühren und Zuschlägen, deren Höhe nicht koordiniert war) die Auswirkungen der vorliegenden Gesamtabrede erheblich abgeschwächt oder gänzlich eliminiert hätte: So könnte es für ein Unternehmen rentabel sein, die abgesprochenen Gebühren und Zuschläge wie vereinbart (wie empfohlen) dem Kunden zu belasten, diesem jedoch Preisnachlässe in Form eines tieferen Basispreises (welcher nicht Gegenstand der Gesamtabrede war) zu gewähren.¹¹²

241. Ein solches Verhalten könnte für ein Unternehmen rentabel sein, weil es ihm einerseits erlaubt, die Abrede einzuhalten und damit allfälligen Sanktionen durch andere Unternehmen zu entgehen, andererseits jedoch durch

¹⁰⁸ BGE 129 II 18, 35 E. 8.1 (= RPW 2002/4, 744 f. E. 8.1) *Buchpreisbindung*.

¹⁰⁹ Wiederum bilden die Antworten auf die am 1. Dezember 2008 versendeten Fragebogen die Grundlage für die Auswertung.

¹¹⁰ BGE 129 II 18, 37 f. E. 8.3.4 (= RPW 2002/4, 747 E. 8.3.4) *Buchpreisbindung*.

¹¹¹ Unter „Totalpreis“ wird vorliegend derjenige Preis verstanden, den ein Kunde dem Spediteur insgesamt bezahlen muss. Unter „Basispreis“ wird der Totalpreis abzüglich sämtlicher Gebühren und Zuschläge verstanden. Der Basispreis kann also als eine Art „Nettopreis“ verstanden werden.

Die Wettbewerbsbehörden haben für eine Abrede über Basis- oder Totalpreise nicht nur keine Hinweise gefunden, sondern gehen auch davon aus, dass eine solche Abrede aufgrund der komplexen und sehr volatilen Preisstruktur in der Speditionsbranche kaum zu überwachen und damit kaum aufrecht zu halten wäre (vgl. Rz 248 f.). Hingegen scheint eine Abrede über die Verrechnung von bestimmten Gebühren und Zuschlägen sehr wohl überwachbar.

¹¹² Spielraum für „Preisnachlässe“ besteht insbesondere dann, wenn die abgesprochenen Gebühren oder Zuschläge höher veranschlagt werden als die Kosten, welche damit gedeckt werden sollen (vgl. dazu Rz 113, 147 und 155). Andererseits besteht für Unternehmen, welche Gewinne erwirtschaften immer die Möglichkeit, Kosten nicht vollumfänglich an die Kunden weiterzugeben und auf einen Teil ihrer Marge zu verzichten. Dies kommt in der Praxis regelmässig vor (vgl. Rz 252 und Fn 127).

die Reduktion des Basispreises (und damit des Totalpreises) Marktanteile gewonnen und der Gewinn gesteigert werden könnte.¹¹³ Folglich könnte es trotz einer vollständigen Einhaltung der Abrede über Preisbestandteile zu einer Preisdynamik wie im Bertrand-Modell¹¹⁴ kommen, was vorliegend bedeuten würde, dass sich die Unternehmen solange im Basispreis unterbieten, bis sich der Totalpreis auf „Wettbewerbsniveau“ einpendelt. Da der Kunde aufgrund dieses (Rest-) Wettbewerbs schliesslich den gleichen Preis zu bezahlen hätte wie unter Wettbewerbsbedingungen, wäre das Ausmass an (Rest-) Wettbewerb ausreichend, um die Auswirkungen der Abrede im Markt zu eliminieren.

242. In casu scheint die zuvor beschriebene Dynamik unwahrscheinlich, da das Ziel der Gesamtabrede und der damit verbundenen Empfehlungen zunächst darin bestand, die Akzeptanz von neuen Gebühren und Zuschlägen im Markt sicherzustellen. Diese Akzeptanz sollte durch ein branchenumfassendes und einheitliches Vorgehen sämtlicher Spediteure und mittels entsprechender Kommunikation erreicht werden (vgl. Rz 188). War eine Gebühr (ein Zuschlag) einmal akzeptiert, hat sich für die Unternehmen der Wettbewerbsdruck (und damit der Druck für alternative Preissenkungen – Senkung des Basispreises) generell abgeschwächt, was der Branche durchaus bewusst war. Nachfolgend wird die-

- Bezüglich SCF:

Die Airlines rechnen ihren Kunden sogenannte "Surcharges" ("Fuel Surcharge", "Security Surcharge" etc.) ab, um damit ihr eigenes, durch Kostenschwankungen bedingtes Risiko abzufedern. Die Speditionswirtschaft ihrerseits rechnet diese Surcharges 1:1 an die Verladerschaft weiter. Das Delkredererisiko bei der Fakturierung dieser Surcharges liegt somit in vollem Umfang beim Spediteur. Erschwerend kommt dazu, dass diese Surcharges im aktuellen Marktumfeld mittlerweile gleich hoch oder höher wie die Frachtraten selbst werden können. Das heisst: die Speditionswirtschaft betreibt das Inkasso für die Airlines, trägt das Delkredererisiko und muss für den Aufwand entschädigt werden.

- Der Spediteur bezahlt die Airlines-Rechnungen nach deren terminlicher Vorgabe automatisiert (CASS-System). Das Einfordern von Surcharges ist damit für den Spediteur immer liquiditätswirksam
- Das Geld, das der Spediteur an die Airlines bezahlt, kostet ihn Zinsen und bedeutet für ihn eine Kapitalbindung
- Der Spediteur betreibt für das Inkasso von Surcharges einen Aufwand, für den er bisher nicht entschädigt wurde
- Tiefere Raten führen zu einem Margendruck und erlauben es nicht mehr, Zusatzdienstleistungen gratis zu erbringen.

Abbildung 49

ser Mechanismus zunächst anhand von konkreten Aussagen und Dokumenten belegt. Theoretische Überlegungen und eine Einbettung in die ökonomische Literatur folgen ab Rz 248.

243. Konkret konnte bereits gezeigt werden, dass bei der Einführung einer neuen Gebühr (eines neuen Zuschlags) jeweils Wert auf ein branchenumfassendes, einheitliches Vorgehen gelegt wurde. So konnte z.B. mit Hilfe der Zirkulare, welche vor der Einführung einer neuen Gebühr (eines neuen Zuschlags) an die Mitglieder von Spedlogswiss versendet wurden (vgl. u.a. Rz 103, 154 und 163), insbesondere Name, Höhe sowie Einführungsdatum einer Gebühr (eines Zuschlags) branchenweit aufeinander abgestimmt werden.

244. Dass auch Wert auf eine einheitliche und konsistente – und damit gegenüber dem Kunden widerspruchsfreie und glaubhafte – Kommunikation gelegt wurde, womit schliesslich die Akzeptanz gesteigert werden konnte, zeigen exemplarisch folgende Beispiele:

In den Zirkularen betreffend die Einführung der SFA und SCF wurden neben dem Namen, dem Einführungsdatum und der Höhe zusätzlich eine Reihe von Begründungen und Argumenten für die entsprechende Gebühr aufgeführt, mit dem expliziten Hinweis, diese auch für die externe Kommunikation zu verwenden.

¹¹³ Wobei davon ausgegangen wird, dass für den Kunden die Höhe des Totalpreises wichtig ist und nicht, wie sich dieser schlussendlich zusammensetzt.

¹¹⁴ JEAN TIROLE, *The Theory of Industrial Organization*, Cambridge 1998, 211 ff.

- Bezüglich der SFA:

Bekanntlich wurden in den EU-Staaten die Luftsicherheitsverordnungen 2320/2002 und 831/2006 per 1. Januar 2007 in Kraft gesetzt. In diesem Zusammenhang wurden auch Flughafeneinrichtungen in der Schweiz durch EU-Inspektoren begutachtet. Im Nachgang dieser Überprüfungen wurden nun diverse Sicherheitsmassnahmen angepasst bzw. eingeführt. Sie haben Änderungen der Frachthandling-Prozedere in der Speditionswirtschaft zur Folge. In einer ersten Phase sind Mehraufwendungen und Mehrinvestitionen bei der Übergabe der Luftfrachtsendungen an die Airline betroffen. Es geht hierbei insbesondere um

- erhöhte Lagersicherheit
- Anforderungen bei der Bewachung der Luftfrachtsendungen
- Erschwernis und zusätzlichen Zeitaufwand beim Umschlag/ready for carriage
- zusätzlichen Kontroll- und Sortierungsaufwand
- striktere Prozedere bei der Schnittstelle Warenübergabe landside/airside.

Wir bitten Sie, diese Information intern weiterzuleiten. Sie kann auch bei der externen Kommunikation mit Ihren Kunden verwendet werden.

Abbildung 50

- Im Zusammenhang mit der Einführung der E-Dec-Gebühr wurde vom Verband ein Musterbrief verfasst, welcher von den Luftfrachtspediteuren direkt an die Kundschaft weitergeleitet werden sollte:

Um Ihnen die Kommunikation und Argumentation nach Aussen, also an Ihre Partner und Kunden zu vereinfachen, erhalten Sie in der Beilage einen Musterbrief.

Das Word-Dokument des Musterbriefes können Sie im SPEDLOGSWISS-Portal mittels folgendem Link herunterladen: <http://www.spedlogswiss.com/temp/edec/>

Abbildung 51

245. Dass die Unternehmen die Aufforderungen des Verbandes berücksichtigt und entsprechend kommuniziert haben, zeigen verschiedene Beispiele. So hat z.B. [Luftfrachtspediteurin] im April 2007 im Zusammenhang mit der Einführung der SFA eine Zusammenfassung des Schreibens von Spedlogswiss im Internet veröffentlicht und explizit auf das Zirkular von Spedlogswiss verwiesen: „Weitere Informationen zur Security Fee Agent (SFA) entnehmen Sie bitte dem beigelegten offiziellen Schreiben von Spedlogswiss: [...]“. Analog hat [eine Luftfrachtspediteurin] in ihrem Newsletter vom März 2007 informiert: „Aufgrund der erhöhten Sicherheitsanforderungen und der damit verbundenen Mehrkosten erheben die Handling Agenten neu eine Sicherheitsgebühr (Security Fee Agent). Details dazu entnehmen Sie bitte beiliegendem Zirkular des Spedlogswiss.“

246. Der Branche war bewusst, dass mittels dieses Vorgehens und entsprechender Kommunikation eine bessere Akzeptanz von Gebühren (Zuschlägen) und damit eine generelle Abschwächung des Wettbewerbs erreicht werden konnte:

„Wie an der letzten Sitzung des Fachausschusses vom 25.10.05 erwähnt, hat der Fachbereich Air die Einführung der ‚Surcharge Collection Fee‘ (SCF) per 1.11.05 im Markt eingeführt. Die Akzeptanz ist gut. Allerdings haben zu Beginn leider noch nicht alle Regionen die SCF eingeführt. Nach Gesprächen aus den Reihen des Vorstands mit den betroffenen Regionen hat sich das Bild nun aber vereinheitlicht, indem die Luftfrachtspediteure in der Schweiz die SCF verlangen.“

„Die Preisspirale nach unten wird zur Todesspirale. In einer Phase, wo derartig hohe Kostensteigerungen akzeptiert werden müssen, die Preise zu belassen oder gar zu senken, ist nicht nur dumm, sondern auch äusserst gefährlich. Die Geschäftsleitungen sind aufgefordert ihre Verkaufs- und Speditionsabteilungen entsprechend zu instruieren und zu schulen und ihre Kunden bereits jetzt auf zu erwartende Preissteigerungen auf den 1. Januar 2005 vorzubereiten („wir bitten Sie, für Ihre Budget 2005 eine durchschnittliche Erhöhung der Transportkosten von ca. X bis Y % einzurechnen“).“

„Die Akzeptanz [der SFA] im Markt von Deinen Mitgliedern [die Mitglieder des Swiss Shippers' Council¹¹⁵] war fantastisch weil es gut begründet war und auch den Tatsachen entspricht.“

„Die Akzeptanz der Ende 2005 eingeführten SCF im Markt ist gut, denn sie konnte sauber und nachvollziehbar begründet werden.“¹¹⁶

¹¹⁵ Vgl. Fn 70.

¹¹⁶ Vgl. oben Abbildung 24.

247. Schliesslich bestätigt die folgende Aussage von Herrn [Name] (damaliger Vizepräsident und Mitglied des Vorstandes von Spedlogswiss), dass die Umsetzung der Einfuhrsteuerabfertigungsgebühr (exemplarisch für andere Gebühren und Zuschläge) den Unternehmen „marktunübliche“ Gewinne ermöglicht hat:

„Nebst grosser administrativer Hilfe, guter Schulung und einem klaren Konzept, haben ein paar sehr geschickte Köpfe die Einfuhrsteuerabfertigungsgebühr von CHF 10.-- erfunden. Diese Gebühr hat sich bis jetzt, also 11 ½ Jahre lang erstaunlich gut gehalten. Das ist rekordverdächtig! Ein kleines Rechenbeispiel: Unsere Branche fertigt mehr als 5 Mio. Einfuhren pro Jahr ab. Nehmen wir an, dass auf Grund von Lieferkonditionen nur die Hälfte aller Sendungen mit diesen CHF 10.-- belastet werden können. Das macht 2,5 Mio. x 10 = CHF 25 Mio. Das mal 11 ½ - das gibt eine Zahl, da komme ich nicht mehr mit dem Rechnen mit. Für diesen Betrag müsste sogar Herr Ospel mehrere Jahre arbeiten. Jedem von uns sind auf diesem Weg Hunderttausende, wenn nicht Millionen in die Kassen geflossen. Wenn das keine notwendige und gute Erfindung war!“¹¹⁷

248. Der in Rz 188 und 242 beschriebene Mechanismus, wonach durch ein einheitliches Auftreten und glaubhafte Kommunikation die Akzeptanz von Gebühren erhöht und damit der Wettbewerb generell abgeschwächt werden kann, lässt sich auch mit ökonomischer Theorie untermauern: Zunächst ist festzuhalten, dass in casu im relevanten Markt eine gewisse Preistransparenz herrscht, da es für die Marktgegenseite nicht so einfach möglich ist, über die aktuellen Preise eines Spediteurs im Bilde zu sein und Preise zu vergleichen. Insbesondere werden keine aktuellen und öffentlich zugänglichen Preislisten oder Preisvergleichsmöglichkeiten bereitgestellt.¹¹⁸ Preisvergleiche sind somit nur über das Einholen von konkreten Offerten möglich. Die damit verbundenen Kosten für verlorene Zeit, für Telefonanrufe etc. werden in der ökonomischen Literatur gemeinhin als Suchkosten bezeichnet: „Search costs in these studies consist of consumers opportunity cost of time in searching for lower prices (so-called shoe-leather costs), plus other costs associated with obtaining price quotes from competing firms (such as the incremental cost of the postage stamps or phone calls used in acquiring price information from firms)“.¹¹⁹

249. Da die Preise im vorliegenden Markt auch sehr volatil sind, bilden Erfahrungswerte nur eine ungefähre Orientierungshilfe bezüglich der aktuellen Preise. Die erwähnte Volatilität resultiert einerseits aus der Volatilität der Preisbestandteile sowie aus der Volatilität des Basispreises¹²⁰ selber. Konkret können z.B. die Treibstoffzuschläge erwähnt werden, welche einen bedeutenden Teil des Preises ausmachen und relativ starken Schwankungen ausgesetzt sind. Auch der Basispreis hängt stark von sich verändernden temporären oder auftragsspezifischen Bedingungen ab (z.B. von der vorhandenen Kapazität des Spediteurs oder des Frachtführers, von der Dringlichkeit der Sendung, von der Destination sowie der genauen Transportroute etc.), so dass auch dieser Teil des Preises volatil und unberechenbar ist. Schliesslich werden Preise je nach Auftrag auf Basis

des Gesamtgewichts oder auf Basis des Volumens einer Sendung berechnet.

250. Die ökonomische Literatur zeigt in verschiedenen Beiträgen, wie Wettbewerb unter den zuvor beschriebenen Bedingungen funktioniert.¹²¹ In diesen Beiträgen wird gezeigt, dass sich die Agenten (im vorliegenden Fall die Kunden der Luftfrachtspediteure) optimalerweise einer sogenannten „Reservationspreis-Regel“ bedienen¹²², d.h., sie kaufen ein Gut oder eine Dienstleistung nur dann, wenn der aktuell beobachtete Preis kleiner oder gleich dem Reservationspreis ist. Andernfalls (wenn der aktuell beobachtete Preis höher als der Reservationspreis ist), nehmen sie die Suchkosten (vgl. Rz 248) in Kauf und machen sich auf die Suche nach einem preisgünstigeren Angebot.¹²³

251. Kann die Marktgegenseite in einem solchen Umfeld davon überzeugt werden, dass die Einführung einer Gebühr oder eines Zuschlags objektiv notwendig ist und in Zukunft zu entsprechenden branchenweiten Preiserhöhungen führt – was mit einheitlichem Vorgehen und glaubhafter Kommunikation erreicht werden kann (vgl. Rz 244) – so lohnt es sich für diese nicht, Suchkosten aufzubringen, da sie sowieso nicht damit rechnet, die Gebühren (Zuschläge) und die damit verbundene Preiserhöhung bei einem Konkurrenten umgehen zu können.¹²⁴ Vielmehr findet sich die Marktgegenseite (wenn auch ungern) mit der Einführung einer neuen Gebühr oder eines Zuschlags ab und akzeptiert zwangsläufig die damit verbundene Preiserhöhung (d.h. sie passt den

¹¹⁷ Auszug Rede 86. ordentliche GV; vgl. auch schon oben Abbildung 43.

¹¹⁸ Dass keine aktuellen Preislisten bereitgestellt werden liegt u.a. daran, dass die Preise in der Luftfracht-Spedition sehr volatil sind und sich kurzfristig ändern (vgl. Rz 249).

¹¹⁹ MICHAEL BAYE/JOHN MORGAN/PATRICK SCHOLTEN, Information, Search and Price Dispersion, in: Handbook in Economics and Information Systems Volume 1, Hendershott (Hrsg.), Amsterdam 2006, Chapter 6.

¹²⁰ Vgl. Fn 111.

¹²¹ Die entsprechenden Modelle werden als Suchkostenmodelle bezeichnet. Einen guten Überblick geben u.a. BAYE/MORGAN/SCHOLTEN (Fn 119); BRIAN P. MCCALL /JOHN J. MCCALL, The Economics of Search, New York 2008.

¹²² Theoretische Beiträge: vgl. u. a. MORRIS DEGROOT, Optimal Statistical Decisions, New York 1970; STEVEN A. LIPPMAN/JOHN MCCALL, The Economics of Job Search: A Survey, in: Economic Inquiry 14, 1976, 347-368. Der Ausdruck „Reservationspreis-Regel“ ist aus folgendem Artikel übernommen: MICHAEL ROTHSCHILD, Searching for the Lowest Price When the Distribution of Prices Is Unknown, in: Journal of Political Economy 82 (4), 1974, 689-711.

Empirische Beiträge: vgl. u.a. JOHN PRATT/DAVID WISE/RICHARD ZECKHAUSER, Price Differences in Almost Competitive Markets, in: The Quarterly Journal of Economics 93 (2), 1979, 189-211; JEFFREY R. BROWN/AUSTAN GOOLSBEE Does the Internet Make Markets More Competitive? Evidence from the Life Insurance Industry, in: Journal of Political Economy 110 (3), 2002, 481-507; FABIO ANCARANI/VENKATESH SHANKAR, Price Levels and Price Dispersion Within and Across Multiple Retailer Types: Further Evidence and Extensions, in: Journal of the Academy of Marketing Science 32 (2), 2004, 176-187.

¹²³ Vgl. HAL R. VARIAN, Intermediate Economics – A Modern Approach, New York 2003.

¹²⁴ Vgl. u.a. ROLAND BENABOU/ROBERT GERTNER, Search with Learning from Prices: Does Increased Inflationary Uncertainty Lead to Higher Markups?, in: Review of Economic Studies 60 (1), 1993, 69-94; MATTHEW LEWIS/HOWARD MARVEL, When Do Consumers Search?, in: Journal of Industrial Economics 59 (3), 2011, 457-483; LUIS CABRAL/ARTHUR FISHMAN, Business as Usual: A Consumer Search Theory of Sticky Prices and Asymmetric Price Adjustment, in: International Journal of Industrial Organization 30, 2012, 371-376.

Reservationspreis an). Gegeben dieses Verhalten ist es für ein Unternehmen optimal, den Totalpreis gemäss der von der Marktgegenseite akzeptierten Höhe anzuheben und keinen „Preisnachlass“ auf dem Basispreis (vgl. Rz 240 f.) zu gewähren.¹²⁵ Für die Marktgegenseite bestätigt sich auf diese Weise gleichzeitig ihre ursprüngliche Erwartung über die angekündigten Preiserhöhungen (über die Einführung einer neuen Gebühr, eines neuen Zuschlags).¹²⁶

252. Die schädliche Wirkung des zuvor beschriebenen Mechanismus lässt sich bei den oben beispielhaft dargestellten Gebühren und Zuschlägen anhand eines Vergleichs mit einer Situation ohne einheitliches Vorgehen und Kommunikation (also ohne Abrede) verdeutlichen: In diesem Fall wäre davon auszugehen, dass nicht sämtliche Spediteure die betreffenden Gebühren oder Zuschläge im gleichen Ausmass erhoben hätten, selbst wenn diesen reale exogene Kostenentwicklungen zugrunde gelegen hätten. Die empirische Literatur bezüglich der Weitergabe von Kostenveränderungen zeigt nämlich, dass Kostenschocks (positive und negative) typischerweise nicht sofort oder in vollem Umfang an die Kunden weitergegeben werden.¹²⁷ Konkret wäre also zu erwarten gewesen, dass zumindest einige Unternehmen die Kosten nicht, nur teilweise und mit einer zeitlichen Verzögerung an die Kunden weiterbelastet hätten. Es versteht sich von selbst, dass diese ungleiche Kostenweitergabe (Preissteigerung) in jenen Fällen ausgeprägter ausgefallen wäre, in welchen hinter einer Gebühr (hinter einem Zuschlag) keine Eins-zu-Eins Kostenentwicklung gestanden hat (vgl. dazu Rz 113, 147 und 155). Des Weiteren wären diese Gebühren oder Zuschläge nicht unter einem einheitlichen Namen und zum gleichen Zeitpunkt eingeführt worden. Unter diesen Voraussetzungen hätte die Marktgegenseite Preiserhöhungen (neue Gebühren und Zuschläge) nicht als branchenumfassend – sondern als individuelle Preispolitik – wahrgenommen und diese nicht so einfach in die Reservationspreisbildung einfließen lassen. Mit anderen Worten hätte sich die Marktgegenseite nicht so einfach mit einer neuen Gebühr oder einem neuen Zuschlag und der damit verbundenen Preiserhöhung abgefunden und sich auf die Suche nach günstigeren Angeboten gemacht.¹²⁸ Dieses Suchverhalten hätte diejenigen Unternehmen, welche eine hohe Kostenweitergabe an den Kunden beschlossen hätten, dazu gezwungen, auf die weniger ausgeprägte Kostenweitergaben der Konkurrenz zu reagieren: „The amount of search that consumers undertake affects the amount of information they possess, which in turn affects the pricing decision of retailers. In particular, when consumers are well informed, competition among retailers is heightened, resulting in lower retail margins.“¹²⁹ Insofern wäre unter Wettbewerbsbedingungen (ohne Abrede) eine Preisdynamik zu erwarten gewesen, welche (im Vergleich zu jener mit Abrede) tendenziell zu tieferen Preisen geführt hätte.

253. Schliesslich soll auch auf die dynamischen Ineffizienzen der vorliegenden Absprache hingewiesen werden. Grundsätzlich werden unter dynamischen Ineffizienzen v.a. der Verlust an Innovations- sowie an Kostensenkungsanreizen verstanden, welche – neben dem eigentlichen Wohlfahrtsverlust durch die Preissteigerung – zu zusätzlichen Verlusten der sozialen Wohlfahrt führen.¹³⁰

In der ökonomischen Literatur geht man generell, aber besonders im Kontext unvollständig informierter Agenten und Suchkosten davon aus, dass Preise von den Unternehmen weniger konsequent gesenkt als erhöht werden.¹³¹ Von daher ist vorliegend davon auszugehen, dass einmal durchgesetzte Preiserhöhungen über einen besonders langen Zeitraum Bestand haben können und damit auch zu beträchtlichen dynamischen Verzerrungen führen.

3. Stellung der Marktgegenseite

254. Im Rahmen der Marktabgrenzung konnten Personen bzw. Unternehmen, welche Waren versenden wollen, als direkte Marktgegenseite identifiziert werden (vgl. Rz 202). In der Regel meldet sich die Marktgegenseite (ein Kunde) beim Spediteur und gibt diesem die zentralen Koordinaten seiner Sendung (z.B. Destination, Zeitraum etc.) an. Der Spediteur überprüft anschliessend seine Möglichkeiten und Kapazitäten und macht dem Kunden eine individuelle Offerte, welche dieser annehmen oder ablehnen kann (vgl. auch Rz 248).

255. Bezüglich der Stellung der Marktgegenseite kann angemerkt werden, dass einzelne Personen oder kleinere Unternehmen, welche gelegentlich (unregelmässig) von Speditionsdienstleistungen Gebrauch machen, wohl kaum in einer Position sind oder waren, Preise oder Gebühren anzufechten. Hingegen könnten grössere und finanzstarke Unternehmen, welche regelmässig Speditionsdienstleistungen in Anspruch nehmen, grundsätzlich im Besitz einer gewissen Verhandlungsmacht gegenüber einem Spediteur sein. Hinweise in diese Richtung werden durch Aussagen von an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen untermauert, wonach gewisse Gebühren oder Zuschläge bei Grosskunden nur teilweise durchgesetzt werden konnten.¹³² Zu bemerken ist jedoch, dass diese mögliche „countervailing power“¹³³ im vorliegenden Umfeld von unvollständig informierten Agenten und Suchkosten durch die Abrede insofern

¹²⁵ Ein „Preisnachlass“ auf dem Basispreis lohnt sich nur, wenn mit einem solchen genügend zusätzliche Nachfrage generiert werden kann. Da die Marktgegenseite jedoch gar nicht erst nach günstigeren Angeboten sucht, kann mittels einer Preissenkung keine (oder nur wenig) zusätzliche Nachfrage generiert werden. Ein „Preisnachlass“ lohnt sich – im Gegensatz zu einem Umfeld mit vollständig informierten Agenten (vgl. Rz 240 f.) – nicht. Zu erwähnen ist, dass unter diesen Umständen keine Überwachung der Abrede und kein Sanktionsmechanismus für allfällige Verstösse gegen die Abrede benötigt wird, da sich Preissenkungen, wie erwähnt, sowieso nicht lohnen.

¹²⁶ Lubensky beschreibt in einem Diskussionspapier (DMITRY LUBENSKY, A Model of Recommended Retail Prices, Working Paper, University of Michigan, 2011) einen ähnlichen Mechanismus für vertikale Preisempfehlungen.

¹²⁷ Vgl. u.a. JAMES M. MACDONALD/DANIEL AARONSON, How Firms Construct Price Changes: Evidence from Restaurant Responses to Increased Minimum Wages, in: American Journal of Agricultural Economics 88, 292-307; PETER KLENOW/OLEKSIY KRYVTSOV, State-dependent or Time-dependent Pricing: Does it Matter for Recent U.S. Inflation?, in: Quarterly Journal of Economics 123, 2008, 863-904.

¹²⁸ Vgl. Fn 124.

¹²⁹ MATTHEW LEWIS/HOWARD MARVEL, When Do Consumers Search?, in: Journal of Industrial Economics 59 (3), 2011, 457-483.

¹³⁰ MOTTA (Fn 76), 55 ff. und 137 ff.

¹³¹ Vgl. CABRAL/FISHMAN (Fn 124), SAM PELTZMAN, Prices Rise Faster than they Fall, in: Journal of Political Economy 108, 2000, 466-502.

¹³² Vgl. Fn 96.

¹³³ Vgl. MOTTA (Fn 76), 117 ff.

geschwächt wurde, als dass man den grossen und potentiell starken Kunden als geeinter Block entgegen treten und so die Marktunvollkommenheiten besser zu den eigenen Gunsten ausnützen konnte. Dies hat sich bei den oben dargestellten Gebühren und Zuschlägen darin niedergeschlagen, dass selbst die für die Spediteure wichtigen und grossen (also starken) Kunden nicht in der Lage waren, alle diese Gebühren oder Zuschläge zu umgehen.

4. Fazit zum Innenwettbewerb

256. Aufgrund dessen, dass die Gesamtabrede keine direkte Fixierung der Totalpreise zur Folge hatte, und aufgrund der unvollständigen Umsetzung der Gesamtabrede unter den Abredepartnern kann davon ausgegangen werden, dass im relevanten Markt im relevanten Zeitraum ein gewisser Innenwettbewerb bestand. Jedoch kann festgehalten werden, dass die Wettbewerbsabrede den wichtigsten Wettbewerbsparameter (nämlich den Preis) betroffen hat und der Umstand, dass die Gesamtabrede „nur“ Preisbestandteile betroffen hat, keine Intensivierung des Innenwettbewerbs bewirkt hat.

B.3.2.2.3 Zwischenergebnis

257. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass im massgebenden Zeitraum im relevanten Markt ein gewisser Aussenwettbewerb geherrscht hat. Ausserdem bestehen Anzeichen dafür, dass ebenfalls ein gewisser Wettbewerb unter den an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen (Innenwettbewerb) geherrscht hat. Die in Art. 5 Abs. 3 KG verankerten Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs kann daher in casu sowohl aufgrund des vorhandenen Aussenwettbewerbs als auch aufgrund des vorhandenen Innenwettbewerbs umgestossen werden. Jedoch kann nachfolgend gezeigt werden, dass die vorliegende Gesamtabrede den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt hat (erheblich im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG).

B.3.2.3 Erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

258. Ob eine Beeinträchtigung erheblich im Sinne des KG ist oder nicht, beurteilt sich anhand einer Gesamtbeurteilung des Einzelfalls, wobei sowohl qualitative wie auch quantitative Aspekte zu berücksichtigen sind.¹³⁴ Bezüglich des qualitativen Elements gilt es die Bedeutung des von der Abrede betroffenen Wettbewerbsparameters – und zwar im konkret betroffenen Markt – sowie das Ausmass des Eingriffs in diesen Wettbewerbsparameter zu beurteilen. Bezüglich des quantitativen Elements ist zu ermitteln, wie umfassend der relevante Markt von der Abrede beeinträchtigt wird, m.a.W. welches „Gewicht“ die Abrede sowie die an der Abrede beteiligten Unternehmen auf dem entsprechenden Markt haben (Anzahl, Marktanteile, Umsätze etc.).¹³⁵

B.3.2.3.1 Qualitatives Element

259. In ihrer jüngeren Praxis haben die Wettbewerbsbehörden darauf hingewiesen, dass beim Vorliegen von sogenannten *Hardcore-Kartellen* das qualitative Element der Wettbewerbsbeeinträchtigung grundsätzlich als gravierend zu bewerten ist, auch wenn die Vermutung der Beseitigung des Wettbewerbs umgestossen werden

kann.¹³⁶ Als *Hardcore-Kartelle* gelten solche, welche die Tatbestandsmerkmale von Art. 5 Abs. 3 KG erfüllen.

260. Begründet wird diese Praxis mit dem Argument, dass die in Art. 5 Abs. 3 KG explizit genannten Absprachen unbestritten ein hohes Schädigungspotential für den Wettbewerb aufweisen. In casu liegen die Tatbestandsmerkmale von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG vor, weshalb in Anlehnung an die jüngste Praxis von einer aus kartellrechtlicher Sicht qualitativ schwerwiegenden Wettbewerbsbeeinträchtigung ausgegangen werden kann.

261. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass „lediglich“ Preisbestandteile Gegenstand der Gesamtabrede waren. Wie unter Rz 240 ff. dargelegt, konnte sie im betroffenen Markt trotzdem schädliche Auswirkungen entfalten. Dies insbesondere darum, weil die Spediteure die vorherrschenden Marktunvollkommenheiten durch ein koordiniertes Vorgehen zu ihren Gunsten ausnützen konnten.

B.3.2.3.2 Quantitatives Element

262. Üblicherweise wird das quantitative Element der Erheblichkeit anhand derselben Konzepte wie die Beseitigungsvermutung nach Art. 5 Abs. 3 KG geprüft;¹³⁷ d.h. anhand der vorhandenen aktuellen und potenziellen Konkurrenz sowie allenfalls der Stellung der Marktgegenseite.¹³⁸ Die Analyse unterscheidet sich jedoch im Mass der Wettbewerbsbeeinträchtigung, welches erreicht sein muss, damit eine Abrede den Wettbewerb beseitigt, oder (nur) erheblich beeinträchtigt. Bei der Frage, ob eine Wettbewerbsbeschränkung den Wettbewerb quantitativ beeinträchtigt, beginnt die Analyse bei einer Situation, in der (hypothetisch) Wettbewerb besteht.¹³⁹

263. Im Text wurde bereits im Zusammenhang mit der Unzulässigkeitsvermutung ausführlich über den aktuellen und potentiellen Wettbewerb, die Stellung der Marktgegenseite sowie über die Auswirkungen der Gesamtabrede diskutiert (vgl. insbesondere Rz 225, 237 sowie 240 ff.). Daraus resultierend kann das Ausmass an aktueller und potentieller Konkurrenz sowie die Stellung der Marktgegenseite nicht als ausreichend bezeichnet werden, um die Auswirkungen der Gesamtabrede in genügendem Mass einzuschränken:

¹³⁴ Bekanntmachung der Wettbewerbskommission vom 28. Juni 2010 über die wettbewerbsrechtliche Behandlung vertikaler Abreden (Vertikalbekanntmachung; VertBek), Ziffer 12.1. Auch wenn die Vertikalbekanntmachung vorliegend – mangels Vorliegen einer vertikalen Wettbewerbsabrede gemäss Ziffer 1 VertBek – nicht direkt anwendbar ist, so kann sie bei horizontalen Wettbewerbsabreden immerhin als Orientierungshilfe dienen (siehe dazu auch die Verfügung vom 14. November 2011 betreffend 32-0221: Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich, <http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>, Rz 175); WEKO, Verfügung vom 16. Juli 2012, Vertrieb von Musik (IFPI), Fn 14, Publikation voraussichtlich in RPW 2012/3.

¹³⁵ Verfügung vom 14. November 2011 betreffend 32-0221: *Vertrieb von Tickets im Hallenstadion Zürich*, 56 Rz 175, <http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>.

¹³⁶ RPW 2010/4, 751 Rz 315 f., *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*; WEKO, Verfügung vom 16. Juli 2012, Vertrieb von Musik (IFPI), Rz 101, Publikation voraussichtlich in RPW 2012/3.

¹³⁷ Verfügung vom 28. November 2011 betreffend 22-0396: Nikon, 118 Rz 494, <http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de>.

¹³⁸ RPW 2005/2, 263 Rz 73, *Swico/Sens*.

¹³⁹ Vgl. Fn 137.

264. Wie in der Analyse der aktuellen Konkurrenz bereits dargelegt (vgl. Rz 216 ff.), waren im relevanten Zeitraum neben den an der Gesamtabrede beteiligten Unternehmen zwischen 86 und 107 kleinere und mittlere Unternehmen im Markt für internationale Luftfrachtpedition tätig. Diese Unternehmen vereinten gemeinsam zunächst (deutlich) mehr als 50 % des Marktes auf sich, verloren jedoch kontinuierlich Marktanteile und hatten ab dem Jahr 2005 gemeinsam 50 % oder weniger Anteil am relevanten Markt. Darüber hinaus konnte gezeigt werden, dass die Abrede auch Auswirkungen auf die nicht an der Gesamtabrede beteiligten Luftfrachtpediteure gezeitigt hat.

265. Wie in der Analyse der potenziellen Konkurrenz (vgl. Rz 227 ff.) bereits dargelegt, können die Marktzutrittschranken in die Speditionsmärkte als gering angesehen werden, was im Zeitraum 2000–2008 jährlich zu mehreren Markteintritten geführt hat. Da jedoch davon auszugehen ist, dass neu in den Markt eingetretene Unternehmen auch dem Verband Spedlogswiss beigetreten waren, hat die Gesamtabrede durch den Versand der Empfehlungen auch auf neu in den Markt eintretende Unternehmen Auswirkungen gezeitigt.

266. Schliesslich konnte gezeigt werden, dass die Stellung der Marktgegenseite aufgrund der Gesamtabrede abgeschwächt werden konnte. Dies äusserte sich darin, dass selbst grosse und potentiell starke Kunden nicht in der Lage waren, alle dargestellten Gebühren und Zuschläge vollumfänglich zu umgehen (vgl. Rz 254 f.).

267. Horizontalen Wettbewerbsabreden kommt ein hohes Schädigungspotenzial für den Wettbewerb zu. Daher sind an die Kriterien des quantitativen Elements der Erheblichkeit nicht allzu hohe Anforderungen zu stellen.¹⁴⁰ Diese minimalen Anforderungen werden im vorliegenden Fall deutlich übertroffen. Eine genauere Quantifizierung kann insbesondere auch aufgrund des Vorliegens einer einvernehmlichen Regelung ausbleiben.

B.3.2.3.3 Zwischenergebnis

268. Im Rahmen der Gesamtwürdigung kann die Abrede über Gebühren und Zuschläge im Markt für internationale Luftfrachtpedition als eine den Wettbewerb im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG erheblich beeinträchtigende Abrede bezeichnet werden. Es bleibt schliesslich zu prüfen, ob die besagte Gesamtabrede allenfalls durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann.

B.3.3 Rechtfertigung aus Effizienzgründen

269. Wettbewerbsabreden sind durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie (i) notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen und (ii) den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.¹⁴¹

270. Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung, welche im Interesse der Beteiligten, das Verfahren zu vereinfachen und zu verkürzen, mit einer einvernehmlichen Regelung abgeschlossen werden kann, haben die Parteien darauf verzichtet, Rechtfertigungsgründe im Sinne

von Art. 5 Abs. 2 KG vorzubringen. Unabhängig davon ist es nicht ersichtlich, dass die vorliegende Abrede durch einen der in Rz 269 abschliessend aufgezählten Effizienzgründe gerechtfertigt werden könnte.

271. Die vorliegende Preisabrede kann daher nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden.

B.3.4 Ergebnis

272. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass es sich bei der vorliegenden Gesamtabrede um eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG (Preisabrede) handelt. Die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs kann zwar umgestossen werden, jedoch liegt eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vor, welche nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden kann (Art. 5 Abs. 1 und 2 KG).

B.4 Einvernehmliche Regelung und Sanktionierung

273. Nach Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die Wettbewerbskommission über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung. Als Massnahmen in diesem Sinn sind nicht nur Anordnungen von Massnahmen zur Beseitigung von Wettbewerbsbeschränkungen zu verstehen, sondern auch monetäre Sanktionen.

274. Anstelle der (einseitigen) Anordnung von Massnahmen zur Beseitigung von Wettbewerbsbeschränkungen kann die WEKO eine einvernehmliche Regelung gemäss Art. 29 KG genehmigen. Inhalt der einvernehmlichen Regelung ist gemäss Art. 29 Abs. 1 KG die Art und Weise der Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung.

275. Im vorliegenden Fall hat das Sekretariat mit allen Parteien eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen (vgl. oben Rz 42 ff.), welche nachfolgend (B.4.1.) wiedergegeben wird. Gleichzeitig ist die unzulässige Wettbewerbsbeschränkung gemäss Art. 49a KG zu sanktionieren (B.4.2.).

B.4.1 Einvernehmliche Regelung (EVR)

276. Die mit den Spediteuren geschlossene EVR lautet – ergänzt mit dem jeweiligen Namen der Unternehmung – wie folgt:

¹⁴⁰ RPW 2010/4, 752 Rz 319, *Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*.

¹⁴¹ Vgl. Art. 5 Abs. 2 KG.

Vorbemerkungen

- a) Die nachfolgende einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG erfolgt im übereinstimmenden Interesse der Beteiligten, das Verfahren 22-0362 zu vereinfachen, zu verkürzen und – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Wettbewerbskommission (Weko) – zu einem förmlichen Abschluss zu bringen.
- b) Mit der Unterzeichnung dieser einvernehmlichen Regelung werden alle in den Eröffnungsschreiben vom 9. Oktober 2007 und vom 10. Juli 2008 erwähnten Verdachtselemente sowie alle anderen Verdachtselemente und Tatsachen, die vom Sekretariat im Rahmen der Untersuchung 22-0362 beurteilt wurden, gegenüber allen Verfahrensparteien einvernehmlich und abschliessend geregelt.
- c) Zur Erreichung der Zielsetzung gemäss Bst. a wird auf eine ausführliche Entscheidungsbegründung verzichtet, indem die Begründungsdichte und -tiefe der Verfügung gegenüber einer Verfügung ohne einvernehmliche Regelung reduziert werden kann. Das Sekretariat beschränkt sich für den Nachweis der Preisabrede auf den Markt für Luftfrachtspektion und darin auf einzelne exemplarische Gebühren (AAMS [Air Automated Manifest System], PSS [Peak Season Surcharge], NES [New Export System], CAF [Currency Adjustment Factor] sowie die schweizspezifischen Gebühren SFA [Security Fee Agent], SCF [Surcharge Collection Fee], E-Dec und Einfuhrsteuerabfertigungsgebühr).
- d) Der Wille und die Bereitschaft von [Agility, Deutsche Bahn, Kühne und Nagel, Panalpina] zum Abschluss der nachfolgenden einvernehmlichen Regelung wird vom Sekretariat als kooperatives Verhalten gewürdigt. Der Kooperation ist im Rahmen der Sanktionsbemessung Rechnung zu tragen. Aufgrund der aktuellen Ausgangslage beantragt das Sekretariat bei der Weko eine Sanktion in der Grössenordnung von CHF [...] bis CHF [...] ¹⁴². Die definitive Festlegung der Höhe der Sanktion liegt jedoch im Ermessen der Wettbewerbskommission. Sie erfolgt definitiv in der Verfügung der Wettbewerbskommission, die das Verfahren zum Abschluss bringt. ¹⁴³
- e) Sollte diese einvernehmliche Regelung von der Wettbewerbskommission nicht genehmigt werden, wird die Untersuchung im ordentlichen Verfahren zu Ende geführt und – bei Vorliegen eines Verstosses – eine Sanktion gestützt auf das KG und die SVKG durch die Wettbewerbskommission festgelegt.
- f) Obwohl der Abschluss dieser EVR seitens von [Agility, Deutsche Bahn, Deutsche Post, Kühne und Nagel, Panalpina] keine Anerkennung der Sachverhaltsdarstellung und rechtlichen Würdigung der Wettbewerbsbehörden darstellt, hält [Agility, Deutsche Bahn, Deutsche Post, Kühne und Nagel, Panalpina] fest, dass sich im Falle einer Genehmigung dieser EVR durch die Wettbewerbskommission und bei Nichtüberschreiten des

beantragten Sanktionsrahmens gemäss Bst. d) ¹⁴⁴ sowie bei Beachtung von Bst. c) im Sinne von Bst. a) die Ergreifung von Rechtsmitteln erübrigt.

- g) Bei diesem Ausgang des Verfahrens 22-0362 gehen die Verfahrenskosten (Vorabklärung und Untersuchung) anteilmässig zu Lasten der Parteien und damit von [Agility, Deutsche Bahn, Deutsche Post, Kühne und Nagel, Panalpina].

Vereinbarungen

- 1) [Agility, Deutsche Bahn, Deutsche Post, Kühne und Nagel, Panalpina] verpflichtet sich, mit Konkurrenten keine Abreden darüber zu treffen, in welcher Form und Höhe Gebühren und Zuschläge den eigenen Kunden zu belasten sind.
- 2) [Agility, Deutsche Bahn, Deutsche Post, Kühne und Nagel, Panalpina] verpflichtet sich, im Rahmen von Spedlogswiss nicht an der Erarbeitung von Empfehlungen zur Form und Höhe der Weitergabe von exogenen Kostenfaktoren an die Kunden mitzuarbeiten noch an entsprechenden Diskussionen teilzunehmen.

277. Nachfolgend finden sich die abweichenden Vereinbarungen mit Spedlogswiss. Auf eine Wiedergabe der Vorbemerkungen wird verzichtet, da der Wortlaut grundsätzlich identisch ist mit dem oben aufgeführten Wortlaut der Vorbemerkungen der EVR mit den Spediteuren, es fehlen einzig die Passagen zum Sanktionsrahmen, da Spedlogswiss im vorliegenden Fall nicht direkt sanktioniert werden kann. ¹⁴⁵ Die mit Spedlogswiss getroffenen Vereinbarungen lauten wie folgt:

Vereinbarungen

- 1) Spedlogswiss verpflichtet sich in seiner Eigenschaft als nationaler Branchenverband dafür zu sorgen, dass in den von Spedlogswiss einberufenen und begleiteten Sitzungen seiner sämtlichen Gremien und Ausschüsse keine Abreden darüber getroffen werden, in welcher Form und Höhe die Weitergabe von exogenen Kostenfaktoren (u.a. Gebühren und Zuschläge) an die Kunden erfolgen soll.
 - a. Eine Ausnahme bilden exogene Kostenfaktoren, deren Belastung an den Kunden gesetzlich vorgesehen sind (z.B. MWSt).

¹⁴² Die individuellen Bandbreiten sind wie folgt: Agility [CHF [...]–[...] Mio.], Deutsche Bahn [CHF [...]–[...] Mio.], Kühne + Nagel [CHF [...]–[...] Mio.] und Panalpina [CHF [...]–[...] Mio.].

¹⁴³ Abweichende Formulierung von Bst. d in der EVR mit der Deutschen Post als erste Selbstanzeigerin: „d) Das Sekretariat beantragt bei der Weko den vollständigen Sanktionserlass für die Deutsche Post.“

¹⁴⁴ Abweichende Formulierung in der EVR mit der Deutschen Post: „bei vollständigem Sanktionserlass“.

¹⁴⁵ Konkret fehlt die ganze Bst. d sowie den Hinweis auf den Sanktionsrahmen in Bst. f. (bzw. Bst. e in der ab Bst. d abweichenden Nummerierung der EVR mit Spedlogswiss).

- b. „Dafür zu sorgen“ bedeutet nicht, dass Spedlogswiss eine Garantenstellung für seine Mitglieder zukommt, sondern (1) dass der Vertreter von Spedlogswiss die Mitglieder warnt, wenn diese eine Abrede beabsichtigen oder treffen und (2) im Falle, dass trotzdem eine Abrede getroffen wird, die Wettbewerbsbehörden über diesen Sachverhalt informiert.
- 2) Spedlogswiss verpflichtet sich, keine Empfehlungen betreffend die Form und Höhe der Weitergabe von exogenen Kostenfaktoren zu erstellen und zu verbreiten.
- a. Eine Ausnahme bilden exogene Kostenfaktoren, deren Belastung an den Kunden gesetzlich vorgesehen sind (z.B. MWSt).
- b. Die Verbreitung kartellrechtlich unbedenklicher Empfehlungen anderer Verbände bleibt erlaubt.

B.4.2 Sanktionierung

B.4.2.1 Einleitung

278. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 KG beteiligt ist, mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens. Der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, ist angemessen zu berücksichtigen.

279. Die konkreten Bemessungskriterien und damit die Einzelheiten der Sanktionsbemessung gemäss Art. 49a Abs. 1 KG sind in der SVKG¹⁴⁶ aufgeführt (vgl. Art. 1 Bst. a SVKG). Die Festsetzung des Sanktionsbetrags liegt dabei grundsätzlich im pflichtgemässen Ermessen der WEKO, welches durch die Grundsätze der Verhältnismässigkeit¹⁴⁷ und der Gleichbehandlung begrenzt wird.¹⁴⁸ Die WEKO bestimmt die effektive Höhe der Sanktion nach den konkreten Umständen im Einzelfall, wobei die Geldbusse für jedes an einer Zuwiderhandlung beteiligte Unternehmen individuell innerhalb der gesetzlich statuierten Grenzen festzulegen ist.¹⁴⁹

280. Rechtsfolge einer Verletzung von Art. 5 Abs. 3 KG ist damit eine direkte Sanktionierung mit einem Betrag nach Art. 49a Abs. 1 KG. In zwei aktuellen Leitentscheiden hat sich das Bundesverwaltungsgericht ausführlich mit der Zulässigkeit der kartellgesetzlichen Sanktionierung im Lichte der EMRK befasst und dabei Folgendes festgestellt:¹⁵⁰

- Die in Art. 49a Abs. 1 KG als „Betrag“ bezeichnete Sanktion kommt einer „strafrechtlichen Anklage“ gleich, weshalb sie Strafcharakter im Sinne von Art. 6 Abs. 1 EMRK hat.
- Der in Art. 6 Abs. 1 erster Satz EMRK formulierte Anspruch auf ein EMRK-konformes Gericht ist gewährleistet, wenn in einem Verfahrensgang ein Gericht entscheidet, welches mit voller Kognition ausgestattet ist. Im kartellrechtlichen Verfahren wird den Anforderungen dieser Bestimmung rechtsgenügend entsprochen, weil das Bundes-

verwaltungsgericht seine Kognition im Sinne der Rechtsprechung des EGMR ausübt.

281. Es lässt sich daher festhalten, dass Art. 6 EMRK einer direkten Sanktionierung gemäss Art. 49a KG nicht entgegen steht.

282. Im vorliegenden Fall haben die Parteien gegen Art. 5 Abs. 3 KG verstossen, so dass eine Sanktion in Anwendung von Art. 49a KG festzusetzen ist.

B.4.2.2 Zeitlicher Geltungsbereich der Sanktionierung

283. Unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG unterliegen erst seit dem Inkrafttreten der Teilrevision des Kartellgesetzes 2003 per 1. April 2004 der direkten Sanktionierbarkeit gestützt auf Art. 49a Abs. 1 KG. Aufgrund des allgemeinen Prinzips des Rückwirkungsverbots ist Art. 49a KG auf Sachverhalte vor dem 1. April 2004 nicht anwendbar. Eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 KG kann folglich nur insofern direkt sanktioniert werden, als sie nach dem 1. April 2004 den wirksamen Wettbewerb beseitigt oder erheblich beeinträchtigt hat. Demgegenüber können die Wirkungen einer unzulässigen Wettbewerbsabrede für die Zeit vor dem 1. April 2004 nicht direkt sanktioniert werden.¹⁵¹

284. Gemäss der „Schlussbestimmung zur Änderung vom 20. Juni 2003“ entfällt eine Sanktionierung zudem dann, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung innerhalb eines Jahres nach Inkrafttreten von Art. 49a KG (d.h. bis zum 1. April 2005) gemeldet oder aufgelöst wurde.

285. Im vorliegenden Fall hat die unzulässige Wettbewerbsabrede bereits vor dem 1. April 2004 begonnen (was beispielsweise anhand der exemplarischen und bis ins Jahr 2002 zurückgehende Gebühr NES illustriert werden kann [vgl. oben Rz 180 ff.]) und hat bis zur Untersuchungseröffnung im Jahr 2007 angedauert. Da die Wettbewerbsabrede nicht während der Übergangsfrist bis zum 1. April 2005 aufgelöst wurde, sondern bis ins Jahr 2007 angedauert hat, ist sie für die Zeit vom 1. April 2004 bis Oktober 2007 direkt sanktionierbar.

B.4.2.3 Vorwerfbarkeit

286. In der Botschaft zum KG 2003 wurde in Bezug auf die Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 KG noch ausgeführt, dass es sich hierbei im Gegensatz zu den Strafsanktionen nach Art. 54 f. KG um Verwaltungsanktionen handle, die kein Verschulden voraussetzen.¹⁵²

¹⁴⁶ Verordnung vom 12. März 2004 über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung; SR 251.5).

¹⁴⁷ Art. 2 Abs. 2 SVKG.

¹⁴⁸ Vgl. PETER REINERT, in: Stämpfli Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2001, Art. 49a KG N 14, sowie RPW 2006/4, 661 Rz 236, *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

¹⁴⁹ RPW 2009/3, 212 f. Rz 111, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

¹⁵⁰ Vgl. zum Ganzen Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 263 ff. E. 4 und 5, *Swisscom Terminierungspreise* und Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 356 ff. E. 8.1, *Publigroupe*.

¹⁵¹ Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBI 2001 2022, 2048.

¹⁵² Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBI 2001 2022, 2034.

Doch bereits die frühere Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hatte diese Sichtweise relativiert, indem sie festgehalten hat, dass eine Sanktion nicht allein aus objektiven Gründen auferlegt werden könne, sondern dass auch subjektive Elemente des Verschuldens mitzuberücksichtigen seien. Ein Verschulden liege nur dann vor, wenn der Täter wissentlich handle oder Handlungen unterlasse, die man von einer vernünftigen, mit den notwendigen Fachkenntnissen ausgestatteten Person in einer entsprechenden Situation hätte erwarten können.¹⁵³

287. Die WEKO behandelte in Sachen Sanktionsverfahren Unique-Valet Parking, in welchem es um einen Verstoss gegen eine behördliche Anordnung ging (Art. 50 KG), die Thematik des Verschuldens im Rahmen eines Kapitels zur Vorwerfbarkeit. Dabei hielt die WEKO fest, es müsse mindestens eine objektive Sorgfaltspflichtverletzung vorliegen.¹⁵⁴ Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte in der Folge die Rechtmässigkeit dieses Entscheids.¹⁵⁵

288. Die WEKO hat seither bei jedem Sanktionsentscheid gemäss Art. 49a Abs. 1 KG die Vorwerfbarkeit geprüft.¹⁵⁶ Die diesbezügliche Praxis der WEKO wurde durch das Bundesverwaltungsgericht im Fall „Publigroupe“ bestätigt. Die WEKO hatte Publigroupe vorgeworfen, es liege zumindest eine fahrlässige Sorgfaltspflichtverletzung bzw. ein Organisationsverschulden vor, wodurch die Vorwerfbarkeit begründet werde. Das Bundesverwaltungsgericht hielt fest, diese Sichtweise sei nicht zu beanstanden.¹⁵⁷

289. Vorwerfbarkeit liegt demnach schon dann vor, wenn dem Unternehmen der Verstoss gegen Art. 49a Abs. 1 KG als objektive Sorgfaltspflichtverletzung bzw. im Sinne eines Organisationsverschuldens angelastet werden kann.¹⁵⁸ Das Kartellgesetz darf für Unternehmen (als dessen Adressaten) allgemein als „bekannt“ vorausgesetzt werden.¹⁵⁹ Zur Vermeidung von Organisationsmängeln müssen Unternehmen daher generell alles Erforderliche und Zumutbare vornehmen, um ein kartellrechtskonformes Verhalten sicherzustellen.¹⁶⁰ Ist ein Kartellrechtsverstoss nachgewiesen, so ist im Regelfall auch die objektive Sorgfaltspflichtverletzung gegeben. Nur in seltenen Fällen wird kein Verschulden des Unternehmens vorliegen, etwa wenn die durch einen Mitarbeiter ohne Organstellung begangenen Kartellrechtsverstösse innerhalb des Unternehmens nicht bekannt waren und dies auch mit einer zweckmässigen Ausgestaltung der Organisation nicht hätte bekannt werden können und das Unternehmen alle zumutbaren Massnahmen getroffen hat, den Kartellrechtsverstoss zu verhindern.¹⁶¹

290. Im vorliegenden Fall kann die Vorwerfbarkeit bejaht werden, zumal aus den Beweismitteln hervorgeht, dass bei allen Untersuchungsadressatinnen Mitarbeiter mit Organstellung und selbst Personen aus der Geschäftsleitung mit Vertretern der anderen Untersuchungsadressaten kommuniziert haben, mit dem Vorsatz, das Vorgehen bezüglich der Weitergabe exogener Kostenfaktoren an die Kundschaft zu koordinieren.

B.4.2.4 Bemessung

291. Rechtsfolge einer Verletzung von Art. 49a Abs. 1 KG ist die Belastung des fehlbaren Unternehmens mit einem Betrag bis zu 10 % des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes.¹⁶²

292. Der Betrag bemisst sich nach der Dauer und der Schwere des unzulässigen Verhaltens, wobei der mutmassliche Gewinn, den das Unternehmen dadurch erzielt hat, angemessen zu berücksichtigen ist.

B.4.2.4.1 Maximalsanktion

293. Die Obergrenze des Sanktionsrahmens und somit die Maximalsanktion liegt bei 10 % des vom Unternehmen in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsatzes. Der Unternehmensumsatz im Sinne von Art. 49a Abs. 1 KG berechnet sich dabei sinngemäss nach den Kriterien der Umsatzberechnung bei Unternehmenszusammenschlüssen, Art. 4 und 5 VKU¹⁶³ finden analoge Anwendung. Der Unternehmensumsatz bestimmt sich entsprechend auf Konzernebene, wobei gemäss Art. 5 Abs. 2 VKU konzerninterne Umsätze nicht zu berücksichtigen sind.¹⁶⁴

294. Die in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Gesamtumsätze der Untersuchungsadressaten gehen aus folgender Übersicht hervor:

¹⁵³ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe*.

¹⁵⁴ RPW 2006/1, 169 ff. Rz 197 ff., *Flughafen Zürich AG (Unique) – Valet Parking*.

¹⁵⁵ Urteil des BVGer, RPW 2007/4, 672 E. 4.2.6, *Flughafen Zürich AG (Unique)/WEKO*.

¹⁵⁶ Siehe die Nachweise in RPW 2011/1, 189 Rz 557, Fn 546, *SIX/Terminals DCC*.

¹⁵⁷ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 363 E. 8.2.2.1, *Publigroupe*.

¹⁵⁸ Statt anderer etwa RPW 2011/1, 189 Rz 557, *SIX/Terminals DCC*.

¹⁵⁹ Vgl. CHRISTOPH TAGMANN, Die direkten Sanktionen nach Art. 49a Abs. 1 Kartellgesetz, 2008, 285; vgl. auch Art. 8 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 18. Juni 2004 über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsgesetz, PublG; SR 170.512).

¹⁶⁰ In dem Sinn bereits RPW 2009/3, 212 Rz 106, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

¹⁶¹ Vgl. RPW 2011/1, 189 Rz 557 m.w.H., *SIX/Terminals mit DCC*.

¹⁶² Vgl. RPW 2011/1, 191 Rz 567, *SIX/Terminals mit DCC*; SHK-REINERT (Fn 148), Art. 49a N 10; CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Basel 2010, Art. 49a N 48; TAGMANN (Fn 159), 229.

¹⁶³ Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4).

¹⁶⁴ Vgl. RPW 2011/1, 191 Rz 570, *SIX/Terminals mit DCC*; RPW 2009/3, 121, Rz 113, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

Tabelle 4: Konzernumsätze der Untersuchungsadressaten in CHF

Unternehmen	2009	2010	2011	Total
Agility	[100–200] Mio.	[100–200] Mio.	[100–200] Mio.	[500–600] Mio.
Deutsche Bahn	[100–200] Mio.	[100–200] Mio.	[100–200] Mio.	[400–500] Mio.
Deutsche Post	[500–600] Mio.	[500–600] Mio.	[500–600] Mio.	[1'500–1'700] Mio.
Kühne + Nagel	[100–200] Mio.	[200–300] Mio.	[200–300] Mio.	[500–600] Mio.
Panalpina	[200–300] Mio.	[300–400] Mio.	[300–400] Mio.	[800–900] Mio.

295. Aufgrund der in der obigen Tabelle gemachten Angaben ergeben sich im vorliegenden Fall für die Untersuchungsadressaten folgende Maximalsanktionen:

Tabelle 5: Maximalsanktion pro Unternehmen in CHF

Unternehmen	Maximalsanktion
Agility	[50–60] Mio.
Deutsche Bahn	[40–50] Mio.
Deutsche Post	[150–170] Mio.
Kühne + Nagel	[50–60] Mio.
Panalpina	[80–90] Mio.

B.4.2.4.2 Konkrete Sanktionsberechnung

296. Nach Art. 49a Abs. 1 KG ist bei der Bemessung des konkreten Sanktionsbetrags die Dauer und Schwere des unzulässigen Verhaltens und der durch das unzulässige Verhalten erzielte mutmassliche Gewinn angemessen zu berücksichtigen. Die KG-Sanktionsverordnung geht für die konkrete Sanktionsbemessung zunächst von einem Basisbetrag aus, der in einem zweiten Schritt an die Dauer des Verstosses anzupassen ist, bevor in einem dritten Schritt erschwerenden und mildernden Umständen Rechnung getragen werden kann.

1. Basisbetrag

297. Der Basisbetrag beträgt je nach Art und Schwere des Verstosses bis zu 10 % des Umsatzes, den das betreffende Unternehmen in den letzten 3 Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat (Art. 3 SVKG).

298. Als relevanter Markt wurde vorliegend der Markt für internationale Luftfrachtpedition definiert. Es handelt sich dabei um einen Dienstleistungsmarkt. Grundsätzlich unterscheiden VKU und SVKG zwischen der Umsatzberechnungsmethode bei Dienstleistungen und der Methode bei Waren nicht: Als Grundlage für den Umsatz gelten nach Art. 4 Abs. 1 VKU die Erlöse, die die beteiligten Unternehmen mit Waren oder Leistungen in ihrem normalen geschäftlichen Tätigkeitsbereich erzielt haben. Für eine spezielle Berechnung von Umsätzen im Dienstleistungssektor kennen VKU und SVKG keine ausdrückliche Regelung. Nach der Praxis der WEKO kann allerdings wegen der Komplexität im Dienstleistungssektor eine Anpassung der Berechnung des Umsatzes an die besonderen Umstände in bestimmten Fällen notwendig sein. Besondere Umstände bestehen bspw. bei der Er-

bringung von Dienstleistungen über Dritte. So kann beispielsweise bei einem als Vermittler auftretenden Dienstleistungsunternehmen der Gesamtbetrag der bezogenen Provisionen der einzige Umsatz sein.¹⁶⁵ Im Fall „Publigroupe“ hat die WEKO zur Berechnung des Umsatzes auf dem relevanten Markt auf den Kommissionsertrag (Bruttomarge) abgestellt.¹⁶⁶

299. Im Bereich der Spedition werden Transportdienstleistungen primär über Dritte erbracht. Ein Spediteur verfügt nicht über die notwendige Transportinfrastruktur und muss diese Leistung bei externen Anbietern, vor allem bei Frachtführern, einkaufen. Der Spediteur tritt auf den relevanten Märkten lediglich als Vermittler auf und verrechnet den Kunden für die von ihm erbrachten verschiedenen Speditionsdienstleistungen eine Gebühr bzw. Kommission. Der Umsatz der Spediteure enthält daher nebst der eigenen Kommission wesentliche Kosten und Gebühren, die von den Spediteuren vollumfänglich und in demselben Umfang den Kunden weiterverrechnet werden, wie sie den Spediteuren für in Anspruch

¹⁶⁵ Vgl. RPW 2007/2, 235 Rz 325, Publigroupe, unter Hinweis auf die Mitteilung der Kommission über die Berechnung des Umsatzes im Sinne der Verordnung (EWG) Nr. 4064/89 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen. Heute findet sich eine entsprechende Bestimmung in Rz 159 der konsolidierten Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäß der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, der sich Folgendes entnehmen lässt: „In bestimmten Gewerbezeigen (wie Pauschalreisen und Werbung) können die Dienstleistungen über Vermittler erbracht werden. Selbst wenn der Vermittler dem Endkunden den gesamten Betrag in Rechnung stellt, besteht der Umsatz des als Vermittler auftretenden Unternehmens einzig und allein aus der Höhe seiner Provision.“

¹⁶⁶ Vgl. RPW 2007/2, 235 f. Rz 326, Publigroupe.

genommene Leistungen in Rechnung gestellt wurden (sogenannte „Durchlaufposten“). Mit anderen Worten enthält der Bruttoumsatz der Spediteure auch diese Durchlaufposten, die insbesondere Transportkosten der Frachtführer umfassen. Für die Bestimmung des rele-

vanten Umsatzes wurden daher diese Durchlaufposten vom Bruttoumsatz abgezogen, so dass auf den tatsächlichen Eigenleistungsumsatz der Spediteure abgestellt wird.¹⁶⁷

Tabelle 6: Umsätze auf dem relevanten Markt für Luftfrachtspeidition in CHF

Unternehmen	2009	2010	2011	Total
Agility	[0–20] Mio.	[0–20] Mio.	[0–20] Mio.	[10–30] Mio.
Deutsche Bahn	[0–20] Mio.	[0–20] Mio.	[0–20] Mio.	[20–40] Mio.
Deutsche Post	[30–40] Mio.	[40–50] Mio.	[50–60] Mio.	[50–150] Mio.
Kühne + Nagel	[0–20] Mio.	[0–20] Mio.	[0–20] Mio.	[10–30] Mio.
Panalpina	[0–20] Mio.	[0–20] Mio.	[0–20] Mio.	[40–60] Mio.

a. Obergrenze des Basisbetrags (Umsatz auf dem relevanten Markt)

300. Die obere Grenze des Basisbetrags beträgt gemäss Art. 3 SVKG 10 Prozent des Umsatzes, den das

betreffende Unternehmen in den letzten 3 Geschäftsjahren auf den relevanten Märkten in der Schweiz erzielt hat. Aufgrund der in der Tabelle 6 gemachten Angaben ergeben sich im vorliegenden Fall für die Untersuchungsadressaten folgende Obergrenzen:

Tabelle 7: Obergrenze Basisbeträge der Untersuchungsadressaten in CHF

Unternehmen	Obergrenze
Agility	[1–3] Mio.
Deutsche Bahn	[2–4] Mio.
Deutsche Post	[5–15] Mio.
Kühne + Nagel	[1–3] Mio.
Panalpina	[4–6] Mio.

b. Berücksichtigung der Art und Schwere des Verstosses

301. Gemäss Art. 3 SVKG ist die aufgrund des Umsatzes errechnete Höhe des Basisbetrages je nach Schwere und Art des Verstosses festzusetzen (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 2 f.). Es gilt deshalb zu prüfen, als wie schwer der Verstoss zu qualifizieren ist.

302. Grundsätzlich ist die Schwere der Zuwiderhandlung im Einzelfall unter Berücksichtigung aller relevanter Umstände zu beurteilen. Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG, welche den Wettbewerb beseitigen, stellen – als sogenannte harte Kartelle – grundsätzlich schwere Kartellrechtsverstösse dar. Unter anderem sind Abreden, welche den Preiswettbewerb ausschalten, wegen des grossen ihnen immanenten Gefährdungspotentials im oberen Drittel des möglichen Sanktionsrahmens, d.h. zwischen 7 % und 10 %, einzuordnen.¹⁶⁸ Darüber hinaus ist im Allgemeinen davon auszugehen, dass Wettbewerbsbeschränkungen, welche gleichzeitig mehrere Tatbestände gemäss Art. 5 Abs. 3 und 4 KG erfüllen, schwerer zu gewichten sind als solche, die nur einen Tatbestand erfüllen. Tendenziell leichter einzustufen sind Abreden, die den Preiswettbewerb nicht beseitigen, sondern erheblich beeinträchtigen und nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt werden können.¹⁶⁹

¹⁶⁷ So wird denn auch in den Geschäftsberichten von Speditionsunternehmen ebenfalls auf diesen Eigenleistungsumsatz abgestellt, vgl. etwa die Geschäftsberichte von Kühne + Nagel: „Der Rohertrag, die im Gegensatz zum Umsatz aussagefähigere Messgrösse für die Leistungsfähigkeit eines Logistikunternehmens, [...]“ (Geschäftsbericht 2008, 14; Geschäftsbericht 2011, 13). Vgl. auch der Geschäftsbericht 2011 von Panalpina, in welchem auf S. 75 der sog. Bruttogewinn wie folgt definiert wird: „Der Bruttogewinn umfasst den Nettoumsatz aus Speditionsleistungen abzüglich der in diesem Zusammenhang angefallenen Aufwendungen für von Dritten erbrachte Dienstleistungen nach Abzug von Zöllen, Abgaben und Steuern“ um an anderer Stelle (S. 10) festzuhalten: „Der Bruttogewinn, ein in der Speditionsbranche besseres Mass für den tatsächlichen Verkaufserfolg als der Nettoumsatz, [...]“.

¹⁶⁸ Vgl. Erläuterungen zur KG-Sanktionsverordnung (SVKG), 3, Erläuterung d) zu Art. 3 SVKG.

¹⁶⁹ Vgl. RPW 2010/4, 760 Rz 387 und 394, *Baubeschläge*; RPW 2010/4, 697 Rz 367, *Hors-Liste*; RPW 2009/3, 214 Rz 121, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

303. Bezüglich der im vorliegenden Fall zu beurteilenden Abrede ist zu berücksichtigen, dass die vorstehenden Erwägungen ergaben, dass diese als horizontale Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG zu qualifizieren ist. Diese Abrede hat zwar zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs geführt, nicht aber zu einer Wettbewerbsbeseitigung. Die WEKO hat in ihrem Entscheid „*Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren*“ für eine Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG, welche den Wettbewerb beseitigt hat, einen Satz von 7 % für die Berechnung des Basisbetrages verwendet.¹⁷⁰ Da der vorliegende Fall mangels Beseitigung des Wettbewerbs bezüglich Schwere des Verstosses als minim leichter zu qualifizieren ist als der Baubeschläge-Fall und zudem die Gesamtabrede nicht dazu geführt hat, dass jede Preiskomponente abgestimmt wurde oder dass jede abgestimmte Gebühr oder jeder abgestimmte Zuschlag durch jedes Unternehmen gleichermassen umgesetzt worden wäre sowie unter Berücksichtigung aller weiteren relevanten Umstände des Einzelfalles, erscheint eine Berechnung des Basisbetrages auf der Grundlage eines Satzes von 6 % als angemessen. Die oben dargestellten Fälle zeigen auf, dass bei den genannten Gebühren sich nicht sämtliche Unternehmen an die vereinbarte Höhe gehalten haben oder die Gebühren nicht bei allen Kunden durchgesetzt wurden. Aus diesen Gründen wurde der Wettbewerb selbst auf dem Parameter des Preises zwar erheblich beeinträchtigt, aber nicht ausgeschlossen. Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass aufgrund der einvernehmlichen Regelung die Frage der Erheblichkeit der einzelnen Gebühren und Zuschläge nicht abschliessend beurteilt werden musste, es gibt aber Indizien dafür, dass die Umsätze mit diesen

Gebühren und Zuschlägen im Vergleich zum Gesamt- bzw. Eigenleistungsumsatz vergleichsweise tief ausgefallen sind. Wie weiter oben dargelegt, ergibt sich die Erheblichkeit der Abrede im vorliegenden Fall nicht aus den mit den Gebühren und Zuschlägen erzielten Umsätzen, sondern aus dem gesamten Verhaltensmuster der Abredeteilnehmer. Als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsprinzips erscheint es aber gerechtfertigt, die vergleichsweise tiefen Umsätze unter dem Aspekt der Schwere des Verstosses zu berücksichtigen.

304. Die erwähnten Kriterien und Wertungen führen demnach zu einem für die Berechnung des Basisbetrags zu berücksichtigenden Satz von 6 % für die an der in Frage stehenden Abrede beteiligten Untersuchungsadressaten. Mehrere Parteien haben vorgebracht, der Basisbetrag müsse auf 5 % gesenkt werden, da ein Basisbetrag von 6 % als zu hoch erscheine. So habe die WEKO im viel schwerwiegenderen Fall „*Elektroinstallationsbetriebe Bern*“ einen Basisbetrag von 7 % angenommen. Die WEKO hat das Vorbringen der Parteien geprüft und kommt im Rahmen ihres pflichtgemässen Ermessens zum Schluss, dass der Basisbetrag von 6 % im vorliegenden Fall aufgrund der oben dargestellten Umstände als angemessen erscheint. Dies insbesondere wenn anstatt des Elektroinstallationsfalles der bereits erwähnte „*Baubeschläge-Fall*“ als Vergleichsgrösse herangezogen wird. Zudem hat die WEKO in einem aktuellen Entscheid eine Verschärfung der Praxis für Abreden gemäss Art. 5 Abs. 3 KG (in casu Submissionsabsprachen) in Aussicht gestellt und damit die Aussagekraft der Sanktionsbemessung im Elektroinstallationsfall stark relativiert.¹⁷¹ Es ergeben sich daher folgenden Basisbeträge:

Tabelle 8: Basisbeträge der Untersuchungsadressaten in CHF

Unternehmen	Basisbetrag
Agility	[1–3] Mio.
Deutsche Bahn	[1–3] Mio.
Deutsche Post	[5–15] Mio.
Kühne + Nagel	[1–3] Mio.
Panalpina	[3–5] Mio.

2. Dauer des Verstosses

305. Gemäss Art. 4 SVKG erfolgt eine Erhöhung des Basisbetrages um bis zu 50 %, wenn der Wettbewerbsverstoss zwischen einem und fünf Jahren gedauert hat, für jedes weitere Jahr ist ein Zuschlag von bis zu 10 % möglich.¹⁷² Betreffend Umfang der Erhöhung steht der WEKO ein breites Ermessen zu, wobei ihrer bisherigen Praxis ein Prozentsatz von 10 % pro berücksichtigtem Jahr entspricht.¹⁷³

¹⁷⁰ Vgl. RPW 2010/4, 760 Rz 388 ff., *Baubeschläge*.

¹⁷¹ Vgl. RPW 2012/2, 408 Rz 1103, *Wettbewerbsabreden im Strassen- und Tiefbau im Kanton Aargau*.

¹⁷² Vgl. dazu Erläuterungen SVKG, ad Art. 4.

¹⁷³ Vgl. RPW 2010/4, 760 Rz 401, *Baubeschläge*; RPW 2009/3, 215 Rz 127, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*; RPW 2007/2, 237 Rz 335, *Publigruppe* sowie RPW 2007/2, 301 Rz 418, *Terminierung Mobilfunk*.

306. Wird wie im vorliegenden Fall die Abrede als ein umfassenderes Verhaltensmuster definiert, deren Bedeutung über die singulären Absprachen einzelner Gebühren oder Zuschläge hinausgeht (vgl. oben Rz 73 ff.), so kommt es bei der Bemessung der Dauer des Verstosses darauf an, wie lange das generelle Verhaltensmuster angedauert hat, und nicht, ob allenfalls einzelne der Gebühren oder Zuschläge von kürzerer Dauer waren oder ob diese im Verlaufe der Zeit angepasst wurden, um neuen Entwicklungen Rechnung zu tragen.¹⁷⁴

307. Im vorliegenden Fall ist die Zeitperiode vom 1. April 2004 (Zeitpunkt des Inkrafttretens des revidierten Kartellgesetzes) bis zum 9. Oktober 2007 (Datum der Untersuchungseröffnung und der Hausdurchsuchungen sowie der Einstellung des Verhaltens) massgebend. Das Verhalten hat somit rund 3 Jahre angedauert, weshalb sich eine Erhöhung des Basisbetrags um 30 % rechtfertigt.

308. Bei einer Erhöhung der Basisbeträge um den Dauerzuschlag von 30 % ergeben sich für die Untersuchungsadressaten die folgenden Beträge:

Tabelle 9: Basisbeträge plus Dauerzuschlag der Untersuchungsadressaten in CHF

Unternehmen	Basisbetrag
Agility	[1–3] Mio.
Deutsche Bahn	[1–4] Mio.
Deutsche Post	[5–15] Mio.
Kühne + Nagel	[1–3] Mio.
Panalpina	[3–5] Mio.

3. Erschwerende und mildernde Umstände

309. In einem letzten Schritt sind schliesslich die erschwerenden und die mildernden Umstände nach Art. 5 und Art. 6 SVKG zu berücksichtigen.

a. Mutmasslicher Gewinn

310. Ein durch das Verhalten erzielter „Normalgewinn“ ist bereits im Basisbetrag enthalten. Liegt indes die unrechtmässige Monopolrente über dem Basisbetrag, so ist diesem Umstand nach Massgabe von Art. 2 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 Bst. b SVKG Rechnung zu tragen (vgl. dazu Erläuterungen SVKG, S. 1, 2 und 4).

311. Sofern eine Gewinnberechnung oder -schätzung möglich ist, soll ein besonders hoher Gewinn des Unternehmens bei der Festlegung der Sanktion als erschwerender Umstand berücksichtigt werden. Damit sich der Verstoss gegen Art. 49a Abs. 1 KG für das fehlbare Unternehmen unter keinen Umständen lohnt, ist der Sanktionsbetrag so weit zu erhöhen, dass er den Betrag des aufgrund des Verstosses unrechtmässig erzielten Gewinns übertrifft.

312. Im vorliegenden Fall gibt es keinerlei Hinweise auf einen besonders hohen Gewinn. Aufgrund der einvernehmlichen Regelung wurden die Umsätze, welche mit den von der Absprache betroffenen Gebühren und Zuschlägen erzielt wurden, nicht umfassend abgeklärt. Die Erhebung der vollständigen Umsatzzahlen zur Durchführung einer darauf basierenden Gewinnberechnung oder -schätzung erscheint unverhältnismässig, zumal sich aus den bereits vorhandenen Zahlen keine Indizien für einen besonders hohen Gewinn entnehmen lassen, sondern ein solcher vielmehr als eher unwahrscheinlich erscheint.

b. Kooperatives Verhalten (einvernehmliche Regelung)

313. Der Wille und die Bereitschaft zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung wird von den Wettbewerbsbehörden bei der Sanktionsbemessung als kooperatives Verhalten gewürdigt. Der Kooperation ist im Rahmen von Art. 2, 3 und 6 SVKG Rechnung zu tragen. Das Sekretariat hat mit sämtlichen Untersuchungsadressaten eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen, die mit der vorliegenden Verfügung durch die WEKO genehmigt wird.

314. Bezüglich des Umfangs der Milderung ist festzuhalten, dass für den Willen und die Bereitschaft zum Abschluss einer einvernehmlichen Regelung grundsätzlich eine Reduktion von bis zu 40 % in Abhängigkeit von Zeitpunkt, Verfahrensstand und Intensität der Zusammenarbeit in Frage kommt.¹⁷⁵ Die bisherige Praxis der WEKO lässt sich wie folgt zusammenfassen:

¹⁷⁴ Vgl. RPW 2010/4, 760 Rz 402, *Baubeschläge* unter Hinweis auf die Rechtsprechung der EU für komplexe und fortgesetzte Zuwiderhandlungen: „Ein komplexes Kartell kann als einzige und fortgesetzte Zuwiderhandlung für die Dauer seines Bestehens angesehen werden. Die Vereinbarung kann von Zeit zu Zeit durchaus verändert werden, und ihre Mechanismen können angepasst oder gestärkt werden, um neuen Entwicklungen Rechnung zu tragen. Die Gültigkeit dieser Annahme wird nicht durch die Möglichkeit beeinträchtigt, dass eines oder mehrere Elemente einer Reihe von Handlungen oder eines fortlaufenden Verhaltens für sich genommen einen Verstoß gegen Artikel 81 EG-Vertrag darstellen könnten.“ (KOMM, ABl. 2009 C 248/5, Rz 200, E.ON/GDF, mit weiteren Verweisen; KOMM, ABl. 2006 C 303/15, Rz 184, *Kautschukchemikalien*).

¹⁷⁵ Vgl. Evaluationsgruppe Kartellgesetz, Synthesebericht der KGEvaluation gemäss Art. 59a KG, 2008, Rz 311; vgl. weiter BSK KGTAGMANN/ZIRLICK (Fn 162), Art. 49a N 87.

- In mehreren Entscheiden („Publigroupe“, „Documed“, „Sécateurs et cisailles“, „USPI“ und „IFPI“) wurde aus Gründen der Verhältnismässigkeit von der umsatzbasierten Sanktionsberechnung abgewichen. In all diesen Fällen wurde der Abschluss einer einvernehmlichen Regelung als milderndes Element mitberücksichtigt und war daher auch von Bedeutung für die im Vergleich zur ordentlichen Berechnung erheblich reduzierten Sanktion.¹⁷⁶
- Im Fall „Unique“ reduzierte die WEKO die Sanktion aufgrund des Zustandekommens einer einvernehmlichen Regelung um 25 %.¹⁷⁷
- Im Entscheid „Elektroinstallationsbetriebe Bern“ führte die WEKO aus, dass in Konstellationen, in welchen bereits eine Sanktionsreduktion aufgrund einer Kooperation im Rahmen der Bonusregelung erfolgt, eine zusätzliche Reduktion für den Abschluss einer einvernehmlichen Regelung 10–20 % betragen sollte. Im konkreten Fall reduzierte die WEKO die Sanktion um 20 %.¹⁷⁸
- Beim Entscheid „Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen“¹⁷⁹ erachtete die WEKO in einer analogen Konstellation wie im Elektroinstallations-Fall einen Prozentsatz von 10 % als gerechtfertigt. Der Abschluss der einvernehmlichen Regelung erfolgte dabei – in zeitlicher Hinsicht – nachdem ein erster Antrag des Sekretariats den Untersuchungsadressaten zur Stellungnahme unterbreitet wurde.
- Beim Entscheid „Baubeschläge“ wurde die einvernehmliche Regelung erst sehr spät abgeschlossen, d.h. nachdem ein zweiter (überarbeiteter) Antrag des Sekretariats den Untersuchungsadressaten zur Stellungnahme zugestellt wurde. Die WEKO hielt fest, dass sie einvernehmliche Regelungen, die derart spät abgeschlossen werden, zukünftig nicht mehr genehmigen wird, und gewährte unter Berücksichtigung der Gesamtumstände des Verfahrens eine Reduktion von 3 %.

315. Im vorliegenden Fall wurde die einvernehmliche Regelung vor dem Versand eines Antrages an die Parteien abgeschlossen, zu einem Zeitpunkt, in welchem zwar diverse Ermittlungsmassnahmen (Hausdurchsuchungen und Auswertungen der beschlagnahmten Dokumente, Fragebogen an die Spediteure) bereits stattgefunden hatten, aber weitere aufwändige Ermittlungsmassnahmen (Einvernahmen, weitere angezeigte Datenerhebungen und damit verbundene Datenauswertungen, Fragebogen an die Marktgegenseite) noch ausstehend waren und auf deren Durchführung dank der einvernehmlichen Regelung verzichtet werden konnte. Der Abschluss der einvernehmlichen Regelungen hat daher die Dauer des Verfahrens wesentlich verkürzt und den Verfahrensaufwand der Wettbewerbsbehörden massgeblich reduziert. Da sämtliche Parteien eine einvernehmliche Regelung abgeschlossen haben, ist es möglich, die Begründungsdichte und -tiefe des Antrages zu reduzieren sowie teilweise auf den vollen Beweis zu verzichten und die überwiegende Wahrscheinlichkeit bzw. das Glaubhaftmachen genügen zu lassen.¹⁸⁰ Dies hat den Aufwand des Sekretariats für die Antragstellung erheb-

lich vermindert. Aber auch auf Stufe der WEKO führt der Abschluss einer einvernehmlichen Regelung regelmässig zu einer Verminderung des Verfahrensaufwandes, sei es durch kürzere Stellungnahmen und den Verzicht der Parteien auf die Beibringung von Gutachten im Rahmen von Art. 30 Abs. 2 KG, sei es dadurch, dass sich die Durchführung von Hearings erübrigt, oder schliesslich dadurch, dass kein Aufwand für nachfolgende Rechtsmittelverfahren zu erwarten ist. Damit ist die verfahrensökonomische Bedeutung der vorliegenden einvernehmlichen Regelungen eine wesentlich grössere als in den Fällen „Baubeschläge“ und „Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen“, so dass es sich rechtfertigt, sich beim Ausmass der Sanktionsminderung an den Fällen „Elektroinstallationsbetriebe Bern“ und „Unique“ zu orientieren.

316. Bei Unternehmen die bereits eine Sanktionsreduktion im Rahmen der Bonusregelung erhalten, kommt gemäss dem Fall „Elektroinstallationsbetriebe Bern“ eine zusätzliche Reduktion für den Abschluss einer EVR von 10–20 % in Betracht. Unter Berücksichtigung der obigen Ausführungen erscheint im vorliegenden Fall eine Reduktion von [15–20] % als angemessen für die Deutsche Post (bei welcher diese Reduktion aufgrund des Sanktionserlasses nur von rechnerischer Bedeutung ist, vgl. unten Rz 322 ff.) sowie für die Deutsche Bahn und Agility, welche beide Sanktionsreduktionen von [40–50] % aufgrund des Bonusprogramms erhalten (vgl. unten Rz 321 ff.).

317. Für die beiden Unternehmen Panalpina und Kühne + Nagel, welche keinen Sanktionserlass im Rahmen der Bonusregelung erhalten, kann entsprechend dem Fall „Unique“ eine weitergehende Reduktion von [20–25] % gewährt werden. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass die mit dem Abschluss der EVR einhergehende Kooperation nur an dieser Stelle sanktionsmindernd berücksichtigt werden kann.

c. Weitere erschwerende und mildernde Umstände

318. In einem letzten Schritt sind schliesslich die übrigen erschwerenden und mildernden Umstände nach Art. 5 und Art. 6 SVKG zu berücksichtigen.¹⁸¹

¹⁷⁶ Vgl. RPW 2007/2, 238 Rz 343 f., *Publigroupe*; RPW 2008/3, 409 f. Rz 244 f., *Documed*; RPW 2009/2, 157 Rz 102 f.; WEKO, *Verfügung vom 16. Juli 2012, Vertrieb von Musik (IFPI)*, Rz 196 f., Publikation voraussichtlich in RPW 2012/3

¹⁷⁷ Vgl. RPW 2006/4, 665 f. Rz 268 ff., *Unique*.

¹⁷⁸ Vgl. RPW 2009/3, 217 f. Rz 145 ff., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

¹⁷⁹ Abrufbar unter <http://www.weko.admin.ch/aktuell/00162/index.html?lang=de> (26.04.2012).

¹⁸⁰ Vgl. RPW 2009/2, 146 Rz 41, *Sécateurs et cisailles: „Dans le cadre d'une enquête conclue par un accord amiable, la définition du marché de référence peut se fonder essentiellement sur des informations fournies par les parties“*, vgl. auch Rz 62; RPW 2008/3, 396 Rz 116, *Documed*; BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK (Fn 162), Art. 29 N 59.

¹⁸¹ Vgl. Erläuterungen SVKG, S. 4 ff.

319. Panalpina bringt vor, dass ihr umfassendes und globales Compliance-Programm, welches unmittelbar nach Eröffnung der Untersuchung im vorliegenden Verfahren bzw. in den ausländischen Verfahren entwickelt, eingeführt und umgesetzt worden sei, sanktionsmildernd zu berücksichtigen sei. Es ist in der Schweiz jedenfalls seit den Diskussionen im Zusammenhang mit der Motion Schweiger¹⁸² grundsätzlich unbestritten, dass ein Compliance-Programm als sanktionsmildernder Umstand gemäss Art. 6 SVKG berücksichtigt werden kann.¹⁸³ Die WEKO begrüsst auch ausdrücklich, dass Panalpina den vorliegenden Fall zum Anlass genommen hat, ein globales und umfassendes Compliance-Programm umzusetzen, um damit zukünftige Kartellrechtsverstösse zu vermeiden. Allerdings verhält es sich so, dass ein Compliance-Programm nur dann als sanktionsmildernd berücksichtigt werden kann, wenn es bereits zum Zeitpunkt des Verstosses bestanden hat (und nicht erst „post-infraktion“ aufgestellt wurde), so dass das Unternehmen durch das Compliance-Programm aufzeigen kann, dass der Verstoß eigentlich gegen den ausdrücklichen Willen des Unternehmens geschehen ist (z.B. durch einen einzelnen, sich über die Regeln hinwegsetzenden Mitarbeiter).¹⁸⁴ Zudem versteht es sich von selbst, dass ein Unternehmen, welches einen Kartellrechtsverstoß feststellt, Massnahmen trifft um künftige Verletzungen zu vermeiden.

320. Im vorliegenden Fall gibt es keine weiteren erschwerenden oder mildernden Umstände gemäss Art. 5 oder 6 SVKG.

B.4.2.5 Vollständiger/Teilweiser Erlass der Sanktion

321. Wenn ein Unternehmen an der Aufdeckung und Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirkt, kann auf eine Belastung dieses Unternehmens ganz oder teilweise verzichtet werden. Diesen Grundsatz hält Art. 49a Abs. 2 KG fest, wobei in Art. 8 ff. SVKG die Modalitäten eines vollständigen Erlasses und in Art. 12 ff. SVKG diejenigen eines teilweisen Sanktionserlasses aufgeführt sind.

B.4.2.5.1 Allgemeines zur Sanktionsbefreiung

322. Gemäss Art. 8 Abs. 1 SVKG erlässt die WEKO einem Unternehmen die Sanktion vollständig, wenn es seine Beteiligung an einer Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Art. 5 Abs. 3 und 4 KG anzeigt und als Erstes entweder

- Informationen liefert, die es der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, eine Untersuchung zu eröffnen (Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG, Eröffnungskoope-ration), oder
- Beweismittel vorlegt, welche der Wettbewerbsbehörde ermöglichen, einen Wettbewerbsverstoß gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 festzustellen (Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG, Feststellungskoope-ration). Ein 100-prozentiger Sanktionserlass kann auch dann noch gewährt werden, wenn die Wettbewerbsbehörden von Amtes wegen oder infolge Anzeige eines Dritten eine Vorabklärung oder Untersuchung eröffnet haben.¹⁸⁵

323. Ein Erlass der Sanktion setzt in beiden vorgenannten Fällen allerdings voraus, dass die Wettbewerbsbehörde nicht ohnehin bereits über ausreichende Beweismittel verfügt, um den Wettbewerbsverstoß zu beweisen (Art. 8 Abs. 3 und 4 Bst. b SVKG).

324. Weiter wird gemäss Art. 8 Abs. 2 SVKG von einem Unternehmen kumulativ verlangt, dass

- seine Zusammenarbeit mit der Wettbewerbsbehörde eine ununterbrochene und uneingeschränkte ist;
- es sämtliche Informationen und Beweismittel un-aufgefordert vorlegt;
- es weder eine anstiftende oder führende Rolle am Wettbewerbsverstoß gespielt noch andere Unternehmen zur Teilnahme an diesem gezwungen hat, und
- es seine Beteiligung am Wettbewerbsverstoß spätestens zum Zeitpunkt der Selbstanzeige oder auf erste Anordnung der Wettbewerbsbehörde einstellt.

B.4.2.5.2 Allgemeines zur Sanktionsreduktion

325. Gemäss Art. 12 SVKG setzt eine Reduktion der Sanktion voraus, dass ein Unternehmen an einem Verfahren un-aufgefordert mitgewirkt und im Zeitpunkt der Vorlage der Beweismittel die Teilnahme am betreffenden Wettbewerbsverstoß eingestellt hat.

B.4.2.5.3 Subsumtion und Ergebnis

326. Das vorliegende Verfahren wurde durch eine Selbstanzeige der Deutschen Post ausgelöst. Die erste Protokollerklärung erfolgte am 19. Juni 2007. In der Folge wurden noch vor der Untersuchungseröffnung sieben weitere mündliche Protokollerklärungen abgegeben und umfangreiche Beweismittel eingereicht. Nach der durch die Selbstanzeige ausgelösten Untersuchungseröffnung am 9. Oktober 2007 deponierte die Deutsche Post elf weitere Protokollaussagen und reichte weitere Beweismittel ein. Am 10. Oktober 2007 teilte das Sekretariat im

¹⁸² Motion Schweiger (07.3856), Ausgewogeneres und wirksameres Sanktionssystem für das Schweizer Kartellrecht, www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaeft.aspx?gesch_id=20073856 (13.12.12).

¹⁸³ Vgl. für die Umsetzung der im Parlament angenommenen Motion Schweiger die Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde vom 22. Februar 2012, BBl 2012 3905, 3959 f.. Daran würde auch die in der Motion Schweiger und im Entwurf umgesetzte Compliance-Defense nichts ändern.

¹⁸⁴ Dies ergibt sich etwa bereits aus dem Wortlaut der Motion Schweiger, welche das Compliance-Programm als Element sieht, welches im Rahmen der Prüfung des Verschuldens des Unternehmens einfließt. Das bedeutet auch, dass eine Umsetzung der Motion Schweiger bzw. das Inkrafttreten der in der Gesetzesrevision vorgesehenen Compliance-Defense nichts an dieser Beurteilung ändern würde; vgl. dazu auch ROLF WEBER, Sanktionsminderung dank Compliance-Massnahmen, in: Zäch/Weber/Heinimann (Hrsg.), Revision des Kartellgesetzes, 2012, 204 ff.; ECONOMIESUISSE, Schweizer Kartellrecht vor Paradigmenwechsel, dossierpolitik Nr. 12, 4. Juni 2012, 11.

¹⁸⁵ So bereits RPW 2009/3, 219, Rz 153 m.w.H., *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Deutschen Post gemäss Art. 9 Abs. 3 Bst. a SVKG mit, dass sie die Voraussetzungen für den vollständigen Erlass der Sanktion nach Art. 8 Abs. 1 SVKG als gegeben erachtet. Gleichzeitig wurde die Deutsche Post aufgefordert, die Beteiligung am Wettbewerbsverstoss am 12. Oktober 2007 aufzugeben und dem Sekretariat die Aufgabe schriftlich zu bestätigen. Am 15. Oktober 2007 bestätigte die Deutsche Post die Einstellung der Beteiligung an Wettbewerbsverstössen. Sie erklärte weiter, jegliche Teilnahme an Veranstaltungen, Treffen, Besprechungen oder anderen Kommunikationen von Vereinigungen und Verbänden in den von der Untersuchung betroffenen Bereichen sowie alle Diskussionen und Vereinbarungen mit Wettbewerbern zu unterlassen.

327. Es liegt folglich eine Eröffnungskooperation im Sinne von Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG vor. Entsprechende Informationen lagen denn auch nicht bereits vor Einreichung der Selbstanzeige vor (Art. 8 Abs. 3 SVKG). Die Deutsche Post erfüllt die weiteren Voraussetzungen für den vollständigen Sanktionserlass gemäss Art. 8 Abs. 2 SVKG. Sie hat während der gesamten Dauer des Verfahrens kooperiert (Art. 8 Abs. 2 Bst. c SVKG), namentlich unaufgefordert ergänzende Aussagen zu Protokoll gegeben und die dazugehörigen Beweismittel eingereicht (Art. 8 Abs. 2 Bst. b SVKG). Die Untersuchung ergab keine Hinweise, dass die Deutsche Post andere Unternehmen zur Teilnahme an der Wettbewerbsabrede gezwungen hätte oder dass ihr eine anstiftende oder führende Rolle zugekommen wäre (Art. 8 Abs. 2 Bst. a SVKG). Im Übrigen stellte sie ihr Verhalten in Absprache mit dem Sekretariat kurz nach Eröffnung des Verfahrens ein (Art. 8 Abs. 2 Bst. d SVKG). Aufgrund dessen kann der Deutschen Post der hundertprozentige Sanktionserlass gewährt werden.

328. Die Selbstanzeigen der Deutschen Bahn und von Agility erfolgten zeitlich erst nach der Selbstanzeige der Deutschen Post und auch nach der Untersuchungseröffnung. Ein Sanktionserlass aufgrund einer Eröffnungskooperation gemäss Art. 8 Abs. 1 Bst. a SVKG scheidet daher aus. Grundsätzlich wäre noch ein Sanktionserlass aufgrund einer Feststellungskooperation gemäss Art. 8 Abs. 1 Bst. b SVKG denkbar. Ein solcher Sanktionserlass scheidet gemäss Art. 8 Abs. 4 Bst. a SVKG allerdings aus, wenn bereits ein anderes Unternehmen die Voraussetzungen für einen Erlass aufgrund einer Eröffnungskooperation erfüllt. Oben wurde festgestellt, dass die Deutsche Post die Voraussetzungen für den vollständigen Sanktionserlass erfüllt. Ein vollständiger Sanktionserlass ist folglich für die Deutsche Bahn und Agility ausgeschlossen. Die Reduktion beträgt gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG bis zu 50 % des nach den Artikeln 3–7 SVKG berechneten Sanktionsbetrags. Massgebend ist die Wichtigkeit des Beitrags des Unternehmens zum Verfahrenserfolg.

329. Im Fall „Elektroinstallateure Bern“ gewährte die WEKO in einem Verfahren, welches durch die Anzeige eines Dritten ins Rollen gebracht wurde, dem ersten Unternehmen, welches anlässlich der Hausdurchsuchungen seine Kooperationsbereitschaft erklärte und in der Folge kooperierte, einen Sanktionserlass aufgrund Feststellungskooperation. Alle anderen Unternehmen, welche zeitlich später eine Bonusmeldung einreichten,

haben eine Reduktion der Sanktion um 40 % erhalten. Die WEKO hielt fest, eine Reduktion um 50 % sei vor dem Hintergrund bereits erfolgter Hausdurchsuchungen (und dem damit verbundenen Vorliegen von umfassendem und ergiebigem Aktenmaterial) sowie einer Bonusmeldung mit zeitlicher Priorität nicht mehr angemessen. Es seien andere Konstellationen denkbar, in denen dem Beitrag der zweiten und weiterer meldender Parteien noch bedeutender sein könnten und folglich das Maximum gemäss Art. 12 Abs. 2 SVKG sachgerecht erscheinen würde.¹⁸⁶

330. Der vorliegende Fall ist mit dem Fall „Elektroinstallateure Bern“ insofern vergleichbar, als auch hier zum Zeitpunkt der Bonusmeldungen der Deutschen Bahn und von Agility bereits eine prioritäre Selbstanzeige vorlag und schon Hausdurchsuchungen durchgeführt worden waren. Allerdings ist der Beitrag für den Verfahrenserfolg des zweiten und dritten Unternehmens in casu von grösserer Bedeutung als im dargestellten Präzedenzfall. Im vorliegenden Fall handelte es sich um ein internationales Kartell, so dass durch die Hausdurchsuchungen nur dasjenige Beweismaterial sichergestellt werden konnte, welches in der Schweiz zugänglich war. Gerade die Unterlagen welche die Deutsche Bahn und Agility als Beweismittel eingereicht haben, waren für die Wettbewerbsbehörde nur auf diesem Weg zugänglich, da sich die Konzernsitze der beiden Gesellschaften im Ausland befinden. Zudem wurde bei Agility gar keine Hausdurchsuchung durchgeführt und auch die Untersuchung erst aufgrund der eigenen Selbstanzeige eröffnet. Aufgrund der Komplexität und Mehrschichtigkeit der Absprache waren die umfangreichen Beweismittel, welche durch die Deutsche Bahn und von Agility eingereicht wurden von wesentlicher Bedeutung zur Erbringung des Nachweises, dass sich die Absprache nicht in Abreden bezüglich singulärer Gebühren erschöpft hat, sondern eine Gesamtabrede vorlag, sich bezüglich der Weitergabe exogener Kostenfaktoren an die Kunden zu koordinieren. Weiter waren die Verbesserung der Beweislage durch die zweite und dritte Selbstanzeige insofern mitentscheidend für den Verfahrenserfolg, als dass die Rechtslage hinreichend erstellt werden konnte, um eine einvernehmliche Regelung abzuschliessen und auf weitere Ermittlungsmassnahmen verzichten zu können. Unter Berücksichtigung dieser Umstände erscheint im vorliegenden Fall eine Reduktion von [40–50] % für die Deutsche Bahn und Agility als sachgerecht.

B.4.2.6 Ergebnis

331. Aufgrund der genannten Erwägungen und unter Würdigung aller Umstände und aller genannten sanktionserhöhenden und -mildernden Faktoren lässt sich die Sanktionsberechnung für jede Untersuchungsadressantin wie folgt zusammenfassen (wobei in der Tabelle jeweils der Sanktionsbetrag nach erfolgtem Berechnungsschritt angegeben wird):

¹⁸⁶ RPW 2009/3, 219, Rz 156 ff. (164 ff.), *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

Tabelle 10: Zusammenfassung der Sanktionsberechnung

Bemessung der Sanktion		Agility	Deutsche Bahn	Deutsche Post	Kühne + Nagel	Panalpina
Gesamtumsatz in der Schweiz		[500–600] Mio.	[400–500] Mio.	[1500–1700] Mio.	[500–600] Mio.	[800–900] Mio.
Maximalhöhe der Sanktion	10 %	[50–60] Mio.	[40–50] Mio.	[150–170] Mio.	[50–60] Mio.	[80–90] Mio.
Umsatz auf dem relevanten Markt		[10–30] Mio.	[20–40] Mio.	[50–150] Mio.	[10–30] Mio.	[40–60] Mio.
Obergrenze Basisbetrag	10 %	[1–3] Mio.	[2–4] Mio.	[5–15] Mio.	[1–3] Mio.	[4–6] Mio.
Konkreter Basisbetrag	6 %	[1–3] Mio.	[1–3] Mio.	[5–15] Mio.	[1–3] Mio.	[3–5] Mio.
Zuschlag für Dauer	+ 30 %	[1–3] Mio.	[1–4] Mio.	[5–15] Mio.	[1–3] Mio.	[3–5] Mio.
Erschwerende Umstände / Mutmasslicher Gewinn	+/- 0 %					
Mildernde Umstände: Reduktion zufolge EVR	-[15–20] % bzw. -[20–25] %	[1–3] Mio.	[1–4] Mio.	[5–15] Mio.	1'173'767	3'117'286
Reduktion der Sanktion zufolge Bonus (Art. 12 SVKG)	-[40–50] %	907'349	1'021'751			
Reduktion der Sanktion zufolge Bonus (Art. 12 SVKG)	-100 %			0		
Total:		907'349	1'021'751	0	1'173'767	3'117'286

B.4.2.7 Tragbarkeitsprüfung

332. Schliesslich muss eine Busse als Ausfluss des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes für die betroffenen Unternehmen auch finanziell tragbar sein. Dieses Kriterium wird regelmässig schwer zu beurteilen sowie in Relation zur Risikobereitschaft und Anlagestrategie einer Unternehmung zu setzen sein, weshalb es nur bei drohenden Marktaustritten Berücksichtigung finden kann. Die Höhe der Busse ist dahingehend zu begrenzen, dass die Sanktion weder die Wettbewerbs- noch die Existenzfähigkeit des betroffenen Unternehmens bedroht. Der Sanktionsbetrag sollte zur finanziellen Leistungsfähigkeit des Unternehmens in einem angemessenen Verhältnis stehen. Auf der anderen Seite ist im Interesse der Präventivwirkung und Durchsetzbarkeit des Kartellgesetzes im Minimum die infolge des Verstosses unzulässigerweise erzielte Kartellrente abzuschöpfen.¹⁸⁷

333. Vorliegend sind die festgesetzten Sanktionsbeträge ohne Weiteres als tragbar bzw. zumutbar zu bezeichnen.

B.5 Weitere Anordnungen: Beschlagnahmte Dokumente

334. Anlässlich der Hausdurchsuchungen wurden bei den durchsuchten Untersuchungsadressaten diverse Papierdokumente beschlagnahmt sowie elektronische Daten kopiert und gespiegelt.¹⁸⁸ Die für die Untersuchung relevanten elektronischen Daten wurden in Form von elektronischen Berichten in die Untersuchungsakten übernommen.¹⁸⁹ Mit Eintritt der Rechtskraft der vorliegenden Verfügung gegenüber allen Parteien kann ausgeschlossen werden, dass noch auf die Original-Papierdokumente bzw. die gespiegelten Daten zurückgegriffen werden muss. Dementsprechend sind nach rechtskräftigem Abschluss vorliegender Untersuchung

die Original-Papierdokumente der jeweils berechtigten Partei zurückzugeben resp. die gespiegelten elektronischen Daten sind zu löschen.

C Kosten

335. Nach Art. 2 Abs. 1 Gebührenverordnung KG¹⁹⁰ ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat.

336. Im Untersuchungsverfahren nach Art. 27 ff. KG besteht eine Gebührenpflicht, wenn aufgrund der Sachverhaltsfeststellung eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt. Vorliegend ist daher eine Gebührenpflicht zu bejahen.

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

338. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von CHF 200.--. Die aufgewendete Zeit beträgt 2'619.5 Stunden. Demnach beläuft sich die Gebühr auf CHF 523'900.--.

¹⁸⁷ RPW 2010/4, 765 Rz 432, *Baubeschläge*; RPW 2009/3, 218, Rz 150, *Elektroinstallationsbetriebe Bern*.

¹⁸⁸ Siehe Rz 18 ff.

¹⁸⁹ Siehe Rz 39.

¹⁹⁰ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

339. Neben dem Aufwand nach Art. 4 hat der Gebührenpflichtige die Auslagen gemäss Art. 6 Allgemeine Gebührenverordnung¹⁹¹ zu erstatten sowie die Kosten, die durch Beweiserhebung oder besondere Untersuchungsmassnahmen verursacht werden. Dieser Aufwand belief sich auf CHF 37'241.--.

340. Diverse Parteien haben im Rahmen ihrer Stellungnahmen vorgebracht, Spedlogswiss müsse einen Teil der Verfahrenskosten tragen, da der Verband auch Partei des Verfahrens sei. Spedlogswiss hat mit Schreiben vom 30. November 2012 darauf hingewiesen, dass eine Kostenauflegung an den Verband der bisherigen Praxis der WEKO widersprechen würde. Weiter macht Spedlogswiss geltend, nur über bescheidene finanzielle Möglichkeiten zu verfügen (Jahresergebnis zwischen CHF 4'000 und 8'000) sowie im Vergleich zu den anderen Parteien einen vernachlässigbaren Aufwand verursacht zu haben. Spedlogswiss ist insofern zuzustimmen, als dass in mehreren Fällen den an den Verfahren beteiligten Verbänden keine Kosten auferlegt wurden, teilweise selbst dann, wenn der Verband Partei war oder eine einvernehmliche Regelung mitunterschrieben hat.¹⁹² Es gibt aber auch Gegenbeispiele: so wurde namentlich in dem mittels einvernehmlicher Regelung abgeschlossenen Fall „*Fahrschule Graubünden*“ die Hälfte der Verfahrenskosten dem Verband und die andere Hälfte seinen Mitgliedern belastet.¹⁹³ Spedlogswiss beruft sich auf den Fall Ascopa und macht geltend, Spedlogswiss sei kein Abredepartner gewesen und Spedlogswiss wäre ohne ihre Mitglieder eine „leere, nicht funktionsfähige Hülle“, analog zur Feststellung der WEKO für den Verband Ascopa. Dem ist entgegenzuhalten, dass Spedlogswiss ungleich selbständiger ist als Ascopa. Spedlogswiss verfügt über eine eigene Geschäftsstelle mit einem vollamtlichen Geschäftsleiter und einem eigenen, professionellen Sekretariat und bietet seinen Mitgliedern zahlreiche Dienstleistungen an, weshalb Spedlogswiss oben als Unternehmen gemäss Art. 2 KG qualifiziert wurde (vgl. Rz 66). Diese Elemente waren bei Ascopa nicht gegeben. Selbst das Sekretariat hatte Ascopa an die Fédération des Entreprises Romandes Genève (FER) ausgelagert.¹⁹⁴ Weiter ist zu berücksichtigen, dass Spedlogswiss einen eigenständigen Internetauftritt pflegt und für seine Mitglieder Informationen aufbereitet und Empfehlungen abgibt. Im Zusammenhang mit der untersuchten Wettbewerbsbeschränkung ist zwar einerseits festzustellen, dass Spedlogswiss selber nicht Teilnehmer an der Gesamtabrede war, dass aber der Verband die Umsetzung der Gesamtabrede erleichtert und deren Marktwirkung durch die Herausgabe von Preisempfehlungen ausgedehnt hat. Schliesslich war es im vorliegenden Fall erforderlich, eine Hausdurchsuchung bei Spedlogswiss durchzuführen und es wurde mit Spedlogswiss eine eigene einvernehmliche Regelung abgeschlossen, um zu verhindern dass die Gremien und Instrumente (z.B. Empfehlungen) von Spedlogswiss zukünftig Absprachen zwischen Luftfrachtspediteuren erleichtern könnten. Es rechtfertigt sich daher unter Berücksichtigung des Verursacherprinzips Spedlogswiss die Tragung von Kosten in der Höhe von CHF 10'000.-- aufzuerlegen.

341. Die restlichen Gebühren werden den an der unzulässigen Wettbewerbsabrede beteiligten Speditionsun-

ternehmen zu gleichen Teilen von je CHF 110'228.-- und unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt (vgl. Art. 1a GebV-KG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 AllgGebV).

342. Agility hat im Rahmen der Stellungnahme vorgebracht, es seien den Selbstanzeigern aufgrund ihrer Mitwirkung im Verfahren tiefere Kosten aufzuerlegen. Diesem Vorbringen kann nicht gefolgt werden. Die Mitwirkung im Rahmen der Selbstanzeige führt zu einer Reduktion der Sanktion, nicht zu einer Reduktion der Verfahrenskosten.

D Ergebnis

343. Die WEKO kommt gestützt auf die vorstehenden Erwägungen zu folgendem Ergebnis:

- Die fünf grossen, international tätigen Luftfrachtspediteure Agility, Deutsche Bahn, Deutsche Post, Kühne + Nagel und Panalpina haben eine unzulässige Abrede über die direkte oder indirekte Festsetzung von Preisen gemäss Art. 5 Abs. 3 KG getroffen, indem ein Konsens bestand, neu auftretende exogene Kostenfaktoren gemeinsam zu erörtern und sich über deren allfällige Weiterbelastung an die Kunden zu koordinieren. Es handelt sich dabei um eine Gesamtabrede, welche sich jedenfalls in den im Rahmen dieser Verfügung dargestellten nationalen und internationalen Gebühren und Zuschlägen manifestiert hat. Dabei gilt es darauf hinzuweisen, dass das Vorliegen dieser Abrede aufgrund der sich in der Schweiz auswirkenden Sachverhaltselemente und nach Massgabe des schweizerischen Rechts erfolgt ist.
- Die gesetzliche Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs kann durch den verbleibenden, kumulierten Innen- und Aussenwettbewerb umgestossen werden.
- Die Gesamtabrede führte aber zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs gemäss Art. 5 Abs. 1 KG.
- Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gemäss Art. 5 Abs. 2 KG liegen keine vor.

344. Es handelt sich somit um eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 KG, welche nach Art. 49a Abs. 1 KG zu sanktionieren ist.

¹⁹¹ Allgemeine Gebührenverordnung vom 8.9.2004 (AllgGebV; SR 172.041.1).

¹⁹² Vgl. RPW 2012/3, 668, *USPI – Neuchâtel*; RPW 2011/4, 644 Rz 828 und 583 Rz 387, *Ascopa*; RPW 2008/1, 112 Rz 219, *Strassenbeläge Tessin*.

¹⁹³ Vgl. RPW 2003/2, 296, *Fahrschule Graubünden*. Vgl. weiter RPW 2000/1, 28, Rz. 18 ff., *Recommandations de prix pour boissons servies dans la restauration romande*, wo fünf Gastroverbände die Kosten zu tragen hatten.

¹⁹⁴ Vgl. RPW 2011/4, 535 Rz 20 ff., *Ascopa*.

345. Es konnte mit allen Parteien eine einvernehmliche Regelung im Sinne von Art. 29 KG abgeschlossen werden, welche das zukünftige Verhalten der Parteien regelt und mit vorliegender Verfügung genehmigt wird. Aufgrund des Abschlusses der einvernehmlichen Regelung konnte in der vorliegenden Verfügung die Begründungstiefe und -dichte stellenweise reduziert werden.

346. Die an der unzulässigen Abrede beteiligten Speditionsunternehmen werden unter Berücksichtigung des Abschlusses der einvernehmlichen Regelung sowie von individuellen Faktoren, namentlich von Selbstanzeigen sanktioniert. Die kumulierte Sanktionssumme beträgt CHF 6'220'153.--. Weiter haben die beteiligten Speditionsunternehmen Verfahrenskosten von insgesamt CHF 551'141.-- zu tragen. Die restlichen Verfahrenskosten von CHF 10'000.-- entfallen auf Spedlogswiss.

347. Verstösse bzw. Widerhandlungen gegen die vorliegende Verfügung und gegen die vorliegende einvernehmliche Regelung können nach Massgabe von Art. 50 bzw. 54 KG mit einer Verwaltungs- bzw. Strafsanktion belegt werden. Diese Sanktionierbarkeit ergibt sich ohne Weiteres aus dem Gesetz selber, weshalb auf eine entsprechende – lediglich deklaratorische und nicht konstitutive – Sanktionsdrohung im Dispositiv verzichtet werden kann.¹⁹⁵

E Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die Wettbewerbskommission genehmigt die einvernehmlichen Regelungen zwischen dem Sekretariat der Wettbewerbskommission und Agility Logistics International BV, Deutsche Bahn AG, Deutsche Post AG, Kühne + Nagel International AG und Panalpina Weltransport (Holding) mit nachfolgendem Wortlaut (vgl. für den gesamten Text inklusive Vorbemerkungen Rz 42):
 - a) Die [Agility, Deutsche Bahn, Deutsche Post, Kühne + Nagel, Panalpina] verpflichtet sich, mit Konkurrenten keine Abreden darüber zu treffen, in welcher Form und Höhe Gebühren und Zuschläge den eigenen Kunden zu belasten sind.
 - b) Die [Agility, Deutsche Bahn, Deutsche Post, Kühne + Nagel, Panalpina] verpflichtet sich, im Rahmen von Spedlogswiss nicht an der Erarbeitung von Empfehlungen zur Form und Höhe der Weitergabe von exogenen Kostenfaktoren an die Kunden mitzuarbeiten noch an entsprechenden Diskussionen teilzunehmen.
2. Die Wettbewerbskommission genehmigt die einvernehmlichen Regelungen zwischen dem Sekretariat der Wettbewerbskommission und Spedlogswiss mit nachfolgendem Wortlaut (vgl. für den gesamten Text inklusive Vorbemerkungen Rz 42 f.):
 - a) Spedlogswiss verpflichtet sich in seiner Eigenschaft als nationaler Branchenverband dafür zu sorgen, dass in den von Spedlogswiss einberufenen und begleiteten Sitzungen seiner sämtlichen Gremien und Ausschüsse keine Abreden

darüber getroffen werden, in welcher Form und Höhe die Weitergabe von exogenen Kostenfaktoren (u.a. Gebühren und Zuschläge) an die Kunden erfolgen soll.

- i. Eine Ausnahme bilden exogene Kostenfaktoren, deren Belastung an den Kunden gesetzlich vorgesehen sind (z.B. MWSt).
 - ii. „Dafür zu sorgen“ bedeutet nicht, dass Spedlogswiss eine Garantienstellung für seine Mitglieder zukommt, sondern (1) dass der Vertreter von Spedlogswiss die Mitglieder warnt, wenn diese eine Abrede beabsichtigen oder treffen und (2) im Falle, dass trotzdem eine Abrede getroffen wird, die Wettbewerbsbehörden über diesen Sachverhalt informiert.
- b) Spedlogswiss verpflichtet sich, keine Empfehlungen betreffend die Form und Höhe der Weitergabe von exogenen Kostenfaktoren zu erstellen und zu verbreiten.
- i. Eine Ausnahme bilden exogene Kostenfaktoren, deren Belastung an den Kunden gesetzlich vorgesehen sind (z.B. MWSt).
 - ii. Die Verbreitung kartellrechtlich unbedenklicher Empfehlungen anderer Verbände bleibt erlaubt.
3. Die an der unzulässigen Wettbewerbsabrede beteiligten Speditionsunternehmen werden gestützt auf Art. 49a i.V.m. Art. 5. Abs. 1 und Art. 5 Abs. 3 Bst. a KG mit folgenden Beträgen belastet:
 - a) Agility Logistics International BV CHF 907'349
 - b) Deutsche Bahn AG CHF 1'021'751
 - c) Deutsche Post AG CHF 0
 - d) Kühne + Nagel International AG CHF 1'173'767
 - e) Panalpina Weltransport (Holding) AG CHF 3'117'286
 4. Von den Verfahrenskosten von insgesamt CHF 561'141.-- werden CHF 10'000.-- Spedlogswiss auferlegt. Die restlichen Verfahrenskosten werden den an der unzulässigen Wettbewerbsabrede beteiligten Speditionsunternehmen zu gleichen Teilen, d.h. je CHF 110'228.--, und unter solidarischer Haftung auferlegt.
 5. Die beschlagnahmten Original-Papierdokumente werden der jeweils berechtigten Person nach Eintritt der Rechtskraft vorliegender Verfügung gegenüber allen Untersuchungsadressatinnen zurückgegeben und die beim Sekretariat vorhandenen, gespiegelten elektronischen Daten werden nach Eintritt der Rechtskraft vorliegender Verfügung gegenüber allen Untersuchungsadressatinnen gelöscht.

¹⁹⁵ Vgl. Entscheid der REKO/WEF vom 9.6.2005, RPW 2005/3, 530 E. 6.2.6, *Telekurs Multipay*; Urteil des BVGer vom 3.10.2007, RPW 2007/4, 653 E. 4.2.2, *Flughafen Zürich AG, Unique*.

6. Die Verfügung ist zu eröffnen an:

- Agility Logistics International BV, in Amsterdam, vertreten durch [Name RA];
- Deutsche Bahn AG, Potsdamer Platz 2, D-10785 Berlin, vertreten durch [Name RA];
- Deutsche Post AG, Charles-de-Gaulle-Strasse 20, D-53113 Bonn, vertreten durch [Name RA];
- Kühne + Nagel International AG, Dorfstrasse 50, 8834 Schindellegi, vertreten durch [Name RA];
- Panalpina Welttransport (Holding) AG, Viaduktstrasse 42, 4051 Basel, vertreten durch [Name RA];
- Spedlogswiss, Verband Schweizerischer Speditions- und Logistikunternehmen, in Basel.

[Rechtsmittelbelehrung]

B 2.2

2. Verfügung vom 18. März 2013 in Sachen Tele 2 vs. Swisscom

Verfügung vom 18. März 2013 in Sachen Wiedererwägungsgesuch gemäss Art. 30 Abs. 3 KG betreffend die in der Untersuchung 31-0141 ergangene Verfügung der Wettbewerbskommission vom 6. Mai 2002 betreffend die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung in Sachen Tele 2 vs. Swisscom gegen Swisscom (Schweiz) AG in Worblaufen.

A Sachverhalt**A.1 Verfahren****A.1.1 Vorgeschichte**

1. Mit Anzeige vom 9. August 2001 beantragte die Telecommunication Services AG (nachfolgend: Tele2) bei der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Durchführung einer Vorabklärung im Sinne von Art. 26 Kartellgesetz (KG)¹ und die anschliessende Eröffnung einer Untersuchung im Sinne von Art. 27 KG gegen Swisscom (Schweiz) AG (nachfolgend: Swisscom) wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung. Sie machte geltend, Swisscom würde ihre marktbeherrschende Stellung missbrauchen, indem sie den Rechnungen für die Anschlussgebühr gezielte Werbung für eigene Dienstleistungen beilege, indem sie die Dienstleistung MultiLINE^{ISDN Combi} nur Kunden ohne Carrier Preselection (nachfolgend: CPS) bei einem anderen Fernmeldedienstanbieter (nachfolgend: FDA) anbiete und indem sie mit der Einführung neuer Sperrsets (technische Einstellungen am Basisanschluss zur Sperrung abgehender Verbindungen) den Kunden verunmögliche, die Vorwahl 10753 zu wählen, um mit Tele2 zu telefonieren.²

2. Am 13. August 2001 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine Vorabklärung um abzuklären, ob Anhaltspunkte für das Vorliegen unzulässiger Verhaltensweisen von Swisscom bestehen.³ Aufgrund der Ergebnisse der Vorabklärung eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO am 5. Dezember 2001 gegen Swisscom eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG betreffend das Beilegen von Werbeunterlagen zu den Rechnungen für die Anschlussgebühr. Betreffend die zwei anderen Verhaltensweisen MultiLINE^{ISDN Combi} und Sperrsets verzichtete die WEKO auf die Eröffnung einer Untersuchung.⁴

A.1.2 Einvernehmliche Regelung

3. Im Rahmen der gegen Swisscom eröffneten Untersuchung hatte das Sekretariat festgestellt, dass sich Swisscom möglicherweise unzulässig im Sinne von Art. 7 KG verhalten habe, woraufhin von der in Art. 29 KG vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch gemacht wurde, die Untersuchung mittels einer einvernehmlichen Regelung abzuschliessen.

4. Die einvernehmliche Regelung zwischen dem Sekretariat und Swisscom weist folgenden Inhalt auf:

„a) Swisscom verpflichtet sich, künftig den Rechnungen für den Telefonanschluss keine spezifisch an CPS-Kunden gerichtete Werbung beizulegen.

b) Swisscom verpflichtet sich insbesondere, auf das Beilegen von sogenannten CPS-Aufhebungsformularen zu verzichten.“

5. Die einvernehmliche Regelung wurde gemäss Art. 29 Abs. 2 KG am 6. Mai 2002 durch die WEKO genehmigt.⁵

A.1.3 Wiedererwägungsgesuch

6. Am 3. November 2011 hat Swisscom betreffend die im Verfahren 32-0141: Tele 2 vs. Swisscom getroffene einvernehmliche Regelung ein Wiedererwägungsgesuch gemäss Art. 30 Abs. 3 KG bei der WEKO eingereicht mit dem Begehren, die Verfügung der WEKO vom 6. Mai 2002 sei zu widerrufen.

7. Swisscom macht geltend, dass sie Betroffene im Sinne von Art. 30 Abs. 3 KG sei und sich die tatsächlichen sowie die rechtlichen Verhältnisse wesentlich geändert hätten.⁶

8. Mit Schreiben vom 26. März 2012 teilte die WEKO Swisscom mit, dass auf das Wiedererwägungsgesuch eingetreten wird.⁷

A.1.4 Eröffnung einer Untersuchung

9. Die WEKO beauftragte das Sekretariat mit Untersuchungshandlungen, weshalb das Sekretariat am 17. April 2012 im Auftrag der WEKO eine Untersuchung gemäss Art. 27 KG eröffnete.⁸

A.1.5 Untersuchungshandlungen/Verfahren

10. Mit Schreiben vom 18. April 2012 stellte das Sekretariat Swisscom einen Fragebogen⁹ zu, welchen diese mit Eingabe vom 9. Mai 2012 beantwortete.¹⁰

11. Am 22. Mai 2012 befragte das Sekretariat 41 FDA, die im Bereich CPS tätig sind.¹¹

12. Den Fragebogen beantworteten 22 FDA innert der bis zum 22. Juni 2012 gesetzten Frist.¹²

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

² 32-0141: Untersuchung Tele2 vs. Swisscom, Schreiben Tele2 vom 9. August 2001.

³ 32-0141: Untersuchung Tele2 vs. Swisscom, Schreiben vom 13. August 2001 an Swisscom.

⁴ 32-0141: Untersuchung Tele2 vs. Swisscom, Schreiben vom 5. Dezember 2001 an Swisscom.

⁵ 32-0141: Untersuchung Tele2 vs. Swisscom, Verfügung vom 6. Mai 2002 Rz 23 ff.

⁶ Eingabe Swisscom vom 3. November 2011, S. 2 f. (act. 1).

⁷ Schreiben vom 26. März 2012 an Swisscom (act. 3).

⁸ Schreiben vom 17. April 2012 an Swisscom (act. 4).

⁹ Auskunftsbegehren an Swisscom vom 18. April 2012 (act. 5).

¹⁰ Stellungnahme Swisscom vom 9. Mai 2012 (act. 6).

¹¹ Auskunftsbegehren an CPS-Anbieter vom 22. Mai 2012 (act. 7).

¹² Stellungnahmen auf Auskunftsbegehren (act. 9 ff.).

13. Am 17. Juli 2012 erging ein erstes Erinnerungsschreiben an die 19 FDA, die den Fragebogen noch nicht beantwortet hatten mit der bis zum 3. August 2012 angesetzten Frist.¹³ Von den verschickten Erinnerungsschreiben konnten zwei nicht zugestellt werden, da die Unternehmen unbekannt weggezogen sind. 17 der angeschriebenen FDA antworteten sodann innert Frist.¹⁴

14. Am 14. August 2012 erging ein zweites Erinnerungsschreiben an die restlichen 5 FDA, die noch nicht geantwortet hatten mit Fristansetzung bis zum 31. August 2012.¹⁵ Die 5 FDA antworteten schliesslich innert Frist.¹⁶

15. Mit Schreiben vom 28. November 2012 stellte das Sekretariat Swisscom seinen Antrag an die WEKO vom 27. November 2012 zu mit der Bitte um Stellungnahme bis zum 14. Januar 2013.¹⁷

16. Am 17. Dezember 2012 fand in den Räumlichkeiten des Sekretariats die von Swisscom beantragte Akteneinsicht statt.

17. Mit Eingabe vom 9. Januar 2013 ersuchte Swisscom um eine Fristerstreckung bis zum 28. Januar 2013,¹⁸ die mit Schreiben vom 11. Januar 2013 vom Sekretariat gewährt wurde.¹⁹

18. Am 28. Januar 2013 nahm Swisscom zum Antrag des Sekretariats vom 27. November 2012 an die WEKO Stellung.²⁰

B Erwägungen

B.1 Rechtliches

19. Gemäss Art. 30 Abs. 1 KG entscheidet die WEKO auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung. Haben sich die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse wesentlich geändert, so kann die WEKO gemäss Art. 30 Abs. 3 KG auf Antrag des Sekretariats oder der Betroffenen den Entscheid widerrufen oder ändern.

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

21. Für den Telekommunikationsmarkt gelten die besonderen Regelungen des Fernmelderechts. Insbesondere das Interkonnectionsregime (Art. 11 Abs. 3 Bst. d FMG²¹) bildet eine besondere sektorielle Regelung, die zur übrigen preis- und wettbewerbsrechtlichen Ordnung hinzutritt und diese nicht ausschliesst.²²

22. Nach Meinung des Gesetzgebers ist die Interkonnection Voraussetzung dafür, dass alle Teilnehmerinnen und Teilnehmer am Fernmeldeverkehr untereinander kommunizieren und dass überhaupt neue Anbieterinnen auftreten können.²³ Durch die Interkonnection „kann sich ein funktionierender Wettbewerb überhaupt

erst einstellen und können alle Teilnehmerinnen und Teilnehmer am Fernmeldeverkehr miteinander kommunizieren“.²⁴ Die Pflicht, die Wettbewerbskommission bei der Beurteilung der Marktbeherrschung im relevanten Marktsegment zu konsultieren, soll zudem sicherstellen, dass die Anwendung dieser Bestimmung im Einklang mit dem Wettbewerbsrecht erfolgt.²⁵

23. Die Interkonnection soll daher den Wettbewerb im Bereich der Fernmeldedienste stärken und diesen nicht ausschliessen. Die kartell- und fernmelderechtlichen Bestimmungen und Verfahren gelangen daher nebeneinander zur Anwendung. Kartell- und Fernmelderecht beeinflussen sich zwar gegenseitig, allerdings stellt das Interkonnectionsregime des Fernmelderechts keine vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG dar.

24. Der vorliegend zu beurteilende Sachverhalt weist keinen Zusammenhang zur Gesetzgebung über das geistige Eigentum auf. Aus diesem Grund ist ebenfalls keine vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 2 KG ersichtlich.

25. Folglich bestehen keine vorbehaltenen Vorschriften, welche die Anwendung des Kartellgesetzes einschränken würden.

B.2 Eintretensvoraussetzungen

26. Für das Eintreten auf ein Wiedererwägungsgesuch gemäss Art. 30 Abs. 3 KG müssen sowohl subjektive sowie objektive Eintretensvoraussetzungen gegeben sein.

B.2.1 Subjektive Eintretensvoraussetzungen

27. Das Recht, einen Widerruf oder eine Abänderung einer Verfügung der WEKO zu beantragen, steht sowohl dem Sekretariat als auch den Betroffenen zu. Unter Betroffenen sind die vom Entscheid unmittelbar Betroffenen, das heisst die Urheber der Wettbewerbsbeschränkung bzw. die an einer einvernehmlichen Regelung unmittelbar Beteiligten zu verstehen sowie auch die Dritten im Sinne von Art. 43 KG mit Parteieigenschaft im Sinne von Art. 6 und 48 VwVG.²⁶

¹³ 1. Erinnerungsschreiben vom 17. Juli 2012 (act. 50 und 51).

¹⁴ Stellungnahmen auf 1. Erinnerungsschreiben (act. 54 ff.).

¹⁵ 2. Erinnerungsschreiben vom 14. August 2012 (act. 76 ff.).

¹⁶ Stellungnahmen auf 2. Erinnerungsschreiben (act. 82 ff.).

¹⁷ Schreiben vom 28. November 2012 an Swisscom (act. 90).

¹⁸ Fristerstreckungsgesuch vom 9. Januar 2013 (act. 91).

¹⁹ Schreiben vom 11. Januar 2013 (act. 92).

²⁰ Stellungnahme Swisscom vom 28. Januar 2013 (act. 93).

²¹ Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10).

²² Urteile des BGer 2C.343/2010 und 2C.344/2010 vom 11.04.2011, E. 3.4.

²³ Botschaft vom 10. Juni 1996 zum revidierten Fernmeldegesetz BBl 1996 III 1405 ff., 1425.

²⁴ Botschaft vom 10. Juni 1996 zum revidierten Fernmeldegesetz BBl 1996 III 1405 ff., 1427.

²⁵ Botschaft vom 10. Juni 1996 zum revidierten Fernmeldegesetz BBl 1996 III 1405 ff., 1427.

²⁶ ROMINA CARCAGNI, in: Stämpfli's Handkommentar zum Kartellgesetz, Baker & McKenzie (Hrsg.), 2007, Art. 30 KG N 16; BEAT ZIRLICK/CHRISTOPH TAGMANN, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amtutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 30 KG N 128.

28. Die Betroffenheit einer Person muss dabei nicht auf den Personenkreis, an den eine Verfügung der WEKO adressiert ist, oder auf die Beteiligten an einer einvernehmlichen Regelung beschränkt sein. Damit Betroffenheit vorliegt, muss zum Zeitpunkt des Antrages eine Einschränkung der wirtschaftlichen Freiheit der Betroffenen in irgendeiner Form gegeben sein. Hierbei muss die Einschränkung aktuell sein und sich auf die wirtschaftliche Freiheit der antragstellenden Person auswirken.

29. Vorliegend hat Swisscom mit dem Sekretariat eine – von der WEKO genehmigte – einvernehmliche Regelung geschlossen, mittels der sie sich selbst in ihrer wirtschaftlichen Freiheit beschränkt hat. Die einvernehmliche Regelung hat auch heute noch Bestand und wirkt sich auch aktuell auf die wirtschaftliche Freiheit von Swisscom aus. Daher liegt eine Betroffenheit von Swisscom vor; die subjektiven Eintretensvoraussetzungen sind gegeben.

B.2.2 Objektive Eintretensvoraussetzungen

30. Wenn die Betroffenen geltend machen, die Verhältnisse hätten sich wesentlich geändert, so haben sie grundsätzlich einen Anspruch auf Behandlung ihres Antrages auf Änderung oder Widerruf einer Entscheidung der WEKO.²⁷

31. Swisscom macht als Betroffene geltend, dass sich die rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse geändert hätten. So seien am 1. April 2007 neue Bestimmungen im Fernmeldegesetz in Kraft gesetzt worden und damit gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. a und c FMG unter anderem die Zugangsformen „vollständig entbündelter Zugang zum Teilnehmeranschluss“ (nachfolgend: TAL) und „Verrechnung von Teilnehmeranschlüssen des Festnetzes“ (nachfolgend: VTA) eingeführt worden. Dadurch, dass beim TAL die Vertragsverbindung zwischen Swisscom und dem Kunden vollständig dahinfalle und bei VTA zwar der Kunde über den Anschlussvertrag immer noch mit Swisscom verbunden sei, aber die Rechnungsstellung nicht mehr über Swisscom erfolgen müsse, könne vermieden werden, dass Swisscom dem CPS-Kunden über die Rechnungsstellung Werbung zustellen könne. TAL sei zwar mit einem gewissen technischen und finanziellen Aufwand für die FDA verbunden und könne allenfalls ein Hindernis darstellen, jedoch sei der Aufwand, der für die FDA beim Dienst VTA anfalle, gering und ohne Weiteres zu bewältigen. Damit stehe den FDA ein einfaches Mittel zur Verfügung, um den Werbekanal zwischen Swisscom und den Kunden zu unterbinden.²⁸

32. Eine weitere rechtliche Änderung sei am 1. Februar 2005 durch die Revision der Verordnung über Fernmeldedienste (FDV; SR 784.101.1) erfolgt. Die neue Bestimmung in Art. 65 Abs. 3 FDV mache deutlich, dass eine CPS-Information, also die Information, ob ein Kunde CPS gewählt oder eine solche Wahl gelöscht habe, nur dann verwendet werden dürfe, wenn sie allen betroffenen FDA gleichermassen zur Verfügung stehe, nur von der abgegebenen oder aufnehmenden FDA verwendet werde und wenn die Teilnehmerin oder der Teilnehmer der Verwendung dieser Information zugestimmt habe. Somit sei der Informationsvorsprung von Swisscom gegenüber ihren Mitbewerbern aufgehoben. Durch die neue Bestimmung werde sichergestellt, dass

zwischen Swisscom und den FDA eine Informationssymmetrie bestehe.²⁹

33. Ausserdem hätten sich wesentliche tatsächliche Änderungen der Verhältnisse ergeben aufgrund des massiven Rückgangs der CPS-Kunden in den letzten Jahren. So sei die Zahl der CPS-Kunden um über 60 % gesunken und somit die Zahl derjenigen Kunden, die mit spezifischen Werbeaktionen über die Anschlussrechnung erreichbar seien auf einen Bruchteil dessen zusammengeschrunpft, was im Jahre 2002 zum Zeitpunkt der einvernehmlichen Regelung möglich gewesen sei.³⁰

34. Swisscom macht somit geltend, dass sich die Verhältnisse wesentlich geändert hätten, und hat demnach einen Anspruch auf Behandlung ihres Antrags auf den Widerruf der, mit Verfügung vom 6. Mai 2002 genehmigten, einvernehmlichen Regelung. Ob die vorgebrachten rechtlichen und tatsächlichen Änderungen wesentlich sind, wird nachfolgend geprüft.

35. Die objektiven Eintretensvoraussetzungen sind somit insgesamt auch gegeben.

B.2.3 Fazit

36. Die Eintretensvoraussetzungen sind insgesamt gegeben, weshalb für Swisscom als Betroffene ein Anspruch auf Behandlung des Antrags besteht. Die WEKO bestätigte Swisscom mit Schreiben vom 26. März 2012 das Eintreten auf den Wiedererwägungsantrag.³¹

B.3 Materielles

B.3.1 Wiedererwägung

37. Voraussetzung für die Wiedererwägung eines Entscheides ist die wesentliche Veränderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse, welche sich nach dem erstinstanzlichen Entscheid der WEKO zugetragen hat. Dabei spielt es keine Rolle, ob sich die tatsächlichen oder die rechtlichen Verhältnisse geändert haben. Im Vordergrund mag zwar die Änderung des Sachverhalts stehen, wobei damit die Veränderung der Marktgegebenheiten (z.B. neue Wettbewerber etc.) gemeint ist, nicht jedoch die nachträgliche Anpassung des Verhaltens des Verfügungsadressaten. Daneben ist auch denkbar, dass sich die rechtliche Situation ändert: Die WEKO ändert z.B. ihre bisherige Praxis bezüglich einer Rechtsfrage oder der Gesetzgeber erlässt neue vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG; in Frage kämen allenfalls auch neue wettbewerbstheoretische Erkenntnisse.³²

²⁷ Handkommentar Kartellgesetz CARCAGNI (Fn 26), Art. 30 KG N 15; BSK KG- ZIRLICK/TAGMANN (Fn 26), Art. 30 KG N 129.

²⁸ Eingabe Swisscom vom 3. November 2011, S. 5 Rz 9 (act. 1).

²⁹ Eingabe Swisscom vom 3. November 2011, S. 6 Rz 12 f (act. 1).

³⁰ Eingabe Swisscom vom 3. November 2001, S. 7 Rz 17 (act. 1).

³¹ Schreiben vom 26. März 2012 (act. 3).

³² BSK KG- ZIRLICK/TAGMANN (Fn 26), Art. 30 KG N 130 ff.

38. Wesentlich ist eine Änderung des Sachverhalts oder der Rechtslage dann, wenn sie Einfluss auf das Ergebnis der bisherigen rechtlichen und ökonomischen Würdigung des Kartellrechtsverstosses haben kann.³³

39. Haben sich die Verhältnisse im beschriebenen Sinne wesentlich geändert, so prüft die WEKO, ob das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung zum Zeitpunkt der Beurteilung der Wiedererwägung im konkreten Fall höher zu werten ist als dasjenige am unveränderten Weiterbestehen des Entscheides, wobei die Interessen des Antragstellers gegenüber denjenigen weiterer Betroffener abzuwägen sind.³⁴ Bei dieser Abwägung der Interessen des Antragsstellers, weiterer Betroffener und Dritter verfügt die WEKO über einen gewissen Ermessensspielraum.

40. Die WEKO prüft eine mögliche Wiedererwägung somit in zwei Schritten: In einem ersten Schritt wird geprüft, ob sich die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse wesentlich geändert haben. Die Änderung ist jedoch erst dann wesentlich, wenn sie sich auf die rechtliche Beurteilung des ursprünglichen Verfahrens auswirkt. Stellt die WEKO eine wesentliche Veränderung fest, prüft sie in einem zweiten Schritt, ob das Interesse an der Änderung der Verfügung im konkreten Fall höher zu werten ist als das Interesse an der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes.³⁵

41. Nachfolgend gilt es somit zu prüfen, ob die vorgebrachten rechtlichen und tatsächlichen Änderungen wesentliche Änderungen des Sachverhalts oder der Rechtslage darstellen, die Einfluss auf das Ergebnis der bisherigen rechtlichen und ökonomischen Würdigung des Kartellrechtsverstosses haben können.

B.3.2 Ursprüngliche Untersuchung

42. Die Untersuchung „32-0141: Tele2 vs Swisscom“ hatte die kartellrechtliche Beurteilung der Beilage von Werbung zur Monatsrechnung von Swisscom für die Nutzung des Teilnehmeranschlusses zum Gegenstand.³⁶ Hierbei hat das Sekretariat der WEKO festgestellt, dass sich Swisscom möglicherweise unzulässig im Sinne von Art. 7 KG verhalten hat, indem sie ihre marktbeherrschende Position auf dem Markt für Infrastruktur im Anschlussnetz missbrauchte, um im nachgelagerten Dienste-Markt den Wettbewerb zu behindern.

43. So wurde ausgeführt, dass Swisscom die Konkurrenten mit grosser Wahrscheinlichkeit in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindert habe, indem sie den monatlichen Rechnungen für den Anschluss in gezielter, flächendeckender Art Werbung für Dienste aus den nachgelagerten Fernmeldedienstmärkten beigelegt habe. Für andere FDA wären solche flächendeckenden Werbeaktionen mit erheblichen Kosten verbunden gewesen.

44. Ausserdem verfügte Swisscom über einen Informationsvorsprung, den sie mit gezielter Werbung in der Rechnungsstellung auch nutzen konnte. Während Swisscom genau gewusst habe, welche Personen mit welchem FDA telefonierten, hätten die anderen Anbieter nur erfahren, welche Kunden sie mit CPS gewählt und welche sie verlassen hatten. Sie hätten aber nicht gewusst, welche Personen bei Swisscom geblieben seien und welche zu einem anderen FDA gewechselt hätten.³⁷

45. In der Folge hat das Sekretariat der WEKO mit Swisscom eine einvernehmliche Regelung mit folgendem Inhalt geschlossen:

- a. Swisscom verpflichtet sich, künftig den Rechnungen für den Telefonanschluss keine spezifisch an CPS-Kunden gerichtete Werbung beizulegen.
- b. Swisscom verpflichtet sich insbesondere, auf die Beilage von sogenannten CPS-Aufhebungsformularen zu verzichten.

46. Mit Genehmigung der einvernehmlichen Regelung durch die WEKO wurde die Untersuchung eingestellt.

B.3.3 Änderung der rechtlichen Verhältnisse

B.3.3.1 Revision FDV 2005

47. Swisscom macht geltend, dass der im Jahr 2002 allenfalls noch bestehende Informationsvorsprung von Swisscom gegenüber ihren Mitbewerbern durch die FDV-Revision 2005 aufgehoben worden sei.

48. Gemäss der von Swisscom geltend gemachten Bestimmung Art. 65 Abs. 3 FDV ist die Verwendung der Information, dass ein Kunde eine Anbieterin für nationale und internationale Verbindungen frei gewählt, eine solche Wahl gelöscht oder die Rufnummer zu einer anderen Anbieterin portiert hat, von der Vertraulichkeit ausgenommen, sofern die Information allen betroffenen FDA gleichermassen zur Verfügung steht, diese Information nur von der abgegebenen oder aufnehmenden FDA verwendet wird und der Kunde der Verwendung dieser Information zugestimmt hat.

49. Diese erwähnte Ausnahme der Vertraulichkeit steht somit einzig den vom Wechsel des Endkunden betroffenen FDA zur Verfügung und nur, falls der Kunde der Verwendung dieser Information zugestimmt hat. Die Information steht jedoch nicht allen auf dem Markt aktiven FDA zur Verfügung. Es ist nach wie vor davon auszugehen, dass Swisscom als einzige Betreiberin einer Kupferkabelinfrastruktur über eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Infrastruktur im Anschlussnetz verfügt und Zugriff auf alle Kundendaten hat, da die Voreinstellung der CPS-Dienstleistung von ihr vorgenommen werden muss. Vor der Revision FDV haben die FDA nur erfahren, welche Kunden sie mit CPS gewählt und welche sie verlassen hatten, und haben nicht gewusst, welche Personen bei Swisscom geblieben sind

³³ BSK KG- ZIRLICK/TAGMANN (Fn 26), Art. 30 KG N 133.

³⁴ Handkommentar Kartellgesetz CARCAGNI (Fn 26), Art. 30 KG N 19; BSK KG- ZIRLICK/TAGMANN (Fn 26), Art. 30 KG N 136.

³⁵ Handkommentar Kartellgesetz CARCAGNI (Fn 26), Art. 30 KG N 18f.; AUGUST MÄCHLER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Auer/Müller/Schindler (Hrsg.) 2008, Art. 58 N 10.

³⁶ Untersuchung 32-0141: Tele2 vs. Swisscom, Verfügung vom 6. Mai 2002 Rz 21 f.

³⁷ 32-0141: Untersuchung Tele2 vs. Swisscom, Schreiben vom 13.12.2001 an Swisscom.

und welche zu einem anderen FDA gewechselt hatten. Nach der Revision wissen die betroffenen FDA zwar, zu welcher FDA ihre Kunden wechseln (und dies nur mit Zustimmung der Kunden), sie wissen jedoch nicht, bei welchen FDA die restlichen Kunden telefonieren und wissen demnach immer noch nicht, welche Personen bei Swisscom geblieben sind und welche zu einem anderen FDA gewechselt haben. Der anlässlich der ursprünglichen Untersuchung erwähnte Informationsvorsprung von Swisscom besteht demnach nach wie vor.

50. Swisscom macht in ihrer Stellungnahme vom 28. Januar 2013 geltend, dass durch die Revision des damaligen Art. 50 FDV (heute Art. 65 FDV) in den bilateralen Verhältnissen zwischen den FDA eine Informationssymmetrie geschaffen wurde und deshalb im Hinblick auf die Überprüfung der einvernehmlichen Regelung eine wesentliche Änderung darstelle.³⁸ So zitiert Swisscom einen Entwurf der Erläuterungen des Bundesamtes für Kommunikation (nachfolgend: BAKOM) zum Revisionsvorhaben,³⁹ wonach der vormalige Art. 50 FDV im Hinblick auf den Wettbewerbsschutz verhindern soll, dass eine FDA Informationen, die sie bei der Abwicklung eines Interkonnectionsverhältnisses erhält, zum Schaden einer anderen FDA verwenden könne.

51. So sei es Swisscom untersagt, die Informationen für Marketing oder andere Zwecke auszunützen. Des Weiteren wird erwähnt, dass ein absolutes Verbot der Verwendung von Interkonnectionsinformationen zu Resultaten führen könnte, die unter Umständen mit einem effizienten und betriebswirtschaftlich sinnvollen Kundenmanagement im Widerspruch stehen könnten. Deswegen sollten im Rahmen der Ausnahme gemäss Art. 65 Abs. 3 FDV diese Informationen genutzt werden. Eine Bedingung sei, dass die entsprechende Information allen FDA gleichermassen zur Verfügung stehen müsse. Swisscom erfülle durch die von ihr angebotenen Zusatzdienste die Sicherstellung der gesetzlich vorgeschriebenen Informationssymmetrie.⁴⁰

52. In der Tat findet durch Art. 65 Abs. 3 FDV zwischen Swisscom und der betroffenen FDA ein Informationsaustausch statt, dies jedoch, wie Swisscom in ihrer Eingabe mehrmals erwähnt hat, nur bilateral. Somit sind die Informationen dennoch nicht allen im Markt aktiven FDA zugänglich, sondern nur denjenigen, die direkt betroffen sind. Zwar soll die Bestimmung gemäss dem Entwurf der Erläuterungen des BAKOMs verhindern, dass Swisscom die Information, dass ein Kunde von bspw. Sunrise zu Econophone gewechselt hat, ebenfalls verwenden kann, jedoch nur im Rahmen der Interkonnection. Swisscom erklärt zutreffend in ihrer Stellungnahme, dass die neue Regelung sich einzig auf die Interkonnectionsinformationen beziehe und diese nur in Ausnahmefällen ausserhalb des Zugangs und der Rechnungsstellung verwendet werden dürfen.⁴¹ Die Informationen dürfen bzw. müssen somit für die Rechnungsstellung bezogen werden, damit Swisscom die Anschlussgebühren in Rechnung stellen kann.

53. Aufgrund der Rechnungsstellung für den Anschluss weiss Swisscom, welchen Kunden einzig die Anschlussgebühr in Rechnung gestellt wird und somit mittels eines anderen FDA über CPS telefoniert. Über welche FDA der Kunde zum Zeitpunkt der Rechnungsstellung telefo-

niert ist nicht relevant. Einzig der Umstand, dass der Kunde über eine andere FDA telefoniert ist massgebend für die gezielte Abwerbung des CPS-Kunden. Insofern bedeutet Art. 65 FDV ein Schutz des Wettbewerbs, indem nicht nur mehr Swisscom über die Information verfügt, wenn ein Kunde die FDA wechselt, sondern bei jedem Wechsel auch eine zweite FDA die gleichen Daten hat wie Swisscom und sie nur dann exklusiv Informationen über Kunden hat, wenn sie Ursprungsanbieterin ist und kein Anbieterwechsel stattgefunden hat. Swisscom verfügt jedoch nach wie vor über einen Informationsvorsprung, weil sie als einzige Anbieterin die Daten aller CPS-Kunden kennt, indem sie die Rechnung für den Anschluss an alle CPS-Kunden verschickt. Im Rahmen dieser Rechnungsstellung vermag der Wettbewerbsschutz der FDV nicht zu greifen, weshalb dieser mittels des KG hergestellt werden muss.

54. Selbst wenn ein Kunde von Swisscom zu einem anderen CPS-Anbieter wechselt und danach zu einem zweiten CPS-Anbieter, so verfügt Swisscom nach wie vor über die Information, bei welchem CPS-Anbieter der Kunde Dienstleistungen nachfragt. Wechselt der Kunde zu einem dritten CPS-Anbieter, so ist dies dem ersten CPS-Anbieter nicht mehr bekannt, Swisscom allerdings schon. In diesem Sinne kann Swisscom nach wie vor über einen Informationsvorsprung verfügen.

55. Zudem ist die von Swisscom vorgebrachte Informationssymmetrie für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts nicht wesentlich, da die Frage zu beantworten ist, ob Swisscom den Rechnungen, die sie aufgrund der Verrechnung des Teilnehmeranschlusses verschickt, nachdem der Kunde zu einem anderen CPS-Anbieter gewechselt hat, Werbung beilegen darf.

B.3.3.2 Revision FMG

56. Swisscom macht des Weiteren geltend, dass sich die rechtlichen Verhältnisse durch die Revision des Fernmelderechts wesentlich geändert hätten. Die neuen Bestimmungen würden sicherstellen, dass Swisscom den Informationskanal der Anschlussrechnung nicht mehr gegen den Willen der Mitbewerber und der CPS-Kunden für Werbezwecke, insbesondere für CPS-spezifische Werbung nutzen könne.⁴²

57. So stünden den FDA durch die Möglichkeit des VTA ein einfaches Mittel zur Verfügung, falls diese den Werbekanal zwischen Swisscom und dem CPS-Kunden unterbinden möchten (vgl. Rz 27). Die Möglichkeit des TAL wird im Folgenden ausser Acht gelassen, da Swisscom in ihrer Eingabe bestätigt hat, dass der Bezug des Dienstes TAL mit einem gewissen technischen und finanziellen Aufwand für die FDA verbunden ist und für kleine FDA allenfalls ein Hindernis darstellen könnte, um den Kontakt zwischen Kunden und Swisscom zu unterbinden.⁴³

³⁸ Stellungnahme Swisscom vom 28. Januar 2013, S. 3 Rz 10 (act. 93).

³⁹ Stellungnahme Swisscom vom 28. Januar 2013, Beilage 1 (act. 93).

⁴⁰ Stellungnahme Swisscom vom 28. Januar 2013, S. 1 ff. Rz 10 ff. (act. 93).

⁴¹ Stellungnahme Swisscom vom 28. Januar 2013, S. 3 Rz 5 (act. 93).

⁴² Eingabe Swisscom vom 3. November 2011, S. 5 Rz 8 (act. 1).

⁴³ Eingabe Swisscom vom 3. November 2011, S. 5 Rz 9 (act.1).

58. In der Tat hat sich die gesetzliche Grundlage dahingehend geändert, dass gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. a FMG marktbeherrschende Anbieterinnen von Fernmeldediensten den vollständig entbündelten Zugang zum Teilnehmeranschluss gewähren müssen und gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. c FMG das Verrechnen von Teilnehmeranschlüssen des Festnetzes diskriminierungsfrei zu kostenorientierten Preisen angeboten werden muss. Somit besteht für FDA zumindest die theoretische Möglichkeit, den Werbekanal zwischen Swisscom und dem Kunden zu unterbinden.

59. In ihrer Stellungnahme vom 28. Januar 2013 macht Swisscom geltend, dass es nicht gerechtfertigt sei, dass das Zugangsprodukt TAL ausser Acht gelassen werde, nur weil dieser mit einem gewissen technischen und finanziellen Aufwand verbunden sei. Jede Implementierung eines Dienstes sei mit Aufwand und Initialkosten verbunden. Swisscom sei überzeugt, dass der TAL für die vorliegend zu beantwortende Frage des Widerrufs der einvernehmlichen Regelung von Bedeutung sei. Wie Sunrise im Rahmen eines Zugangsverfahrens in einer Stellungnahme an das BAKOM ausgeführt habe, würden sich der TAL und die CPS-Aktivierung gegenseitig ausschliessen. Dies treffe ebenfalls auf VTA und TAL zu.⁴⁴

60. Des Weiteren macht Swisscom geltend, dass die Einführung der Zugangsregulierung als gescheitert betrachtet werden müsste, wenn die technischen und finanziellen Hürden zur Nutzung der im FMG geregelten Zugangsdienste tatsächlich so hoch wären, dass sie kleinere FDA nicht sinnvoll nutzen könnten. Dies treffe jedoch nicht zu und so habe der Bundesrat anlässlich seines Evaluationsberichts vom 17. September 2010 erklärt, dass die Liberalisierung des Fernmeldemarkts und die bestehende Zugangsregulierung die Vielfalt, die Qualität und die Preise der Fernmeldedienste in der Schweiz insgesamt positiv beeinflusst hätten.

61. Aus technischen Gründen ist vorliegend unbestritten, dass sich die CPS-Aktivierung sowie TAL oder VTA, wie auch TAL und VTA gegenseitig ausschliessen. Trotzdem ist der Bezug des Dienstes TAL mit einem gewissen technischen und finanziellen Aufwand verbunden:

62. Beim TAL werden der FDA der vollständig entbündelte Teilnehmeranschluss, also das zweidrahtige Kupferkabel zwischen der Anschlusszentrale und der Endkundensteckdose zur alleinigen Nutzung überlassen. Dafür muss die FDA die Anschlusszentrale erschliessen und dort Sende- und Empfangsgeräte installieren. Des Weiteren muss die FDA in der Nähe der Swisscom Anschlusszentrale geeignete Räumlichkeiten mieten, um die entsprechende Gerätschaft zu installieren. Die Anschlusszentrale muss sodann mittels einer Leitung bis zur eigenen Anschlusszentrale bzw. dem Backbone-Netz verlegt werden. Dies geschieht meist in der Kabelkanalisation, die von Swisscom verlegt wurde. Somit kommen nebst den Kosten für die Installation, die Nutzung des TAL auch die monatlichen Kosten für die Nutzung dieser Kabelkanalisation dazu. Für die Benutzung des TAL muss somit ein grosser technischer sowie finanzieller Aufwand getätigt werden. Zudem darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass der TAL vorwiegend zur elektronischen Datenübertragung und zur Bereitstellung von Breitbandinternetanbindungen genutzt wird und

nur von denjenigen FDA genutzt werden kann, die eine entsprechende Entbündelung der Anschlusszentrale vorgenommen haben. Dies ist in der Schweiz lediglich Sunrise. Selbst für Sunrise lohnt sich die Nutzung des TAL als Alternative zur CPS-Aktivierung nur, wenn sie die entsprechende Anschlusszentrale entbündelt hat. Ob es sich für Sunrise zudem nur lohnt, wenn sie den TAL in Verbindung mit einem Breitbandinternetanschluss verkaufen kann, ist derzeit nicht bekannt, für die Beurteilung des vorliegenden Sachverhalts allerdings unerheblich, da aufgrund der hohen Investitionen neben Sunrise ohnehin kein anderer CPS-Anbieter in grösserem Masse vom TAL Gebrauch machen kann.

63. Im - von Swisscom vorgebrachten - Evaluationsbericht vom 17. September 2010⁴⁵ wird erklärt, dass sich die Liberalisierung positiv auf den Endkundenmarkt der Festnetztelefonie ausgewirkt habe.⁴⁶ Im Ergänzungsbericht des Bundesrates vom 28. März 2012 wird jedoch erwähnt, dass die Entbündelung im Hinblick auf den Dienst TAL ab 2009 rasch an Fahrt gewonnen habe, jedoch mittlerweile eine Sättigung eingetreten sei und die Zuwachsraten bereits in der zweiten Jahreshälfte 2010 gesunken sei und im Verlauf des Jahres 2011 weiterhin sank. Weiter wird ausgeführt, dass davon auszugehen sei, dass die Zuwachsraten weiter abflache. Die Bedeutung der entbündelten Kupferdoppelader werde weiter abnehmen, da sie nur beschränkt für das Angebot moderner Dienste tauglich sei, die auf hohe Bandbreiten angewiesen seien. Der in der Schweiz knapp fünf Jahre nach Einführung des Regulierungsinstrumentes TAL erreichte Entbündelungsanteil von 8 % erscheine im Vergleich zu den Nachbarländern (Frankreich 39 %) bescheiden.⁴⁷ Zudem darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass der Fokus des TAL auf der Bereitstellung von Breitbandinternetdienstleistungen und nicht auf Telefondienstleistungen liegt, weshalb die Schlussfolgerungen des Evaluationsberichts nicht für Schlussfolgerungen im Bereich Festnetztelefonie herangezogen werden können.

64. Die rückläufige Nachfrage nach dem Dienst TAL lässt darauf schliessen, dass der Dienst, aus welchen Gründen auch immer, nicht attraktiv genug ist, um ihn nachzufragen. Entgegen der Auffassung von Swisscom, wonach es sich nicht rechtfertige, die Zugangsform TAL ausser Acht zu lassen, weil sich der Bezug erst ab einer bestimmten Grösse der nachfragenden FDA lohne, kommt die WEKO zum Schluss, dass es vorliegend von Bedeutung ist, ob ein angebotener Dienst genutzt wird. Es kommt nicht darauf an, ob die Möglichkeit besteht, den Dienst TAL zu nutzen, sondern ob die Zugangsform tatsächlich in Anspruch genommen wird und geeignet ist, um die an CPS-Kunden gerichtete Werbung von Swisscom zu umgehen.

⁴⁴ Stellungnahme Swisscom vom 28. Januar 2013, S. 4 Rz 11 ff. inkl. Beilage 6 (act. 93).

⁴⁵ Evaluationsbericht des Bundesrates zum Fernmelderecht vom 17. September 2010; abrufbar unter: <http://www.bakom.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00512/03498/index.html>.

⁴⁶ Evaluationsbericht des Bundesrates zum Fernmelderecht vom 17. September 2010, S. 12.

⁴⁷ Ergänzungsbericht des Bundesrates vom 28. März 2012, abrufbar unter <http://www.bakom.admin.ch/dokumentation/gesetzgebung/00512/03498/index.html>, S. 20.

65. Es kann somit festgehalten werden, dass der Dienst TAL alleine für die Bereitstellung von Festnetztelefoniediensten von den FDA nicht in grossem Masse genutzt wird und bei einem Widerruf der einvernehmlichen Regelung keine disziplinierende Wirkung auf das Verhalten von Swisscom haben könnte.

66. Aus diesen Gründen ist der Dienst TAL zu Recht ausser Acht zu lassen.

67. Im Nachfolgenden gilt es die vorgebrachte rechtliche Änderung im FMG auf die Wesentlichkeit zu prüfen. Diese stellt zwar weder eine Praxisänderung der WEKO noch eine neue vorbehaltene Vorschrift nach Art. 3 Abs. 1 KG dar, jedoch wäre sie geeignet, die aktuelle Marktsituation zu verändern, indem für die FDA die Möglichkeit besteht, die Kundenbeziehung zwischen Swisscom und „ihren“ Endkunden zu unterbinden. Insofern könnte die hier vorgebrachte Änderung der rechtlichen Verhältnisse zu einer wesentlichen Änderung der tatsächlichen Verhältnisse führen, die letztendlich zu einer neuen Bewertung der vorliegenden Situation führen könnte. Für die folgende Prüfung wird dennoch auf den Begriff der rechtlichen Änderung abgestellt und geprüft, inwiefern sich die Marktgegebenheiten geändert haben und ob diese Änderung geeignet ist, Einfluss auf das Ergebnis der bisherigen rechtlichen und ökonomischen Würdigung des Kartellrechtsverstosses zu haben.

B.3.3.3 Entwicklung der Dienstleistungen von Swisscom im Bereich Carrier Selection.

68. Mit der Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes durch die Einführung des FMG erhielten alternative FDA ab dem 1. Januar 1998 im Rahmen der Interkonnektion Zugang zur Infrastruktur und den Dienstleistungen des früheren Monopolunternehmens Swisscom.

69. Die damit verbundene freie Wahl der Dienstanbieterin (Carrier Selection) wurde von Seiten Swisscom mit den Dienstleistungen Netzzugangsdienste realisiert.⁴⁸ Diese ermöglichen FDA gegenüber Anschlusskunden von Swisscom Anrufdienste anzubieten. Dem Anschlusskunden steht hierbei entweder die Möglichkeit zur Verfügung einen FDA fest voreinzustellen (CPS), so dass jeder Anruf von dem Anschluss grundsätzlich über diesen FDA abgewickelt wird, oder fallweise (Call-by-Call) durch das Wählen einer Vorwahlnummer (Carrier Selection Code, nachfolgend: CSC) pro einzelnen Anruf einen anderen Dienstanbieter zu wählen.⁴⁹

70. Bei den Netzzugangsdiensten verbleibt allerdings der Anschlusskunde bei Swisscom, so dass der Kunde nur die über den Telefonanschluss erbrachten Dienstleistungen von einem alternativen FDA bezieht. Der Kunde unterhält daher grundsätzlich zwei Vertragsbeziehungen: eine Vertragsbeziehung mit dem Betreiber des Teilnehmeranschlusses (meist Swisscom) und eine Vertragsbeziehung mit dem Anbieter der Telefondienstleistung (FDA).

71. Für den Wechsel des Dienstanbieters bietet Swisscom die Dienstleistung CPS-Schaltung an. Durch eine CPS-Schaltung kann ein Endkunde seinen Anschluss fest im Netz von Swisscom auf einen alternativen FDA schalten lassen. Da hierdurch der Kunde standardmässig neben dem Anschluss keine Telefoniedien-

te von Swisscom mehr in Anspruch nimmt, bietet Swisscom aufgrund der erwähnten neuen Bestimmungen im Fernmelderecht zusätzlich gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. c FMG die Möglichkeit, die Verrechnung des Teilnehmeranschlusses (VTA) selbständig durchzuführen.

72. Für die Einrichtung einer CPS-Schaltung für einen Endkunden durch einen FDA muss der FDA vom Endkunden entsprechend bevollmächtigt sein. Als Vollmacht werden von Swisscom eine schriftliche Vollmacht (Power of Attorney, nachfolgend: PoA) und eine mündliche Vollmacht (Third Party Verification, nachfolgend: TPV) durch einen zertifizierten TPV-Anbieter anerkannt.⁵⁰

73. Eine TPV-CPS Vollmacht muss lediglich den Namen, die Adresse und eine mündliche Bestellbestätigung des Endkunden beinhalten, während in einer PoA-CPS Vollmacht zusätzlich die nachfolgenden Informationen beinhaltet sein müssen: Bestellinformationen, Ort und Datum, Unterschrift des Endkunden, schriftliche Ermächtigung des Endkunden an die FDA, in seinem Namen die Aktivierung auf dem Anschluss zu verlangen, sowie die Ermächtigung des Endkunden an Swisscom, sämtliche notwendigen Informationen bei einem Umzug an die FDA zu liefern.

74. Für eine VTA-Schaltung wird neben einer PoA eine vom Endkunden unterschriebene Zusatzvereinbarung verlangt, so dass eine VTA-Schaltung in der Regel lediglich bei einer PoA-CPS Vollmacht, also einer schriftlichen Vollmacht, zur Anwendung kommen kann.

75. Wählt ein Kunde die Vertragsergänzung VTA, so stellt der FDA als CPS-Anbieter seine Dienstleistungen und den Telefonanschluss in Rechnung. Damit wird nur eine Rechnung gestellt und nicht eine Rechnung für den Anschluss durch Swisscom sowie eine separate Rechnung durch den FDA als CPS-Anbieter für die vom Endkunden in Anspruch genommenen Telefoniedienste.

B.3.3.4 Aktuelle Marktsituation der CPS-Anbieter in der Schweiz

76. Gemäss Publikation auf der Webseite des BAKOM verfügen derzeit insgesamt 49 FDA über einen oder mehrere CSC.⁵¹ Insgesamt sind in der Schweiz 80 CSC vergeben.

77. Eine Marktbefragung der einzelnen CPS-FDA hat ergeben, dass der Dienst VTA als solches durchaus attraktiv wäre, da die Kundenbeziehung zwischen Swisscom und den CPS-Kunden unterbunden werden könnte und den Kunden nur noch eine Rechnung pro Monat zugesandt werden könnte. Es gäbe insofern eine Vereinfachung für den Kunden und wäre ein Vorteil für die FDA, weil die Kundenbeziehung gefestigt werden könnte.

⁴⁸ Vgl. Leistungsbeschreibung Netzzugangsdienste, Version 1-0 vom 01.07.2011, abrufbar unter: www.swisscom.ch/de/wholesale/produkte/voice-services/services.html, zuletzt besucht am 26.04.2012.

⁴⁹ Leistungsbeschreibung Netzzugangsdienste (Fn 48), S. 3 f.

⁵⁰ Leistungsbeschreibung Netzzugangsdienste (Fn 48), S. 4 f.

⁵¹ Die Liste ist abrufbar unter: www.eofcom.admin.ch/eofcom/public/listEofcom_cscAllocated.do, zuletzt besucht am 26.04.2012.

78. Gemäss den Antworten der befragten FDA stellt der Dienst VTA in Wirklichkeit jedoch keine valable Alternative zur CPS-Schaltung dar. So sei der Aufwand für den Kunden relativ hoch, wenn er zwei Verträge unterschreiben müsse. Sunrise fügt an, dass der Prozess der Schriftlichkeit den längsten Prozess-Flow im Customer-Relationship-Management-System ausmache.⁵² Die Formulare müssten sodann bei den FDA gelagert werden, was für diese einen zusätzlichen Mehraufwand darstelle. Ausserdem entstünden für die Einrichtung und Abschaltung des VTA-Dienstes sehr hohe Kosten:

79. Die Aktivierung einer VTA-Schaltung kostet CHF 10.70, eine Modifikation CHF 11.30 und eine Deaktivierung CHF 14.40.⁵³ Damit entstehen einem FDA, der eine VTA-Schaltung nutzen möchte, über die Dauer der Kundenbeziehung mindestens CHF 25.10 an Einmalkosten. Demgegenüber stehen monatliche Kosteneinsparungen in Höhe von CHF 1.32,⁵⁴ die er durch die Preisdifferenz zwischen dem Endkundenpreis für den Privatkundenanschluss (EconomyLINE) in Höhe von CHF 25.35⁵⁵ und dem aufgrund der VTA-Schaltung reduzierten Vorleistungspreis in Höhe von CHF 24.03 erhält. Somit müsste ein CPS-Kunden mindestens 20 Monate beim Nachfrager einer VTA-Schaltung verbleiben, damit sich die Kosten amortisiert haben. Berücksichtigt man zusätzlich die Kosten für die Rechnungsstellung sowie das durch die Rechnungsstellung auf die FDA übergehende Inkassorisiko, reicht die durch VTA zu erzielende Marge nicht aus, um die zusätzlichen Kosten zu decken.

80. Gemäss den Antworten der befragten FDA wiegen die Kosten diesen Preisabschlag in keiner Art und Weise auf. So könnten aufgrund der geringen Marge die Kosten fast nicht gedeckt werden. Aufgrund dessen erstaunt es nicht, dass einzig sechs⁵⁶ der befragten FDA den VTA-Dienst nutzen, wobei gemäss Stellungnahme von Swisscom Sunrise im Dezember [...] der Kunden auf sich vereinigen können, die restlichen [...] teilen sich die übrigen FDA, die VTA nutzen.⁵⁷ Sunrise, die über [...] der CPS-Kunden mit der Zusatzdienstleistung VTA hält, gibt an, dass die Initialkosten für die Implementierung von VTA insgesamt gegen CHF [...] gekostet haben. Mit dem geringen Preisabschlag von CHF 1.32 liessen sich die damit verbundenen Kosten kaum oder gar nicht decken. Sunrise hat sich trotz dieser Nachteile entschieden, den VTA-Dienst anzubieten, um die Kundenbeziehung zu Swisscom zu unterbinden. Nach fünf Jahren sei Sunrise jedoch klar, dass VTA margenlos sei und für viele Anbieter ein Verlustgeschäft darstellen könnte.⁵⁸ So geben denn auch die meisten befragten FDA an, dass der VTA-Dienst durchaus erwünscht sei, jedoch zu diesen Konditionen nicht eingeführt werden könne.

81. Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass zwar die theoretische Möglichkeit besteht, durch den Dienst VTA die Kundenbeziehung zwischen Swisscom und den Endkunden zu unterbinden und somit die von Swisscom an CPS-Kunden gerichtete Werbung zu umgehen, jedoch wurde dieser Dienst preislich so ausgestaltet, dass er für die FDA kaum rentabel ist und somit nur beansprucht wird, wenn die FDA bereit sind, zusätzliche Kosten zu tragen, um eine Kundenbeziehung mit Swisscom zu unterbinden. Dies wiederum führt dazu, dass sich die Marktsituation durch die Einführung von VTA nicht grundlegend geändert hat.

82. Swisscom macht in ihrer Stellungnahme vom 28. Januar 2013 geltend, dass die Berechnung der Kosten für VTA im Antrag des Sekretariats nicht zutreffend sei. Der Preis für die VTA sei reguliert und sei von der Com-Com bzw. dem Bundesverwaltungsgericht festgelegt worden. Im Lichte dieser Vorschriften und Entscheide sei die Darstellung im Antrag nicht zutreffend, so würden für die FDA die Kosten für die Rechnungsstellung nicht zusätzlich anfallen, da ihr die Kosten für die Rechnungsstellung für den Telefonverkehr (CPS) mit oder ohne VTA anfallen würden. Mit dem VTA-Abzug sei ebenfalls das Inkassorisiko abgegolten, die FDA hätten sogar die Möglichkeit, die VTA gegenüber schlechten Zahlern aufzuheben und das Inkasso wieder Swisscom zu überlassen. Sunrise mache regelmässig Gebrauch von dieser Möglichkeit. Die auf VTA beschränkte Kostenrechnung erscheine nicht sachgerecht. VTA sei eingeführt worden um die Stellung der Mitbewerber von Swisscom im Sprachtelefoniegeschäft zu stärken. Den VTA-Kosten müssten nicht nur die VTA-Erträge, sondern vielmehr die gesamten Erträge aus dem CPS-Geschäft gegenübergestellt werden.⁵⁹

83. Es ist Swisscom insofern beizupflichten, als dass den FDA die Rechnungskosten für VTA nicht zusätzlich anfallen. Betreffend das Inkassorisiko muss jedoch ergänzt werden, dass es für die meisten FDA nicht rentabel erscheint, wenn sie die Einmalkosten in der Höhe von CHF 25.10 abschreiben müssen, falls sie die VTA gegenüber einem schlechten Zahler aufheben müssen. Die Aufhebung würde als letzte Massnahme ergriffen werden. Vor der Ergreifung der Aufhebung würden den FDA die Kosten für den Anschluss in der Höhe von CHF 25.25 pro Monat entgehen, wobei aufgrund des Abzugs tatsächlich pro Monat CHF 24.03 abgeschrieben werden müssten falls der Endkunde gar nicht bezahlt. Falls die Rechnung auf dem Betreuungsweg eingefordert werden würde, würden dementsprechend diese Kosten anfallen mit dem Risiko, dass der Kunde nicht zahlungsfähig ist. Es besteht insofern ein Inkassorisiko.

84. Die Kostenrechnung, wonach aufgrund des regulierten VTA-Abzuges von CHF 1.32 gegenüber den Einmalkosten von CHF 25.10 ein CPS-Kunde 20 Monate beim Nachfrager einer VTA-Schaltung verbleiben müsste (vgl. Rz 79), erscheint auch im Lichte der Vorbringungen von

⁵² Stellungnahme Sunrise vom 22. Juni 2012 (act. 32).

⁵³ Handbuch Preise Interkonnektion, Version 1-04 vom 16.05.2012, S. 8, abrufbar unter: <http://www.swisscom.ch/de/wholesale/produkte/voice-services.html> zuletzt besucht am 18.09.2012.

⁵⁴ Handbuch Preise Interkonnektion, Version 1-04 vom 16.05.2012, S. 9, abrufbar unter: <http://www.swisscom.ch/de/wholesale/produkte/voice-services.html> zuletzt besucht am 18.09.2012.

⁵⁵ Preis abrufbar unter <http://www.swisscom.ch/de/privatkunden/festnetz/anschluesse-tarife/economyline.html> zuletzt besucht am 18.09.2012.

⁵⁶ Insbesondere [...].

⁵⁷ Stellungnahme Swisscom vom 9. Mai 2012, Beilage 4 (act. 6), dies sind im ersten Quartal 2012 [...], Vgl. Stellungnahme Swisscom vom 9. Mai 2012, Beilage 1 (act. 6).

⁵⁸ Stellungnahme Sunrise vom 22. Juni 2012 (act. 32).

⁵⁹ Stellungnahme Swisscom vom 28. Januar 2013, S. 5 Rz 15 ff. (act. 93).

Swisscom sachgerecht. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb die VTA-Kosten nicht nur den VTA-Erträgen, sondern vielmehr den gesamten Erträgen aus dem CPS-Geschäft gegenüber gestellt werden sollen. Die CPS-Kunden telefonieren nicht mehr bzw. häufiger, wenn sie nur eine Rechnung von einem Anbieter bekommen würden. Die Erträge aus CPS fallen auch ohne die Aktivierung von VTA an. Durch die Aktivierung des VTA würden unter Umständen mehr Kunden gewonnen werden, bzw. es würden weniger Kunden den CPS Anbieter wechseln. Es ist nicht ersichtlich, dass die Beachtung dieses möglichen Umstandes die Kostenrechnung in beträchtlicher Weise verändern könnte.

85. Swisscom macht ausserdem geltend, dass die einvernehmliche Regelung vom 6. Mai 2002 seinerzeit einzig auf dem allgemeinen Wettbewerbsrecht, dem KG, basierte, jedoch in der Zwischenzeit die Revision des Fernmelderechtes ergangen sei. Für die Neu Beurteilung der einvernehmlichen Regelung könne diese fernmelderechtliche Revision, bei der die VTA-Verpflichtung nach dem Willen des Gesetzgebers ganz direkt auf das Problem der Anschlussrechnung abziele, nicht einfach als blosse theoretische Möglichkeit eingestuft werden. So habe der Gesetzgeber die beiden neuen FMG-Zugangsdienste TAL und VTA in der Erwartung geschaffen, dass sie von den FDA in Anspruch genommen werden.⁶⁰

86. Der Gesetzgeber hat die erwähnten Zugangsformen sicherlich in der Erwartung geschaffen, dass sie in Anspruch genommen werden und den FDA eine Möglichkeit bieten würden, die Kundenbeziehung zu stärken, indem die Kunden keine aktiven Kundenbeziehungen mehr zu Swisscom unterhalten.

87. Jedoch kann nicht davon ausgegangen werden, dass die gebotenen Möglichkeiten in der Realität genutzt werden. Wie bereits erwähnt, stellt die Revision des Fernmelderechtes weder eine Praxisänderung der WEKO noch eine neue vorbehaltene Vorschrift gemäss Art. 3 Abs. 1 KG dar und demnach keine rechtliche Änderung im Sinne von Art. 30 Abs. 3 KG. Die Änderungen im Fernmelderecht sind jedoch geeignet, die aktuelle Marktsituation zu verändern und stellen demnach eine mögliche Änderung der tatsächlichen Verhältnisse dar. Es kann nicht auf die rechtliche Norm als solche abgestellt werden, sondern auf die tatsächlichen Marktgegebenheiten. Es ist somit für die Beurteilung des vorliegenden Wiedererwägungsgesuches relevant, ob die gebotenen Zugangsdienste genutzt werden, um so eine disziplinierende Wirkung auf das Verhalten von Swisscom – der Anschlussrechnung spezifisch an CPS-Kunden gerichtete Werbung beizulegen – zu haben.

88. So hat der Bundesrat in seinem Evaluationsbericht bereits erkannt, dass die Zugangsvereinbarungen in der Praxis komplexe und umfangreiche Vertragskonstrukte bilden, die neben der eigentlichen Vertragsurkunde umfangreiche Anhänge aufweisen.⁶¹ Er führt zu diesem Zeitpunkt noch aus, dass sich der Dienst VTA rasch entwickelt und sich der Umsetzungsprozess positiv angegangen habe und die Anzahl der entbündelten Anschlüsse pro Zeiteinheit beeindruckend sei. Jedoch wird bereits erwähnt, dass sich über 90 % der entbündelten Leitungen in den Händen von Sunrise befinden würden.

Der Rest verteile sich auf mehrere Anbieterinnen mit eher lokaler Präsenz.⁶² In seinem Ergänzungsbericht hält der Bundesrat fest, dass die Anzahl der VTA rückläufig sei und nur noch steigen könnte, wenn weitere FDA als Sunrise grösseres Interesse bekunden würden, ihrer CPS-Kundschaft die Anschlussgebühr selbst in Rechnung zu stellen und dadurch die Kundenbeziehung zu Swisscom zu unterbinden. Dabei sei auch zu beachten, dass CPS als Zugangsform an Bedeutung verloren habe.⁶³

89. Die vom Sekretariat durchgeführte Befragung der FDA und die daraus resultierenden Antworten decken sich demnach mit der Einschätzung des Bundesrates. Durch die Revision des Fernmelderechtes wurde zwar die Möglichkeit geschaffen, die Kundenbeziehung zu Swisscom zu unterbinden, jedoch werden die Dienste in der Realität nicht massgeblich genutzt und stellen aus Sicht der Marktgegenseite auch keine vollwertige Alternative dar.

90. Swisscom wendet ein, dass es sich bei VTA um einen regulierten Zugangsdienst handelt, bei dem Swisscom keine Möglichkeit habe, überhöhte Preise zu erzwingen. Es stelle sich die Frage nach der Effizienz der nachfragenden FDA wenn diese nicht in der Lage seien, einen kostenorientierten Dienst so zu implementieren, dass sie mit der implementierenden Marge ihre Kosten decken können. Nach Auffassung von Swisscom werde die Nachfrage nach VTA durch die einvernehmliche Regelung vom 6. Mai 2002 negativ beeinflusst, indem es den meisten FDA genügen werde, dass Swisscom der Anschlussrechnung keine spezifisch an CPS-Kunden gerichtete Werbung beilegen dürfe. Die weiteren Vorteile von VTA wie der Umstand, dass die eigenen Kunden nur noch eine einzige Rechnung erhalten, dürfte eine ungeordnete Rolle spielen. Den meisten FDA würde es reichen, dass Swisscom keine CPS-Kunden spezifische Werbung beilegen dürfe und demnach der Werbekanal von Swisscom ohne Bezug eines kostenpflichtigen Dienstes unterbunden bleibe.⁶⁴

91. Es stellt sich die Frage, wodurch der fehlende Anreiz, den Dienst VTA zu beziehen, begründet ist. Die Mehrheit der befragten FDA gab an, dass der Dienst VTA durchaus erwünscht sei, weil die Kundenbeziehung zu Swisscom unterbunden werden könnte. So führte Sunrise in ihrer Stellungnahme aus, dass zwar das vertragliche Verhältnis zwischen dem Endkunden und Swisscom nicht aufgehoben werde, jedoch würden die Endkunden nicht jeden Monat eine Anschlussrechnung von Swisscom erhalten. Wie bereits oben erwähnt, hat

⁶⁰ Stellungnahme Swisscom vom 28. Januar 2013, S. 6 Rz 18 ff. (act. 93).

⁶¹ Evaluationsbericht des Bundesrates zum Fernmelderecht vom 17. September 2010, S. 59.

⁶² Evaluationsbericht des Bundesrates zum Fernmelderecht vom 17. September 2010, S. 64 ff.

⁶³ Ergänzungsbericht des Bundesrates vom 28. März 2012, S. 21.

⁶⁴ Stellungnahme Swisscom vom 28. Januar 2013, S. 7 Rz 30 f. (act. 93).

sich Sunrise trotz der bereits aufgeführten Nachteile des Dienstes VTA entschieden, diesen zu beziehen, da der Vorteil, die Kundenbeziehung zu Swisscom zu unterbinden, diese überwogen habe. Nach fünf Jahren sei jedoch klar, dass VTA nicht nur ein margenloses, sondern für viele Anbieter gar ein Verlustgeschäft sein dürfte.⁶⁵

92. Dieser Auffassung ist zu folgen. Für die Mehrheit der FDA wäre es von Vorteil, trotz der einvernehmlichen Regelung die Kundenbeziehung zu unterbinden. Mit jeder Anschlussrechnung wird der Endkunde an Swisscom erinnert. Dieser wurde wie aus den Akten 32-0141 ersichtlich ist, nach wie vor allgemeine Werbung von Swisscom beigelegt, sei es in Form von Wettbewerben oder Weihnachtsaktionen. Der Endkunde wird somit zumindest aufgrund der Rechnungsstellung von Swisscom jeden Monat bewusst mit Swisscom konfrontiert und wird dahingehend beeinflusst, wieder über Swisscom zu telefonieren. Dass der Anreiz besteht, trotz der einvernehmlichen Regelung vom 6. Mai 2002, den Dienst VTA zu beziehen, macht das Beispiel von Sunrise und einigen wenigen FDA deutlich. Hingegen macht der Umstand, dass 90 % der VTA-Kunden Sunrise zuzurechnen sind und sich die weiteren 10% auf einige wenige FDA konzentrieren, deutlich, dass der Dienst VTA für die Mehrheit der FDA auch bei effizienter Geschäftsführung keine valable Alternative zur CPS-Schaltung darstellt.

B.3.4 Zwischenergebnis

93. Aufgrund dieser Ausführungen kann festgehalten werden, dass sich die rechtliche Situation insofern geändert hat, als dass die neuen Bestimmungen im Fernmelderecht den FDA die Möglichkeit geben würden, die Kundenbeziehung zwischen Swisscom und den Anschlusskunden zu unterbinden. Die Revision des Fernmelderechtes stellt jedoch keine wesentliche rechtliche Änderung im Sinne von Art. 30 Abs. 3 dar. Eine solche würde etwa bei einer Praxisänderung der WEKO oder einer neuen vorbehaltenen Vorschrift gemäss Art. 3 Abs. 1 KG vorliegen. Die Änderungen im Fernmelderecht wären jedoch grundsätzlich geeignet, die aktuelle Marktsituation zu verändern und könnten demnach eine mögliche Änderung der tatsächlichen Verhältnisse darstellen. Die Marktsituation hat sich wie nachfolgend aufgezeigt, im Hinblick auf die Verrechnung des Teilnehmeranschlusses aufgrund der unattraktiven Ausgestaltung der Zusatzdienste TAL und VTA hingegen nicht wesentlich verändert.

B.3.5 Änderung der tatsächlichen Verhältnisse

94. Swisscom macht geltend, dass sich neben den rechtlichen Verhältnissen auch die tatsächlichen Verhältnisse seit der Genehmigung der einvernehmlichen Regelung geändert hätten. So sei die Zahl der CPS-Kunden, die noch ihren Anschluss bei Swisscom haben, jedoch vorbestimmt über eine FDA telefonieren, in den vergangenen Jahren von 1'069'688 Ende 2004 auf 419'000 Ende Juni 2011 gesunken. Diese Entwicklung sei für die ganze Branche vergleichbar verlaufen. Gemäss der Fernmeldestatistik⁶⁶ des BAKOM habe es 2004 total 1'196'000 Kunden mit automatischer Betreiberinnenvorwahl gegeben, wobei die Zahl bis 2009 auf ca. 610'000 gesunken sei. Somit sei die Zahl der CPS-Kunden sowohl branchenweit als auch für Swisscom um

ca. 50 % eingebrochen. Unter Berücksichtigung des in der Fernmeldestatistik ausgewiesenen signifikanten Rückgangs für die Jahre 2002 bis 2004, sei die Zahl dieser Kunden in der Zeit seit der Genehmigung der einvernehmlichen Regelung um über 60 % gesunken.⁶⁷

95. Weiter führt Swisscom aus, dass es heute FDA (bspw. Sunrise) gebe, die aufgrund der Zusatzdienste VTA und TAL gar kein reines CPS-Produkt mehr anbieten würden, sondern dies nur noch in Verbindung mit dem Dienst VTA machen würden. In der oben genannten Zahl von 419'000 CPS-Kunden seien auch diejenigen Kunden enthalten, die über eine FDA den Dienst VTA beziehen würden und somit von Swisscom keine Anschlussrechnung mehr erhalten würden. Dies betreffe gemäss Ausführungen von Swisscom 109'000 der 419'000 CPS-Kunden, wobei hiervon 102'000 Kunden von Sunrise seien. Damit würden heute bloss noch 310'000 CPS-Kunden ihre Anschlussrechnung von Swisscom erhalten. Swisscom folgert hieraus, dass die Zahl derjenigen Kunden, die mit spezifischen Werbeaktionen über die Anschlussrechnung erreichbar seien, im Vergleich zum Zeitpunkt der einvernehmlichen Regelung im Jahre 2002 auf einen Bruchteil zusammengeschrumpft sei.⁶⁸

96. Der von Swisscom dargelegte grosse Rückgang der CPS-Kunden, die nicht mehr über die Anschlussrechnung erreichbar sind, kann mittels Fernmeldestatistik verifiziert werden. Aus der Fernmeldestatistik 2010 des BAKOM ist ersichtlich, dass die indirekt hergestellten Verbindungen (mit CPS-Code) in den Jahren 1999 bis 2005 jeweils angestiegen sind, jedoch nach 2006 rückläufig wurden. Zu beachten ist jedoch auch, dass die direkt hergestellten Verbindungen (ohne CPS) seit 1999 Jahr für Jahr gesunken sind, seit 2002 bis 2010 um 30 %.⁶⁹

97. Es ist Swisscom insofern zuzustimmen, als dass seit der Genehmigung der einvernehmlichen Regelung die Zahl der CPS-Kunden um über 60 % gesunken ist und nach Abzug der bereits über den Dienst VTA telefonierenden Kunden die aktuelle Zahl der CPS Kunden bei 310'000 Kunden liegen dürfte. Dies wird durch die nachfolgende Tabelle bestätigt:

⁶⁵ Stellungnahme Sunrise vom 22. Juni 2012, S. 3 (act. 32).

⁶⁶ www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00744/00746/index.html?lang=de.

⁶⁷ Eingabe Swisscom vom 3. November 2011, S. 6 Rz 16 (act. 1).

⁶⁸ Eingabe Swisscom vom 3. November 2011, S. 7 Rz 17 (act. 1).

⁶⁹ Fernmeldestatistik 2010, S. 26, abrufbar unter: www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00744/00746/index.html?lang=de, zuletzt besucht am 14. November 2012.

Jahr	Total Anschlüsse ⁷⁰	CPS	VTA	Von Werbung betroffen
2009	3'996 Mio.	645'767	121'042	524'725 (13.1%)
2010	4'002 Mio.	494'578	115'053	379'525 (9.4%)
2011	4'194 Mio.	416'121	109'329	306'792 (7.3%)
2012 (Januar bis März)	n/a	375'815	102'349	274'466

Tabelle 1: Vergleich der von Werbung betroffene CPS-Kunden.⁷¹

98. Aufgrund der Zahlen aus der Fernmeldestatistik ist ersichtlich, dass die Zahl der Nutzer eines Festnetzanschlusses seit 1999 kontinuierlich rückläufig ist. Dies spiegelt sich auch in den Zahlen der Nutzer von CPS-Verbindungen wieder. Die Einführung von VTA hatte keinen Einfluss auf diesen Trend. Lediglich Sunrise hat (wohl aus strategischen Überlegungen) von der Möglichkeit von VTA intensiv Gebrauch gemacht, um systematisch eine Kundenbeziehung ihrer Kunden zu Swisscom zu unterbinden.

99. Wie bereits erwähnt, ist nach wie vor davon auszugehen, dass Swisscom über eine marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für Festnetztelefonie verfügt. Insofern ist es ihr auch heute noch möglich, diese marktbeherrschende Stellung auszunutzen, in dem sie den Rechnungen für die Anschlussgebühr gezielte Werbung für eigene Dienstleistungen beilegen würde. Aufgrund der in der Regel negativen Marge, welche die Nutzung von VTA für eine FDA nach sich zieht, stellt VTA keine echte Alternative für die FDA dar. Zudem wären bei einer Aufhebung der einvernehmlichen Regelung nach wie vor ca. 300'000 CPS-Kunden von möglichen Werbebeilagen betroffen. Insofern kann aus einem Rückgang der Anzahl der CPS-Kunden keine wesentliche Änderung, die Einfluss auf das Ergebnis der bisherigen kartellrechtlichen Würdigung des Sachverhaltes hätte, abgeleitet werden.

100. Swisscom macht in ihrer Eingabe vom 28. Januar 2013 geltend, dass die 300'000 CPS Kunden nicht isoliert betrachtet werden dürften, sondern im Vergleich zu den 4,194 Mio. Anschlüssen nur noch knapp 7 % darstellten. Bei diesen verbleibenden 7 % würde zudem die Möglichkeit bestehen, mit TAL und VTA die Verbindung zu Swisscom zu unterbinden.⁷²

101. Wie bereits oben dargelegt, werden die Zusatzdienste TAL und VTA von den wenigsten FDA genutzt, weshalb sie nicht geeignet sind, das beabsichtigte Verhalten von Swisscom nach einem Widerruf der einvernehmlichen Regelung, nämlich das Versenden von CPS-Kunden spezifischer Werbung in der Anschlussrechnung, zu umgehen. Von der Werbung wären demnach dennoch rund 310'000 Kunden betroffen. Obwohl diese nur 7.3 % der Endkunden ausmachen, sind dennoch eine beträchtliche Anzahl Endkunden betroffen.

B.3.6 Zwischenergebnis

102. Obwohl die Anzahl der CPS-Kunden um über 60 % gesunken ist, stellen die 310'000 Kunden, welche bei Aufhebung der einvernehmlichen Regelung mittels gezielter CPS-Werbung von Swisscom, die beiliegend zur Monatsrechnung versandt werden könnte, dennoch eine beträchtliche Anzahl Kunden dar, die abgeworben werden könnten. Die Änderung der tatsächlichen Verhältnisse ist daher nicht wesentlich.

B.4 Fazit

103. Wie oben dargelegt, sind die von Swisscom geltend gemachten rechtlichen und tatsächlichen Änderungen nicht wesentlich im Sinne von Art. 30 Abs. 3 KG, weshalb das Wiedererwägungsgesuch abzuweisen ist. Der zweite Schritt, die Prüfung, ob das Interesse an der Änderung der Verfügung im konkreten Fall höher zu werten ist als dasjenige am unveränderten Weiterbestehen des Entscheides, erübrigt sich in diesem Fall.

C Ergebnis

104. Im Ergebnis der Untersuchung kann daher festgehalten werden, dass die Einführung von VTA den FDA grundsätzlich die Möglichkeit eröffnet hat, ihren Endkunden den Teilnehmeranschluss selbst in Rechnung zu stellen (vgl. Rz 31 ff. und 57). Dennoch ist die Zusatzoption VTA sowohl in preislicher (vgl. Rz 79 f.) als auch in administrativer (vgl. Rz 78) Hinsicht so ausgestaltet, dass sie für FDA keine wirkliche Alternative darstellt. Lediglich diejenigen FDA, die zusätzliche Kosten auf sich nehmen, um aktiv jede Kundenbeziehung mit Swisscom zu unterbinden und sich dies in finanzieller Hinsicht auch leisten können, wählen die Zusatzoption

⁷⁰ Amtliche Fernmeldestatistik 2011 des Bundesamtes für Kommunikation (provisorische Version), S. 6, abrufbar unter: www.bakom.admin.ch/dokumentation/zahlen/00744/00746/index.html?lang=de, zuletzt besucht am 28. November 2012.

⁷¹ Vgl. Daten aus Stellungnahme Swisscom vom 9. Mai 2002, Beilage 3 und 4 (act. 6).

⁷² Eingabe Swisscom vom 28. Januar 2013, S. 8 Rz 33 (act. 93).

VTA, obwohl sie hierdurch einen finanziellen Nachteil erleiden und damit grundsätzlich im Wettbewerb schlechter gestellt sind. Die Zusatzoption VTA stellt daher keine vollwertige Alternative und damit keine wesentliche Änderung der rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse dar, welche die Aufhebung der zwischen dem Sekretariat und Swisscom geschlossenen und von der WEKO mit Verfügung vom 6. Mai 2002 genehmigten einvernehmlichen Regelung⁷³ erfordern würde.

105. Aus diesen Gründen ist das Wiedererwägungsgesuch abzuweisen.

D Kosten

106. Nach Art. 2 Abs. 1 Gebührenverordnung KG⁷⁴ ist gebührenpflichtig, wer das Verwaltungsverfahren verursacht hat. Mit der Abweisung des vorliegend zu beurteilenden Wiedererwägungsgesuchs sind auch die dadurch verursachten Kosten der Gesuchstellerin vollumfänglich aufzuerlegen. Im vorliegenden Verfahren wurden umfassende Untersuchungshandlungen durchgeführt. Hierzu gehörte neben der Abklärung der aktuellen rechtlichen Situation im Bereich des Fernmeldegesetzes auch die Befragung sämtlicher FDA, die in der Schweiz CPS anbieten, um die derzeitigen sachlichen Verhältnisse zu ermitteln.

107. Nach Art. 4 Abs. 2 GebV-KG gilt ein Stundenansatz von 100 bis 400.- Franken. Dieser richtet sich namentlich nach der Dringlichkeit des Geschäfts und der Funktionsstufe des ausführenden Personals. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in den Gebühren eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

108. Gestützt auf die Funktionsstufe der mit dem Fall betrauten Mitarbeiter rechtfertigt sich ein Stundenansatz von 200.- Franken. Die aufgewendete Zeit beträgt 108 Stunden. Demnach beläuft sich die Gebühr auf 21'320.- Franken.

E Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Das Wiedererwägungsgesuch wird abgewiesen.
2. Die Verfahrenskosten von insgesamt 21'320.- Franken werden Swisscom (Schweiz) AG auferlegt.
3. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
 - Swisscom (Schweiz) AG, inWorblaufen

[Rechtsmittelbelehrung]

⁷³ 32-0141: Untersuchung Tele2 vs. Swisscom, Verfügung vom 6. Mai 2002 Rz 23 ff.

⁷⁴ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

B 2	3. Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese
B 2.3	1. Verfügung in Sachen Übernahme der ProVAG Versicherungen AG und der PROVITA Gesundheitsversicherung AG

Verstösse im Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen gemäss Art. 51 Abs. 1 KG

Cas d'inobservation liés à une concentration d'entreprises selon l'art. 51 al. 1 LCart

Infrazioni in relazione con concentrazioni di imprese giusta l'art. 51 cpv. 1 LCart

Verfügung vom 10. Dezember 2012 in Sachen Verwaltschaftssanktion gemäss Art. 51 Absatz 1 KG

Am 19. September 2011 erhielt die Wettbewerbskommission die Meldung, dass die SWICA Krankenversicherung AG die Übernahme der PROVITA Gesundheitsversicherung AG von der PROVITA Holding AG beabsichtigt. Der Meldung beigelegt war ein Aktienkaufvertrag zwischen der PROVITA Holding AG und einerseits der SWICA Krankenversicherung AG betreffend die vorstehend erwähnte Übernahme und andererseits der SWICA Holding AG betreffend die Übernahme der ProVAG Versicherungen AG (ProVAG-Transaktion). Die ProVAG-Transaktion wurde am 26. September 2011 vollzogen. Mehrere zusammenhängende Transaktionen können je nach Ausgangslage einen einzigen Zusammenschluss oder mehrere Zusammenschlüsse darstellen. Meldepflicht auch der ProVAG-Transaktion aufgrund der Qualifikation der SWICA-Unternehmensstruktur als Konzern und der beiden Transaktionen als voneinander abhängige Transaktionen, die eine wirtschaftliche Einheit bilden und somit einen einzigen Zusammenschluss im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG darstellen. Die Umsätze (bzw. hier: Bruttoprämieneinnahmen) der Zielgesellschaften sind daher zusammenzuzählen. Reduktion der Sanktion aufgrund nur geringfügiger Sorgfaltspflichtverletzung.

A Sachverhalt

A.1 Gegenstand der Untersuchung

1. Am 19. September 2011 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten.¹ Danach beabsichtigt die SWICA Krankenversicherung AG die Übernahme der PROVITA Gesundheitsversicherung AG (nachfolgend: PROVITA) von der PROVITA Holding AG.

2. Der Meldung beigelegt war ein Aktienkaufvertrag vom 7. bzw. 9. September 2011 zwischen der PROVITA Holding AG und einerseits der SWICA Krankenversicherung AG betreffend die Übernahme der PROVITA (nachfolgend: PROVITA-Transaktion) und andererseits der

SWICA Holding AG betreffend die Übernahme der ProVAG Versicherungen AG (nachfolgend: ProVAG-Transaktion).²

3. Im Rahmen der Vollständigkeitsprüfung forderte das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) weitere Informationen ein, so insbesondere zur Konzernstruktur der Zusammenschlussparteien, Umsatzberechnung, Übernahme der ProVAG Versicherungen AG (nachfolgend: ProVAG) sowie zu den Zielen des Zusammenschlusses.³

4. Mit Schreiben vom 10. Oktober 2011 reichte die SWICA Gesundheitsorganisation, Generaldirektion (nachfolgend: SWICA) ergänzende Informationen und Unterlagen ein. Zum Zusammenschluss führt sie in diesem Schreiben u.a. aus:⁴

„(...) PROVITA und SWICA [sind] übereingekommen, dass die SWICA Krankenversicherung AG die Aktien der PROVITA Gesundheitsversicherung AG und die SWICA Holding die Aktien der ProVAG Versicherungen AG von deren Muttergesellschaft, der PROVITA Holding AG, je zu 100% zu [sic] übernehmen, um damit die Versicherungsverhältnisse der PROVITA Gesundheitsversicherung AG und der ProVAG Versicherungen AG mit ihren Kunden sicherzustellen.“⁵

„(...) Die Übernahmen sind zeitlich versetzt. Während die Aktien der ProVAG Versicherungen AG bereits in den Besitz der SWICA Holding AG übergegangen sind,⁶ ist der Übergang der Aktien der PROVITA Gesundheitsversicherung AG auf die SWICA Krankenversicherung AG auf einen späteren Zeitpunkt vorgesehen⁷. Ziel ist in einer ersten Phase die zeitlich versetzte Eingliederung der beiden Firmen in die Konzernstruktur der SWICA.“⁸

5. Im Schreiben wird weiter ausgeführt, dass Auslöser der Zusammenschlussverhandlungen [...], [...]¹⁰ [...].¹¹

¹ Act. n° 1.

² Ibid, Beilage 1.

³ Act. n° 3.

⁴ Act. n° 4.

⁵ Ibid, S. 1.

⁶ Der Aktienkaufvertrag zwischen SWICA Holding AG und ProVAG Versicherungen AG wurde gemäss Parteiangabe am 26. September 2011 vollzogen (vgl. Act. n° 24, S. 6).

⁷ Der Vollzug der PROVITA-Transaktion ist gemäss Parteiangabe für das Jahr 2014 vorgesehen (vgl. Act. n° 4, S. 2).

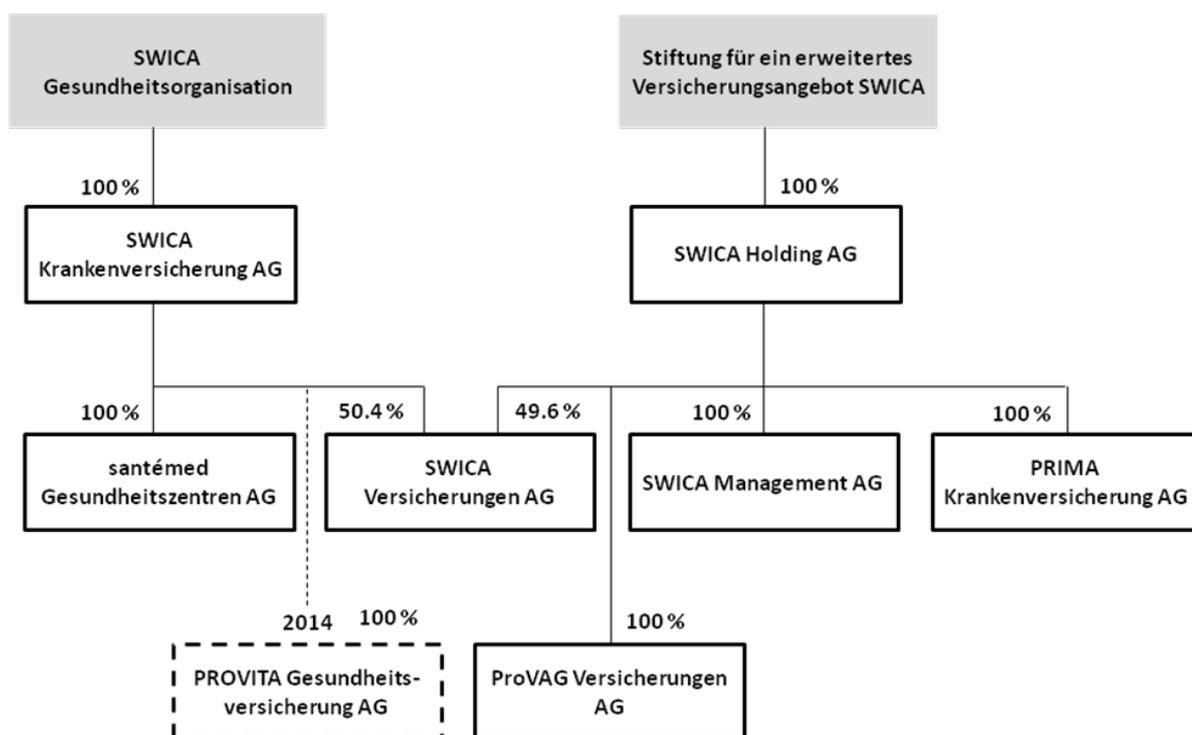
⁸ Act. n° 4, S. 8.

⁹ Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10).

¹⁰ Verordnung vom 27. Juni 1995 über die Krankenversicherung (KVV; SR 832.102).

¹¹ Act. n° 4, S. 1.

6. Zur „Organisationsstruktur SWICA“¹² wurde im selbigen Schreiben auf folgendes Organigramm verwiesen:¹³



7. Die SWICA hat zu dem/n schweizweit generierten Umsatz/Bruttoprämieeinnahmen gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b sowie Abs. 3 des Kartellgesetzes¹⁴ folgende

Angaben eingereicht (hier übersichtshalber in einer Tabelle zusammengefasst):¹⁵

Tabelle 1: Schweizerweite/r Umsatz/Bruttoprämieeinnahmen

Unternehmen	Schweizerweite/r Umsatz/Bruttoprämieeinnahmen 2010 in CHF
Stiftung für ein erweitertes Versicherungsangebot SWICA	Keine Angabe ¹⁶
SWICA Holding AG	[40 – 50'000] ¹⁷
SWICA Management AG	Keine Angabe ¹⁶
PRIMA Krankenversicherung AG	Keine Angabe ¹⁶

¹² Ibid, S. 3.

¹³ Ibid.

¹⁴ Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251).

¹⁵ Act. n° 4, S. 2 u. 8 ff.

¹⁶ Die zu diesem Zeitpunkt noch fehlenden Angaben zu Umsatz bzw. Bruttoprämieeinnahme wurden im Laufe des Verfahrens nachgereicht, sind aber für die Meldepflicht der voneinander abhängigen Transaktionen PROVITA und ProVAG, die deshalb im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG einen einzigen Zusammenschluss darstellen, letztlich nicht weiter relevant, da sich bereits aufgrund der damals angeführten bzw. in Tabelle 1 zusammengefassten Umsätze/Bruttoprämieeinnahmen ergeben hat, dass die Schwellenwerte gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b sowie Abs. 3 KG erreicht werden. Für die Sanktionsberechnung (siehe nachfolgend Abschnitt B.3 Sanktion) ist aber dennoch zu ergänzen, dass die Stiftung für ein erweitertes Versicherungsangebot SWICA 2010 ein Ertragstotal von

CHF [20 – 30'000] erzielte (Act. n° 28, S. 8). Die gemäss Parteiangabe inaktiven Gesellschaften SWICA Management und PRIMA Krankenversicherung haben 2010 einen Umsatz/Bruttoprämieertrag von CHF 9 bzw. 0 erzielt (Act. n° 13, S. 156 f.).

¹⁷ Diese Angabe entspricht dem Bruttoertrag gemäss Erfolgsrechnung 2009 (Act. n° 4, S. 32). Die SWICA Holding AG ist gemäss Parteiangabe im operativen Versicherungsgeschäft nicht aktiv (Act. n° 4, S. 5). Der Beteiligungsertrag dürfte von Jahr zu Jahr zwar schwanken, jedoch in der Höhe sich solange nicht wesentlich verändern, als nicht bestehende namhafte Beteiligungen wegfallen oder neue namhafte Beteiligungen hinzukommen. Der Bruttoertrag vom Jahr 2009 kann daher als Richtwert für das Jahr 2010 herangezogen werden; er ist aber zumindest hinsichtlich der bestehenden Meldepflicht nicht weiter relevant, da die Schwellenwerte von Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b und Abs. 3 KG bereits aufgrund der Bruttoprämieeinnahmen 2010 der an diesem Zusammenschluss beteiligten Krankenversicherungen erreicht werden.

Unternehmen	Schweizweite/r Umsatz/Bruttoprämieneinnahmen 2010 in CHF
SWICA Gesundheitsorganisation	[0 – 1'000] ¹⁸
SWICA Krankenversicherung AG	[2 – 3 Mrd.]
santémed Gesundheitszentren AG	[50 – 60 Mio.] ¹⁹
SWICA Versicherungen AG	[100 – 200 Mio.]
PROVITA Gesundheitsversicherung AG	[100 – 200 Mio.]
ProVAG Versicherungen AG	[20 – 30 Mio.]

8. Zur ProVAG-Transaktion führte SWICA aus, dass der kumulierte Umsatz der beiden Unternehmen ProVAG und SWICA Holding AG die erforderliche Umsatzgrenze von Art. 9 KG nicht erreiche, weshalb für diesen Zusammenschluss keine Meldung an die WEKO zu erfolgen habe.²⁰

9. Die formelle Bestätigung der Vollständigkeit der Meldung erfolgte am 20. Oktober 2011.²¹ In materieller Hinsicht wurde der notwendige Meldeinhalt zwischen dem Sekretariat und SWICA allerdings weiterdiskutiert – dies insbesondere mit dem Ziel, die Umstände bezüglich der ProVAG-Transaktion zu klären.²² So wurde SWICA mit E-Mail vom 25. Oktober 2011 u.a. mitgeteilt, dass wenn es sich bei der SWICA-Organisation um einen einzigen Konzern handeln sollte, es sich bei den Transaktionen PROVITA und ProVAG womöglich lediglich um einen Zusammenschluss handle und nicht um zwei wie von SWICA vorgetragen, sich somit die Frage stelle, ob im Zusammenhang mit diesen Transaktionen unerlaubte Vollzugshandlungen erfolgten, die nach Art. 51 Abs. 1 KG zu sanktionieren wären.²³

10. Mit Schreiben vom 26. Oktober 2011 führte die SWICA zu ihrem Konzernverhältnis u.a. Folgendes aus:²⁴

„Der Vorstand der SWICA Gesundheitsorganisation und der Stiftungsrat der Stiftung für ein erweitertes Versicherungsangebot der SWICA sind identisch, gleichfalls der Verwaltungsrat der SWICA Krankenversicherung AG, der SWICA Gesundheitszentren AG [²⁵], der SWICA Versicherungen AG und der SWICA Holding AG. Diese Gesellschaften stehen unter einheitlicher Leitung. Der Konsolidierungskreis umfasst die SWICA Krankenversicherung AG, die SWICA Gesundheitszentren AG, die SWICA Versicherungen AG, die SWICA Holding AG, die SWICA Management AG und die PRIMA Krankenversicherung AG. Adressat des Konzernstatus sind die Verwaltungsräte der SWICA Krankenversicherung AG und der SWICA Holding AG, weil der Aktionärsverein (die SWICA Gesundheitsorganisation) für die SWICA Holding AG nicht zuständig ist. Die Konzernrechnung kann nicht von zwei Holdings abgenommen werden. Deshalb wird in Anlehnung an OR 663 f. die Konzernrechnung dort lediglich zur Kenntnis gebracht. Wegen dieser speziellen Konstellation handelt es sich um eine kombinierte, konsolidierte Rechnung.“

11. Am 27. Oktober 2011 zog SWICA die Meldung zurück und stellte gleichzeitig deren Wiedereinreichung in Aussicht, wobei der rechtlichen Einschätzung des Sekretariats Rechnung getragen werden würde.²⁶ Mit Schreiben vom 1. November 2011 wurde der Rückzug bestätigt und es wurden SWICA die Unterlagen zur Meldung retourniert, die sie zur Ausfertigung und Vervollständigung der angepassten Meldung erbeten hatte.²⁷

12. Am 2. Februar 2012 wurde die Meldung über das Zusammenschlussvorhaben wieder eingereicht.²⁸ Diese enthielt nun zusätzliche Angaben betreffend die einzelnen SWICA-Gesellschaften gemäss vorstehendem Organigramm und die Übernahme der ProVAG durch die SWICA Holding AG. Hinsichtlich letzterem wurde weiterhin die Ansicht geäußert, dass keine verspätete Meldung zum Zusammenschlussvorhaben SWICA Holding AG und ProVAG vorliege.²⁹

¹⁸ Diese Angabe entspricht dem Total Ertrag gemäss Erfolgsrechnung 2010 (Act. n° 4, S. 119). Gemäss Parteiangabe betreibt der Verein SWICA Gesundheitsorganisation mit Ausnahme der statutarischen Geschäfte keinerlei relevante Geschäftsaktivität ausser des Haltens von 100 % der Aktien der SWICA Krankenversicherung AG (Act. n° 4, S. 3).

¹⁹ Die santémed Gesundheitszentren AG ist gemäss Parteiangabe im Bereich der medizinischen Dienstleistungen tätig [...] (Act. n° 4, S. 4). Die Angabe in der Tabelle 1 entspricht dem Bruttoerlös aus diesen Dienstleistungen gemäss Erfolgsrechnung 2010 (Act. n° 4, S. 106).

²⁰ Act. n° 4, S. 2.

²¹ Act. n° 8.

²² Siehe dazu Act. n° 6, 7, 9 und 10.

²³ Act. n° 9.

²⁴ Act. n° 10.

²⁵ Die SWICA Gesundheitszentren AG hat Ende 2011 in santémed Gesundheitszentren AG umfirmiert.

²⁶ Act. n° 11.

²⁷ Act. n° 12.

²⁸ Act. n° 13.

²⁹ Ibid, S. 15.

13. Der Zusammenschluss war meldepflichtig,³⁰ wurde von der WEKO allerdings mit Schreiben vom 7. März 2012 für unbedenklich erklärt.³¹ Auf die Einleitung einer Prüfung konnte deshalb verzichtet werden. Gleichzeitig wies das Sekretariat darauf hin, dass es sich die Eröffnung eines Sanktionsverfahrens nach Art. 51 KG vorbehält.

A.2 Verfahren

A.2.1 Vorbemerkung

14. Erhält die WEKO Kenntnis davon, dass ein meldepflichtiger Unternehmenszusammenschluss ohne Meldung vollzogen wurde, hat sie gemäss Art. 35 KG von Amtes wegen ein Zusammenschlussverfahren nach Art. 32 ff. KG einzuleiten. In einem solchen Fall beginnt die Frist nach Art. 32 Abs. 1 KG erst zu laufen, wenn die WEKO im Besitz der Information ist, die die Meldung nach Art. 11 VKU³² enthalten muss (vgl. Art. 35 KG, zweiter Satz). Das Prüfverfahren nach Art. 35 i.V.m. Art. 32 ff. KG beginnt in der Regel mit der informellen Mitteilung des Sekretariats an die betroffenen Unternehmen, dass womöglich die Meldepflicht verletzt wurde und diese deshalb aufgefordert sind, die unterlassene Meldung nachzureichen. Dieses zu Beginn informelle Verfahren geht in das ordentliche Vorprüfungsverfahren gemäss Art. 32 KG über, falls die WEKO anhand der nachgereichten Meldung die bestehende Meldepflicht gemäss Art. 9 KG feststellen konnte.³³

15. Wie nachfolgend gezeigt werden wird, ergibt sich die Meldepflicht für die ProVAG-Transaktion daraus, dass die oben aufgezeigte „Organisationsstruktur SWICA“³⁴ im kartellrechtlichen Sinne einen einzigen Konzern darstellt³⁵ und die Transaktionen PROVITA und ProVAG voneinander abhängige Transaktionen sind, mithin im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG einen einzigen Zusammenschluss darstellen und die Umsätze bzw. Bruttoprämieneinnahmen der PROVITA und der ProVAG folglich zusammenzuzählen sind³⁶.

16. Vor diesem Hintergrund erübrigte sich die formelle Eröffnung eines Verfahrens gemäss Art. 35 KG ursprünglich, weil das ordentliche Vorprüfungsverfahren gemäss Art. 32 KG aufgrund der Meldung der PROVITA-Transaktion, mit welcher die ProVAG-Transaktion eine wirtschaftliche Einheit bzw. einen einzigen Zusammenschluss bildet,³⁷ bereits am Laufen war. Der SWICA, die nicht anwaltlich vertreten ist, wurde aber bereits damals die sekretariatsseitige rechtliche Einordnung der ProVAG-Transaktion erläutert und eröffnet, dass womöglich eine Verletzung der Meldepflicht vorliege³⁸ und daher die Zusammenschlussmeldung zur Prüfung dieser Frage noch substantiell zu ergänzen sei. Diese Diskussion über die Meldepflicht der ProVAG-Transaktion führte zum Rückzug der ersten Meldung durch SWICA mit der Konsequenz, dass die damalige Vorprüfung gegenstandslos wurde. Da SWICA im Rückzugsschreiben in Aussicht stellte, innert absehbarer Zeit eine Neumeldung einzureichen, die die geäusserte Rechtsauffassung des Sekretariats befolgen werde, erschien es unter verfahrensökonomischen Gesichtspunkten als sinnvoll, einstweilen auf die Eröffnung eines Prüfverfahrens nach Art. 35 KG zu verzichten. In Erwartung einer zeitnahen vollständigen Meldung, die die beiden Transaktionen PROVITA und ProVAG umfasst, wurden SWICA die bis dahin

eingereichten Unterlagen zur Vervollständigung derselben für die entsprechend angepasste und erweiterte Meldung retourniert.

17. Die vervollständigte Meldung vom 2. Februar 2012 ist dem Sekretariat am 7. Februar 2012 eingegangen. Die einmonatige Frist für die Vorprüfung begann am Tag nach Eingang dieser Meldung, somit am 8. Februar 2012.³⁹ Mit Schreiben vom 7. März 2012 erklärte die WEKO den Zusammenschluss für unbedenklich.

A.2.2 Sanktionsverfahren gemäss Art. 51 Kartellgesetz

18. Am 12. März 2012 hat das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO (Art. 53 Abs. 1 KG) beschlossen, ein Verwaltungsanktionsverfahren gemäss Art. 51 KG zu eröffnen. Mit Schreiben vom 2. April 2012 wurde die SWICA über die Verfahrenseröffnung informiert und eingeladen, zu Fragen betreffend Sachverhalt sowie zum Vorwurf der Meldepflichtverletzung Stellung zu nehmen.

19. Am 29. Juni 2012 hat SWICA ihre Stellungnahme eingereicht. Im Wesentlichen macht sie folgendes geltend:⁴⁰

Weil die SWICA Holding AG nicht demselben Konzernzweig wie die SWICA Krankenversicherung AG unterstehe, seien als Konsequenz daraus lediglich die Umsätze der SWICA Holding AG und der ProVAG zu addieren. Da diese Summe die Umsatzgrenze gemäss Art. 9 KG nicht erreiche, habe es keiner Meldung an die WEKO bedurft. Wie Ziff. II B. 5. des Aktienkaufvertrages vom 7./9. September 2011 entnommen werden könne, habe sich SWICA bei der Vertragsgestaltung mit der Meldepflicht von Zusammenschlüssen eingehend auseinandergesetzt und bezüglich Teil B des Vertrages (gemeint: PROVITA-Transaktion) auch Meldung an die WEKO vorgesehen. Da diese Meldung der WEKO zwangsläufig auch die Transaktion A (gemeint: ProVAG-Transaktion) zur Kenntnis brachte, sei zudem auch erstellt, dass in keiner Art und Weise die Absicht bestanden habe, irgend etwas verheimlichen zu wollen. Es sei nicht in Unkenntnis von Art. 9 KG gehandelt worden. Da die beiden Konzernzweige „SWICA Gesundheitsorganisation“ und „Stiftung für ein erweitertes Versicherungsangebot SWICA“ keine Einheit im üblichen Verständnis eines Konzerns bilden würden, sei Art. 9 KG nicht verletzt worden. Es werde daher beantragt, auf eine Sanktion zu verzichten.

³⁰ Siehe dazu nachfolgend B.2 Meldepflicht.

³¹ Act. n° 18.

³² Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU; SR 251.4).

³³ Vgl. dazu auch JÜRGEN BORER/JUHANI KOSTKA, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 35 KG N 6.

³⁴ Siehe dazu vorstehend Rz 6.

³⁵ Siehe dazu nachfolgend Rz 29 ff.

³⁶ Siehe dazu nachfolgend Rz 51 ff.

³⁷ Ibid.

³⁸ Vgl. dazu statt anderer Act. n° 9.

³⁹ Act. n° 16.

⁴⁰ Act. n° 24.

20. Mit Schreiben vom 3. September 2012 und E-Mails vom 7. bzw. 17. September 2012 ersuchte das Sekretariat SWICA um Einreichung weiterer ergänzender Unterlagen.⁴¹ SWICA reichte die eingeforderten Unterlagen – soweit vorhanden – mit Schreiben vom 11. September 2012 und E-Mails vom 17. bzw. 18. September 2012 ein.⁴²

21. Der Verfügungsentwurf wurde SWICA am 29. Oktober 2012 zur Stellungnahme zugestellt.⁴³ Gleichzeitig wurde der SWICA mitgeteilt, dass sie Einsicht in die Akten nehmen könne.⁴⁴

22. In ihrer Stellungnahme vom 20. November 2012 trug SWICA vor, dass sie die Beurteilung des Sekretariats akzeptiere und damit dem Grundsatz nach eine Sanktion hinnehme. Sie erachte aber die Höhe der Sanktion mit Blick auf die Geringfügigkeit des Verstosses als unverhältnismässig hoch. Sollte durch die WEKO eine Sanktion ausgesprochen werde, sei diese auf nicht mehr als CHF 5'000.-- festzusetzen.⁴⁵

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

24. Das KG ist ein wirtschaftsrechtlicher Erlass, der wirtschaftliche Phänomene unabhängig von ihrer rechtlichen Struktur erfasst.⁴⁶ Als Unternehmen gelten daher sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Grundsätzlich ohne Belang ist folglich, ob es sich bei einem solchen Unternehmen um eine juristische oder natürliche Person, ein öffentliches oder ein privates Unternehmen handelt und in welche Rechtsform des öffentlichen oder des privaten Rechts letztere gekleidet sind.⁴⁷ Selbst das Fehlen der Rechtspersönlichkeit hindert die Unterstellung unter das KG nicht.⁴⁸ Das KG geht mit anderen Worten von einem funktionalen Unternehmensbegriff aus,⁴⁹ der ausschliesslich an der Tätigkeit bzw. Verhaltensweise als selbständiger Anbieter oder Nachfrager im Wirtschaftsverkehr anknüpft. Nicht die rechtliche Struktur, sondern die Organisation als wirtschaftliche Einheit hat die Unternehmenseigenschaft zur Folge.⁵⁰

25. Im Sinne dieses ökonomisch geprägten Unternehmensbegriff hat das KG insbesondere der wirtschaftlichen Organisationsform des Konzerns Rechnung zu tragen.⁵¹ Dies führt dazu, dass Konzerngesellschaften, obwohl rechtlich selbständig, mangels wirtschaftlicher Selbständigkeit keine Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG sind. Als Unternehmen gilt in solchen Fällen der Konzern als Ganzes.⁵² Ein Konzern liegt vor, wenn mehrere rechtlich selbständig organisierte Unternehmen wirtschaftlich unter einheitlicher Leitung zu einem Gesamtunternehmen als wirtschaftliche Einheit zusammengefasst sind.⁵³

26. Die Beantwortung der Frage, ob die „Organisationsstruktur SWICA“ gemäss Organigramm Rz 6 vorstehend

im kartellrechtlichen Sinne einen einzigen Konzern darstellt, ist vorliegend in zweifacher Hinsicht von Bedeutung: Zum einen ist die Bejahung dieser Frage eine der Voraussetzungen dafür, dass die ProVAG-Transaktion überhaupt meldepflichtig ist.⁵⁴ Zum anderen entscheidet sich danach, wer im vorliegenden Verfahren Verfügungsadressat der Verwaltungssanktion ist.

27. Zu letzterem ist festzustellen, dass „Verfügungen der Wettbewerbskommission Rechtsverhältnisse mit Unternehmen nach Art. 2 KG [regeln]. Verfügungsadressaten im materiellen Sinne sind diejenigen natürlichen oder juristischen Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung regeln soll“.⁵⁵ Im Konzernverhältnis gilt der Konzern als Ganzes als Unternehmen.⁵⁶ Verfügungsadressat im materiellen Sinne ist stellvertretend für den Konzern, dem als solcher keine Rechtspersönlichkeit zukommt, daher das herrschende Unternehmen, welches im gesamten Konzern die einheitliche Leitung tatsächlich wahrnimmt und gegenüber den abhängigen Konzernunternehmen durchsetzt.⁵⁷

28. Konzernbildung ist auf verschiedene Weise möglich. So kann die rechtliche Grundlage für die Unternehmenszusammenfassung vertraglicher Natur sein (Vertragskonzern). Von einem faktischen Konzern spricht man, wenn die Unternehmenszusammenfassung über hundertprozentige oder mehrheitliche Kapitalbeteiligungen erreicht wird (Beteiligungskonzern).⁵⁸ Es sind jedoch auch andere Beherrschungsmittel denkbar, so z.B. personelle Verflechtung.⁵⁹ Schweizer Konzerne sind in der Regel faktische Konzerne und Unterordnungskonzerne, d.h., ein herrschendes Unternehmen fasst mehrere abhängige Unternehmen unter einer einheitlichen wirtschaftlichen Leitung zusammen.⁶⁰ Beim Gleichordnungs- oder Koordinationskonzern sind die Konzerngesellschaften gleichberechtigt, sie unterstellen sich aber einer gemeinsam bestimmten Oberleitung.⁶¹

⁴¹ Act. n° 25, 27, 29 und 31.

⁴² Act. n° 28, 30 und 32.

⁴³ Act. n° 34.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Act. n° 35.

⁴⁶ JÜRIG BORER, Kartellgesetz, 3. Aufl., 2011, Art. 2 KG N 4.

⁴⁷ JENS LEHNE, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 2 KG N 13.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ RPW 2011/1, 96 ff. Rz 95, *SIX/Terminals mit Dynamic Currency Conversion (DCC)*.

⁵⁰ BORER (Fn 46), Art. 2 KG N 11.

⁵¹ Ibid, Art. 2 KG N 11.

⁵² BSK KG-LEHNE (Fn 47), Art. 2 KG N 27.

⁵³ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 329 E. 4.2, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*; mit weiteren Hinweisen.

⁵⁴ Siehe vorstehend Rz 15.

⁵⁵ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 329 E. 4.5, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

⁵⁶ Siehe vorstehend Rz 25.

⁵⁷ Im Publigroupe-Entscheid bezeichnete das BVGer die Publigroupe (Konzernmutter) als Verfügungsadressatin im materiellen Sinne (Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 329 E. 4.5, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*).

⁵⁸ ROLAND VON BÜREN, in: Schweizerisches Privatrecht VIII/6, Der Konzern, 2. Aufl., 2005, 28.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Ibid, 28 f.

⁶¹ Ibid, 29.

29. Obwohl die „Organisationsstruktur SWICA“ gemäss Organigramm Rz 6 vorstehend keiner dieser Arten von Konzernbildung in Reinform entspricht, stellt – wie nachfolgend gezeigt werden wird – die SWICA-Organisation eine wirtschaftliche Einheit im Sinne eines Konzerns dar.

30. Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht ist ein Konzern gemäss Art. 663e Abs. 1 Obligationenrecht⁶² die durch Stimmenmehrheit oder auf andere Weise unter einheitlicher Leitung erfolgte Zusammenfassung einer oder mehrerer Gesellschaften unter einer Gesellschaft. Die Konzernbildung setzt nicht voraus, dass die herrschende Gesellschaft an den abhängigen Konzerngesellschaften zu hundert Prozent beteiligt ist. Allerdings führt selbst eine hundertprozentige Beteiligung nicht zu einem Konzern, wenn keine einheitliche Leitung beabsichtigt ist.⁶³ Aus kartellrechtlicher Sicht ist hinzuzufügen, dass für die Zuordnung zu einem Konzern gemäss Art. 2 Abs. 1^{bis} KG die Rechtsform des Unternehmens keine Rolle spielt.⁶⁴ (Konzern-)Unternehmen können mit andern Worten nicht nur Gesellschaften sein, sondern auch andere Rechtssubjekte wie z.B. Vereine oder Stiftungen.

31. Ein Konzern im Sinne von Art. 663e Abs. 1 OR hat eine Pflicht zur Konzernrechnungslegung (Konsolidierungspflicht). Zweck der Konzernrechnung ist, dem Leser einen zuverlässigen Einblick in die Vermögens- und Ertragslage des Gesamtunternehmens, das sich über mehrere Unternehmen erstreckt, zu ermöglichen. Die Gesellschaften, die in die Konsolidierung einzubeziehen sind, werden im Konsolidierungskreis zusammengefasst. Der Konsolidierungskreis der SWICA-Organisation umfasst alle Gesellschaften beider „Konzernzweige“,⁶⁵ womit nach Art. 663e Abs. 1 OR insoweit ein einziger Konzern vorliegt. Mit Blick auf das Kartellrecht kann hierzu generell festgehalten werden, dass der Konsolidierungskreis gemäss Art. 5 Abs. 1 VKU über denjenigen in Art. 663e Abs. 1 OR hinaus geht.⁶⁶ Wenn mit anderen Worten die Gesellschaften beider „Konzernzweige“ der SWICA-Organisation bereits nach dem engeren Konzernbegriff im Gesellschaftsrecht einen einzigen Konzern bilden, kann mit Fug vermutet werden, dass dies erst recht auch aus Sicht des grundsätzlich weiteren Konzern- bzw. funktionellen Unternehmensbegriffs im Kartellrecht der Fall ist.

32. Es fehlt einer Konzerngesellschaft an wirtschaftlicher Selbständigkeit, „[s]ofern die Muttergesellschaft ihre Tochtergesellschaften effektiv zu kontrollieren vermag und die Möglichkeit tatsächlich ausübt, so dass die Konzerngesellschaften nicht in der Lage sind, sich von der Muttergesellschaft unabhängig zu verhalten.“⁶⁷ Ob eine die wirtschaftliche Selbständigkeit ausschliessende wirtschaftliche Kontrolle der Mutter gegenüber der Tochter besteht, ist aufgrund der Würdigung der Umstände im Einzelfall zu bestimmen.⁶⁸ Anhaltspunkte für wirtschaftliche Kontrolle sind die Anteilsverhältnisse, personelle Verflechtungen zwischen den Geschäftsleitungen der einzelnen Gesellschaften, Integration zentraler Unternehmensbereiche (z.B. Personal, Finanzen, Controlling, Marketing) in die Muttergesellschaft und Vorgabe von Preisen und Konditionen durch die Mutter.⁶⁹

33. Gemäss Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983 „[sind] die Mittel zur Herbeiführung der einheitlichen Leitung [...] vielgestaltig.

(...). Die Stimmenmehrheit ist klassisches Konzernierungsmittel. (...) Doch kann die einheitliche Leitung auch auf statutarischer, vertraglicher oder personeller Grundlage erfolgen. (...) Häufiges und besonders effizientes Konzernierungsmittel ist die Personalunion: Die Verwaltungen zweier Aktiengesellschaften sind aus denselben Personen zusammengesetzt und wollen stets notgedrungen dasselbe.“⁷⁰

34. In diesem Sinne ist das Sekretariat bei einer Beratung zur Fusion von zwei Krankenkassen insbesondere deshalb von einem konzerninternen Vorgang ausgegangen, weil die Stiftungsräte identisch besetzt waren und die Mitglieder der jeweiligen Stiftungsräte ähnliche Funktionen ausübten.⁷¹ Desgleichen hat die WEKO im Swisscom ADSL-Entscheid aufgrund von Personenverflechtungen zwischen den Verwaltungsräten und Geschäftsleitungen der Swisscom und deren Töchter Swisscom Fixnet und Bluewin auf eine wirtschaftliche Unselbständigkeit der Swisscom Fixnet und der Bluewin und deren Beherrschung durch die Swisscom, mithin einen Konzernsachverhalt geschlossen.⁷²

35. In einer Beratung betreffend Berücksichtigung der Umsätze eines Schwesterunternehmens stellte das Sekretariat schliesslich fest, dass „[d]ie Betrachtungsweise im Lichte einer wirtschaftlichen Einheit [...] in casu zum Ergebnis [führt], dass die Gebrüder Y KG-Gruppe und die X GmbH mit der D AG-Gruppe aufgrund des personell identisch besetzten Beirates/Gesellschafterausschusses als wirtschaftliche Einheit angesehen werden muss.“⁷³

36. Vor diesem Hintergrund belegen zunächst einmal die ausgeprägten personellen Verflechtungen bei der SWICA-Organisation ein bestehendes Konzernverhältnis:

⁶² Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (OR; SR 220).

⁶³ Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 329 E. 4.2, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*.

⁶⁴ Siehe Rz 24 vorstehend.

⁶⁵ Act. n° 10, S. 1 f.; Act. n° 1, S. 106; SWICA Geschäftsbericht 2011, S. 25, <www.swica.ch/Uber-SWICA/Uber-SWICA/ZahlenFakten/Geschäftsberichte> (2.10.2012). Die SWICA Gesundheitszentren AG hat Ende 2011 in *santémed Gesundheitszentren AG* umfirmiert.

⁶⁶ RPW 2000/1, 12 ff., 14, *Berücksichtigung der Umsätze eines Schwesterunternehmens*; mit Hinweisen auf die Lehre.

⁶⁷ RPW 2004/2, 407 ff. Rz 58, *Swisscom ADSL*; RPW 2006/1, 65 ff. Rz 125, *Kreditkaten-Interchange Fee*.

⁶⁸ BSK KG-LEHNE (Fn 47), Art. 2 KG N 29.

⁶⁹ *Ibid*; mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung.

⁷⁰ Botschaft vom 23. Februar 1983 über die Revision des Aktienrechts, BBl 1983 745, 818 f.

⁷¹ RPW 1997/3, 331, *Fusion de deux caisses-maladie*: „Cela étant, les deux caisses-maladie possèdent donc une personnalité juridique distincte; il n'en demeure pas moins qu'elles ne jouissent d'aucune autonomie économique, puisqu'il leur est impossible de se comporter de manière indépendante l'une de l'autre, étant donné qu'elles sont dirigées par les mêmes personnes.“

⁷² RPW 2004/2, 407 ff. Rz 60 f., *Swisscom ADSL*. Vgl. dazu auch RPW 2004/4, 1148 ff. Rz 7, *Swisscom Systems AG/Itelpro Solutions AG*; RPW 2003/1, 87 ff. Rz 23, *VSW-Aufnahmebedingungen*.

⁷³ RPW 2000/1, 12 ff., 14, *Berücksichtigung der Umsätze eines Schwesterunternehmens*.

Bei der SWICA Gesundheitsorganisation und Stiftung für ein erweitertes Versicherungsangebot der SWICA sowie bei allen übrigen SWICA-Gesellschaften (unter Ausnahme der ProVAG) sind der Vorstand, der Stiftungsrat und die Verwaltungsräte mit denselben Leuten besetzt. Eine die Zusammensetzung betreffende Abweichung von dieser Regel besteht bei der (inaktiven) Prima Krankenversicherung, indem deren Verwaltungsrat nur ein einziges Verwaltungsratsmitglied umfasst, nämlich Dr. Hans Ulrich Raggenbass, der bei allen anderen SWICA-Unternehmen jeweils als Vorstands-, Stiftungsrats- und Verwaltungsratspräsident amtiert. Weiter umfasst der Verwaltungsrat der (ebenfalls inaktiven) SWICA Management nur einen Präsidenten und einen Vizepräsidenten. Bei allen übrigen Gruppeunternehmen sind es jeweils 8 identische Verwaltungsrats-, Vorstands- oder Stiftungsratsmitglieder, wobei die Funktionen Präsident und Vizepräsident immer durch die beiden gleichen Personen ausgeübt werden.⁷⁴

Identisch sind auch die Geschäftsleitungen der SWICA Gesundheitsorganisation und der SWICA Krankenversicherung AG (insgesamt je 5 Mitglieder). Ihr gemeinsamer Generaldirektor, Reto Dahinden, amtiert überdies auch in der Stiftung für ein erweitertes Versicherungsangebot der SWICA, der SWICA Holding AG, der SWICA Versicherungen AG und der SWICA Management AG als Generaldirektor. Lediglich die *santémed* Gesundheitszentren AG hat eine andere Geschäftsleitung. Die inaktive Prima Krankenversicherung hat gar keine Geschäftsleitung.⁷⁵

37. Dass die sich nahtlos über fast alle Verwaltungen der jeweiligen Rechtssubjekte der SWICA-Organisation hinweg verwirklichende Personal- und Funktionsunion auch vorliegend ein effizientes Konzernierungsmittel darstellt, wird durch SWICA direkt bestätigt. Sowohl im Schreiben vom 26. Oktober 2011 wie auch in der Meldung vom 2. Februar 2012 bemerkte sie unter Verweis auf die ausgeprägten personellen Verflechtungen, dass die Unternehmen der SWICA-Organisation (unter Ausnahme der ProVAG) unter einheitlicher Leitung stehen würden.⁷⁶

38. Die einheitliche Leitung der SWICA-Organisation wird durch das „Organisations- und Geschäftsreglement SWICA“⁷⁷ vom 10. Dezember 2010 vertraglich geregelt und sichergestellt:⁷⁸

„Das vorliegende Organisations- und Geschäftsreglement definiert die Aufgaben des Verwaltungsrates, des Delegierten des Verwaltungsrates, der Geschäftsleitung sowie des Generalsekretärs innerhalb des SWICA-Konzerns in Ergänzung zu den gesetzlichen und statutarischen Vorschriften. Mit der Verpflichtung, allfällige Abweichungen oder Änderungen den übrigen Konzerngesellschaften unverzüglich schriftlich mitzuteilen, wird es aufgrund der massgeblichen Statuten / Stiftungsurkunde durch separaten Beschluss vom jeweiligen Verwaltungs- bzw. Stiftungsrat (nachfolgend „Verwaltungsrat“) folgender Gesellschaften erlassen.

- SWICA Gesundheitsorganisation
- Stiftung für ein erweitertes Versicherungsangebot SWICA
- SWICA Krankenversicherung AG
- SWICA Gesundheitszentren AG

- SWICA Versicherungen AG
- SWICA Holding AG
- SWICA Management AG
- PRIMA Krankenversicherung AG

Der Verwaltungsrat verpflichtet sich, allfällige Änderungen oder spezifische Regelungen den jeweils betroffenen Konzerngesellschaften unverzüglich schriftlich mitzuteilen. Eventuelle Änderungen sind vom Verwaltungsrat der jeweils betroffenen Konzerngesellschaft zu genehmigen und in einem Protokoll festzuhalten.“

39. Dass die SWICA Gesundheitsorganisation letztlich alle vorgenannten Rechtssubjekte – direkt oder indirekt – unter einheitlicher Leitung zusammenfasst, ergibt sich bereits aus dem SWICA Geschäftsbericht 2011, der unter dem Titel „Corporate Governance“ und dem Slogan „Sie wählen das oberste Organ“ folgendes ausführt:⁷⁹

„SWICA zeichnet sich durch eine nachhaltige Unternehmensführung im Sinne der Corporate Governance aus. Die SWICA Gesundheitsorganisation ist einzig den Interessen der Versicherten verpflichtet. Mit Eintritt in die obligatorische Grundversicherung ist ein Versicherter automatisch Mitglied des Vereins. Alle vier Jahre wählt die Gesamtheit der Vereinsmitglieder ihre Delegierten, welche sich alle zwei Jahre versammeln. Die wichtigste Aufgabe der Delegiertenversammlung ist die Wahl des Verwaltungsrats, dessen Mitglieder sie jeweils für eine Amtsperiode von vier Jahren wählt. Die Wahl der Verwaltungsratsmitglieder erfolgt in zwei Gruppen. Dies ermöglicht den Delegierten, alle zwei Jahre die Zusammensetzung des Verwaltungsrats neu zu disponieren. Für alle Angelegenheiten, die nicht per Gesetz oder per Statuten an die Delegiertenversammlung übertragen sind, ist der Verwaltungsrat zuständig. Dieser setzt die Konzernstrategie fest, überwacht die Einhaltung der finanziellen Leitlinien und nimmt weitere Aufgaben wahr. Die Aufgaben und Pflichten von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung sind im Geschäftsreglement geregelt.“

40. Die Konzernierung der SWICA-Organisation unter einheitlicher Leitung der SWICA Gesundheitsorganisation zeigt sich nicht zuletzt aber auch daran, dass alle Rechtssubjekte der SWICA-Organisation der Gruppenbesteuerung nach Mehrwertsteuergesetz⁸⁰ unterstehen und die SWICA Gesundheitsorganisation die Gruppenvertretung wahrnimmt.

⁷⁴ www.zefix.ch (2.10.2012).

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Act. n° 10, S. 1 und Act. n° 13, S. 8 f.

⁷⁷ Act. n° 28, S. 10 ff.

⁷⁸ Ibid, S. 10.

⁷⁹ SWICA Geschäftsbericht 2011 (Fn 65), S. 16.

⁸⁰ Bundesgesetz vom 12. Juni 2009 über die Mehrwertsteuer (MWSTG; SR 641.20).

41. Im Steuerrecht bildet der Konzern als Ganzes kein Steuersubjekt.⁸¹ Die juristisch unabhängigen Konzernunternehmen werden grundsätzlich selbständig besteuert.⁸² Das MWSTG kennt in der Möglichkeit der Gruppenbesteuerung jedoch eine Ausnahmeregelung (Art. 13 Abs. 1 MWSTG): „Rechtsträger mit Sitz oder Betriebsstätte in der Schweiz, die unter einheitlicher Leitung eines Rechtsträgers miteinander verbunden sind, können sich auf Antrag zu einem einzigen Steuersubjekt zusammenschliessen (Mehrwertsteuergruppe). In die Gruppe können auch Rechtsträger, die kein Unternehmen betreiben, und natürliche Personen einbezogen werden.“ Mit dieser (ausnahmsweisen) Gruppenbesteuerung wird der wirtschaftlichen Einheit des Konzerns Rechnung getragen, im Bereich Mehrwertsteuer besteht damit ein eigentliches Konzern-Steuerrecht.⁸³

42. Gemäss dem Merkblatt zur Gruppenbesteuerung der Eidg. Steuerverwaltung (nachfolgend: ESTV) lehnt sich die Steuerverwaltung bei der Beurteilung, ob ein Zusammenschluss von Unternehmen unter einheitlicher Leitung vorliegt, an den Konzernbegriff gemäss Art. 663e Abs. 1 OR an, wobei die Personalunion der Geschäftsleitung allein noch keine einheitliche Leitung darstellt.⁸⁴ Der Antragsteller auf Gruppenbesteuerung muss vielmehr neben der Personalunion noch weitere Interdependenzen zwischen den Gruppenunternehmen anführen, damit aus mehrwertsteuerrechtlicher Sicht – nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse – ein Zusammenschluss von Unternehmen unter einheitlicher Leitung bzw. ein Konzern vorliegt. Gemäss Art. 15 Mehrwertsteuerverordnung⁸⁵ liegt eine einheitliche Leitung vor, wenn durch Stimmenmehrheit, Vertrag oder auf andere Weise das Verhalten eines Rechtsträgers kontrolliert wird.

43. Wie sich ergibt, gewährte die ESTV der SWICA-Organisation auf ihren Antrag hin 1995 die Gruppenbesteuerung mit der SWICA Gesundheitsorganisation als Gruppenträger.⁸⁶ Die Hauptabteilung Mehrwertsteuer stellte damals fest, dass die SWICA Gesundheitsorganisation alle im damaligen Antrag aufgelisteten Rechtssubjekte direkt oder indirekt unter einheitlicher Leitung zusammenfasst.⁸⁷ Seither hat die Mehrwertsteuergruppe SWICA Gesundheitsorganisation der äusseren Form nach unverändert Bestand, allerdings sind in dieser Zeitspanne Gruppenmitglieder ausgetreten oder neue dazugekommen.⁸⁸ Die letzte Veränderung erfuhr die Mehrwertsteuergruppe SWICA Gesundheitsorganisation rückwirkend per 1. Januar 2012 mit der Aufnahme der ProVAG.⁸⁹ Aktuell umfasst die Mehrwertsteuergruppe SWICA Gesundheitsorganisation alle Rechtssubjekte gemäss Organigramm Rz 6 vorstehend, mit Ausnahme der PROVITA, deren Übernahme noch nicht vollzogen worden ist.

44. Der animus societatis bzw. die Interessenparallelität zwischen den „Konzernzweigen“ zeigt sich im konkreten Geschäft schliesslich darin, dass [...] von der SWICA Krankenversicherung AG und der SWICA Holding AG *gemeinsam* auf dem Briefpapier der SWICA Gesundheitsorganisation, Generaldirektion, unter der gemeinsamen Konzern- bzw. Dachmarke SWICA geleistet wurde.⁹⁰ [...].⁹¹

45. Somit ist als erstes Zwischenergebnis festzuhalten, dass die SWICA-Organisation gemäss Organigramm Rz 6 vorstehend einen einzigen Konzern im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG unter der tatsächlichen Leitung der SWICA Gesundheitsorganisation darstellt.

46. Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich auch, dass die SWICA Gesundheitsorganisation als herrschendes Unternehmen im SWICA Konzern Verfügungsadressatin im materiellen Sinne ist. Der SWICA Krankenversicherung AG und der SWICA Holding AG kommen aufgrund ihrer vorstehend aufgezeigten Konzernzugehörigkeit folglich keine eigenständige Parteistellung zu. Da aber ihr Verhalten im Zusammenhang mit der Übernahme der ProVAG und der PROVITA vorliegend untersucht wird, werden diese Gesellschaften durch die Anordnungen in dieser Verfügung unmittelbar in ihren Interessen berührt. Die Verfügung ist ihnen daher als Adressatinnen im formellen Sinne zu eröffnen.

B.2 Meldepflicht

47. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der WEKO zu melden, falls die beteiligten Unternehmen die Schwellenwerte nach Art. 9 Abs. 1 KG erreichen.

48. Gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG ist ein Unternehmenszusammenschluss „jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen“. Ein Kontrollerwerb kann in einem oder mehreren Schritten erfolgen.⁹² Mehrere zusammenhängende Transaktionen können je nach den Umständen im konkreten Einzelfall wirtschaftlich gesehen daher einen einzigen oder mehrere Zusammenschlüsse darstellen.⁹³ Bilden mehrere zusammenhängende Transaktionen einen einzigen Zusammenschluss wird von voneinander abhängigen Transaktionen gesprochen. Bei einem solchen Vorgang sind für die Frage, ob Meldepflicht gemäss Art. 9 KG besteht, die Umsätze aller an diesen Transaktionen beteiligten Unternehmen zusammenzuzählen.

⁸¹ VON BÜREN (Fn 58), 450.

⁸² Ibid, 446.

⁸³ Ibid, 461.

⁸⁴ Eidgenössische Steuerverwaltung, MWST-Info 03 Gruppenbesteuerung, 605.525.03, 7, <www.estv.admin.ch/mwst/dokumentation/00130/00947/00948/index.html?lang=de> (2.10.2012).

⁸⁵ Mehrwertsteuerverordnung vom 27. November 2009 (MWSTV; SR 641.201).

⁸⁶ Vgl. Act. n° 25–32.

⁸⁷ Act. n° 30, Bewilligung Gruppenbesteuerung SWICA, S. 3.

⁸⁸ Vgl. Act. n° 29–32.

⁸⁹ Act. n° 28, S. 28.

⁹⁰ Act. n° 24, S. 88.

⁹¹ Ibid.

⁹² MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 4 Abs. 3 KG N 446.

⁹³ Ibid, Art. 4 Abs. 3 KG N 433.

49. Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass der Erwerb von 100 % der Aktien an der ProVAG durch die SWICA Holding AG einen Kontrollerwerb im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG darstellt. Umstritten ist dagegen, ob die am 26. September 2011 vollzogene ProVAG-Transaktion vorab meldepflichtig war oder nicht.

50. Die Meldepflicht für die ProVAG-Transaktion ergibt sich, sofern SWICA einen einzigen Konzern darstellt und die Transaktionen PROVITA und ProVAG voneinander abhängige Transaktionen sind, mithin im vor- und nachstehend erläuterten Sinne gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG einen einzigen Zusammenschluss darstellen und die Umsätze bzw. Bruttoprämieneinnahmen der PROVITA und der ProVAG folglich zusammenzuzählen sind.

51. Zwei oder mehr Transaktionen gelten als voneinander abhängig und ein einziger Zusammenschluss, wenn die verschiedenen Transaktionen „eine wirtschaftliche Einheit darstellen“⁹⁴. In der Formulierung des Europäischen Gerichts stellen zwei oder mehr Transaktionen einen Zusammenschluss dar, wenn sie nach Massgabe der wirtschaftlichen Realität und dem verfolgten wirtschaftlichen Zweck im Einzelfall „einen einheitlichen Charakter“⁹⁵ haben. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die eine Transaktion nicht ohne die andere durchgeführt worden wäre bzw. werden würde.⁹⁶ Bei solchen Vorgängen wird die Änderung der Marktstruktur durch die Gesamtheit der Transaktionen bewirkt. Die gegenseitige Abhängigkeit kann sich dabei aus einer (impliziten) rechtlichen und/oder tatsächlichen Verbundenheit ergeben.⁹⁷

52. „Die Transaktionen sind rechtlich miteinander verbunden, wenn die Transaktionen selbst bzw. die ihnen zugrunde liegenden Vereinbarungen sich gegenseitig bedingen.“⁹⁸ Der Aktienkaufvertrag, der die Transaktionen ProVAG und PROVITA umfasst, mithin als solcher bereits formell die Verbundenheit dieser Transaktionen dokumentiert,⁹⁹ bestimmt unter Ziff. II.C.2. folgendes:¹⁰⁰

„Die beiden Transaktionen A und B hängen zwingend zusammen und bedingen sich gegenseitig.“

Bereits diese klar gefasste Vertragsklausel bringt die rechtliche Verbundenheit und gegenseitige Bedingtheit der Transaktionen ProVAG (Transaktion A) und PROVITA (Transaktion B) unzweideutig zum Ausdruck. Gemäss SWICA sollte diese Klausel denn auch einem „späteren Reuig (sic) werden“¹⁰¹ der PROVITA vorbeugen. „Es sollte daher mit dieser Klausel im Vertrag klar zum Ausdruck gebracht werden, dass die Transaktionen zusammenhängen und die PROVITA Holding AG nicht aus der Transaktion aussteigen kann, ohne die unmittelbaren Auswirkungen auf die Transaktion A mitzubewerkstelligen.“¹⁰² Dass in diesem Sinne nur beide oder dann keine der Transaktionen stattfinden sollen, kommt auch im „Positionspapier zur Übernahme von PROVITA“, das dem Verwaltungsrat der SWICA Holding AG als Entscheidungsgrundlage betreffend „Übernahme PROVITA“ diente,¹⁰³ zum Ausdruck, gemäss welchem:¹⁰⁴

„[...]“

53. [...]“¹⁰⁵ Offensichtlicher wirtschaftlicher Zweck der Übernahme dieser zwei Gesellschaften ist aber letztlich die Übernahme des gesamten Versicherungsgeschäfts der Verkäuferin.¹⁰⁶ Bei der Verkäuferin bezweckt/e die

übernommene ProVAG die Durchführung des Zusatzversicherungsgeschäfts nach Versicherungsvertragsgesetz¹⁰⁷ und die noch zu übernehmende PROVITA die Durchführung der sozialen Krankenversicherung nach dem KVG¹⁰⁸.

54. Die PROVITA und die ProVAG wurden/werden durch zwei verschiedene Konzerngesellschaften der SWICA übernommen. Das ändert nichts an der Verbundenheit der beiden Transaktionen. Aufgrund des funktionalen Unternehmensbegriffs des KG fällt der Konzern als Ganzes unter den Geltungsbereich des KG, wenn Konzerngesellschaften mit Dritten in Kontakt treten. Bei einem Konzernsachverhalt sind nicht die Konzerngesellschaften, sondern ist der Konzern das Unternehmen im Sinne des KG. Im Ergebnis erwirbt der SWICA-Konzern Kontrolle über die PROVITA und ProVAG.¹⁰⁹

55. Aufgrund des Vorgesagten ist erstellt, dass die Transaktionen PROVITA und ProVAG voneinander abhängige Transaktionen sind mit der Folge, dass sie im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG einen einzigen Zusammenschluss darstellen und die Umsätze bzw. Bruttoprämieneinnahmen der PROVITA und der ProVAG zusammenzuzählen sind. Als am Zusammenschluss ProVAG und PROVITA im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU beteiligte Unternehmen überschreiten sie gemeinsam den Schwellenwert von mindestens 100 Millionen Franken gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG.¹¹⁰

56. Die SWICA Holding AG als ebenfalls an der ProVAG-Transaktion beteiligtes Unternehmen im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU überschreitet den vorgenannten Schwellenwert von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG, weil gemäss Art. 5 Abs. 1 VKU dazu der gesamte Konzernumsatz von SWICA zu berücksichtigen ist.¹¹¹ Aus demselben Grund erreichen die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen schliesslich auch insgesamt den Schwellenwert von mindestens 500 Millionen Franken gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG.¹¹²

⁹⁴ RPW 2004/2, 529 ff. Rz 33, *Berner Zeitung AG/20 Minuten (Schweiz) AG*.

⁹⁵ Urteil des EuG vom 23.2.2006 T-282/02 *Cementbouw Handel & Industrie BV/Kommission*, Slg. 2006 II-319 Rz 105 f.

⁹⁶ *Ibid.*, Rz 106.

⁹⁷ BSK KG-REINERT (Fn 92), Art. 4 Abs. 3 KG N 447 ff.

⁹⁸ *Ibid.*, Art. 4 Abs. 3 KG N 449; mit Verweis auf EG-Mitteilung zu Zuständigkeitsfragen (siehe nachfolgend Fn 109), Rz 43.

⁹⁹ *Ibid.*, Art. 4 Abs. 3 KG N 474 ff.; mit weiteren Hinweisen.

¹⁰⁰ Act. n° 1, S. 15.

¹⁰¹ Act. n° 24, S. 7.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ *Ibid.*, S. 74 f.

¹⁰⁴ Act. 28, S. 20 f.

¹⁰⁵ *Ibid.*, S. 21.

¹⁰⁶ Vgl. dazu RPW 2000/2, 257 ff. Rz 14, *Unternehmung X / C-AG und D-AG*.

¹⁰⁷ Act. n° 13, S. 7; Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (VVG; SR 221.229.1).

¹⁰⁸ *Ibid.*, S. 8.

¹⁰⁹ Vgl. dazu Berichtigung der Konsolidierten Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss der Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (ABl. C 95 vom 16.4.2008), ABl. C 43 vom 21.02.2009 S. 10 ff., Rz 50.

¹¹⁰ Vgl. dazu Rz 6, Tabelle 1.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Ibid.*

57. Hierzu ist erklärend zu erläutern, dass mit der Zusammenschlusskontrolle die Veränderung der Marktstruktur, die ein Zusammenschlussvorhaben mit sich zieht, beurteilt werden soll. Die „effektive Marktmacht und das Marktpotential eines Unternehmens“¹¹³ kann bei einem gegebenen Konzernsachverhalt aber nur beurteilt werden, wenn der Konzern als Ganzes in die Betrachtung miteinbezogen wird. Ziel von Art. 5 Abs. 1 VKU ist daher, eine Konzernbetrachtung bzw. die Erfassung der „Gesamtheit der wirtschaftlichen Ressourcen“¹¹⁴ zu erreichen. Folglich ist bei der Umsatzberechnung „der gesamte Umsatz des Konzerns [zu berücksichtigen], dem die beteiligte Gesellschaft angehört“¹¹⁵. Massgeblich für die Anwendung von Art. 5 Abs. 1 VKU ist somit letztlich der Grundsatz der wirtschaftlichen Einheit.¹¹⁶ In diesem Sinne ausdrücklich DUCREY: „Der Umsatz eines beteiligten Unternehmens umfasst neben denjenigen aus eigener Geschäftstätigkeit die Umsätze der mit ihm in einer wirtschaftlichen Einheit bzw. in einem Konzern „verbundenen Unternehmen“ (VKU 5 I).“¹¹⁷

58. Aus dem Vorgesagten folgt, dass die Konzernbetrachtungen nach Art. 5 Abs. 1 VKU und nach Art. 2 KG letztlich zum gleichen Ergebnis führen sollten. Bei beiden findet der Grundsatz der wirtschaftlichen Einheit Anwendung. Somit sollte der Konzern, der sich aus dem beteiligten Unternehmen nach Art. 3 Abs. 1 VKU und den mit diesem verbundenen Unternehmen nach Art. 5 Abs. 1 VKU ergibt, mit dem Konzern übereinstimmen, der sich aufgrund einer Betrachtung einer Unternehmensgruppe nach Art. 2 KG ergibt. Bezeichnend hierzu VON BÜREN unter Verweis auf Art. 5 VKU:¹¹⁸

„Die Behandlung des Konzerns als eine selbständige wirtschaftliche Einheit kommt etwa bei der Beurteilung der fusionskontrollrechtlichen Meldepflicht zum Ausdruck, bei welcher die Umsätze der Tochter-, Schwester-, Mutter- und Gemeinschaftsunternehmen dem am Zusammenschluss beteiligten Konzernunternehmen hinzugerechnet werden.“

59. Somit haben sich die „verbundenen Unternehmen“ gemäss Art. 5 Abs. 1 VKU, die bei der Schwellenwertberechnung mitzubeherrschenden sind, bereits aus vorstehender Betrachtung von SWICA als Konzern ergeben.¹¹⁹

60. Davon unbesehen hat ein Unternehmen bei einem anderen die in Art. 5 Abs. 1 Bst. a VKU genannten Rechte, wenn es „auf andere Weise das Recht hat, die Geschäfte des Unternehmens zu führen.“ Dieses Recht beinhaltet sämtliche Rechte aus Gesellschafts- oder Vertragsrecht, die deren Inhaber ein Recht (und nicht nur die Möglichkeit) verleihen, die Geschäfte der betreffenden Gesellschaft zu führen oder zumindest über strategische Entscheide der betreffenden Gesellschaft zu bestimmen.¹²⁰ Ein solches Recht wird der SWICA Gesundheitsorganisation gegenüber allen übrigen SWICA Konzernunternehmen durch das „Organisations- und Geschäftsreglement SWICA“ verliehen.¹²¹

61. Zusammenfassend stellen die Transaktion ProVAG und PROVITA voneinander abhängige Transaktionen und damit im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG einen einzigen Zusammenschluss dar. Deswegen und aufgrund des Konzernsachverhalts auf Seiten von SWICA werden die Schwellenwerte von Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b i.V.m. Abs. 3 KG erreicht. Der Zusammenschluss,

umfassend die Transaktion ProVAG und PROVITA, ist somit meldepflichtig.

62. Eine beide Transaktionen umfassende Meldung hätte vor dem Vollzug der ProVAG-Übernahme am 26. September 2011¹²² eingereicht werden müssen (Art. 4 Abs. 3 Bst. b und Art. 9 KG).

63. Art. 9 Abs. 1 VKU bestimmt, wer meldepflichtig ist. Danach ist der Zusammenschluss bei der Erlangung der Kontrolle durch dasjenige Unternehmen zu melden, welches die Kontrolle erlangt (Bst. b). Im vorliegenden Fall trifft somit die SWICA Holding AG und SWICA Krankenversicherung AG bzw. letztlich die SWICA Gesundheitsorganisation als herrschendes Unternehmen des SWICA Konzerns die Meldepflicht.

B.3 Sanktion

64. Gemäss Art. 51 Absatz 1 KG wird ein Unternehmen, welches einen meldepflichtigen Zusammenschluss ohne Meldung vollzieht, mit einer Verwaltungsstrafe belegt.

65. Vollzogen ist ein Zusammenschluss mit der Möglichkeit, bestimmenden Einfluss auf das zu übernehmende Unternehmen zu haben.¹²³ Vorliegend erfolgte der Kontrollerwerb mit Vollzug des Aktienkaufvertrags zwischen SWICA Holding AG und ProVAG am 26. September 2011.¹²⁴ Die ProVAG-Transaktion wurde aber erst am 2. Februar 2012 gemeldet. Der Tatbestand, wonach ein meldepflichtiger Zusammenschluss ohne Meldung vollzogen wurde, ist deshalb erfüllt.

66. Dass SWICA bei der Aufsetzung des Aktienkaufvertrags sich mit der Meldepflicht gegenüber der WEKO eingehend auseinandergesetzt und daher nicht in Unkenntnis von Art. 9 KG gehandelt hat, vermag diese Pflichtverletzung nicht zu rechtfertigen. Hier nicht weiter relevant ist auch der Umstand, dass SWICA die ProVAG-Transaktionen zu keinem Zeitpunkt verheimlichen wollte. Des Weiteren kann sich SWICA auch nicht darauf berufen, gutgläubig angenommen zu haben, sie habe den Zusammenschluss am 19. September 2011 bereits korrekt gemeldet und deswegen die ProVAG-Transaktion am 26. September 2011 vollziehen können. Mit Schreiben vom 21. September 2011 hat das Sekretariat SWICA die Prüfung der Meldung auf ihre Vollständigkeit hin bis zum 30. September 2011 in Aussicht gestellt, worauf am 28. September 2011 die Unvollständigkeit der Meldung (auch hinsichtlich Angaben zur ProVAG-Transaktion) mitgeteilt wurde. Es kommt hinzu, dass im Vorfeld des Zusammenschlusses die Möglichkeit und die Zeit bestanden hätten, sich betreffend Meldepflicht der Transaktionen ProVAG und PROVITA durch das Sekretariat informell beraten zu lassen.

¹¹³ BORER (Fn 46), Art. 9 KG N 9.

¹¹⁴ BSK KG-REINERT (Fn 92), Art. 9 KG N 196.

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ RPW 2000/1, 12 ff., 14, *Berücksichtigung der Umsätze eines Schwesterunternehmens*.

¹¹⁷ PATRICK DUCREY, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, V/2 Kartellrecht, von Büren/David (Hrsg.), 2000, 252.

¹¹⁸ VON BÜREN (Fn 58), 470.

¹¹⁹ Siehe Rz 23 ff. vorstehend.

¹²⁰ BSK KG-REINERT (Fn 92), Art. 9 KG N 217.

¹²¹ Siehe Rz 38 ff. vorstehend.

¹²² Act. n° 24, S. 6.

¹²³ RPW 2002/3, 524 ff. Rz 26 ff., *Zusammenschluss Schweizerische National-Versicherungs-Gesellschaft/Coop Leben*.

¹²⁴ Act. n° 24, S. 6.

67. Für die Erfüllung des Tatbestandes gemäss Art. 51 Abs. 1 KG ist grundsätzlich irrelevant, aus welchen Gründen die Meldung unterblieben ist. Verschulden im eigentlichen Sinne ist nicht Tatbestandsvoraussetzung für das Aussprechen einer Verwaltungssanktion. Jedoch bedarf es zu dessen Erfüllung einer objektiven Vorwerfbarkeit in dem Sinne, dass dem Unternehmen zumindest eine Sorgfaltspflichtverletzung bzw. ein Organisationsverschulden zur Last gelegt werden kann.¹²⁵ Das Handeln der Mitarbeitenden ist dem Unternehmen grundsätzlich zuzurechnen.¹²⁶ Zu beachten ist schliesslich, dass Verwaltungssanktionen nach Art. 51 KG nicht nur bei Vorsatz, sondern bereits bei Fahrlässigkeit ausgesprochen werden können.¹²⁷

68. Die SWICA hat sich gemäss eigenen Aussagen im Vorfeld der Übernahmen von ProVAG und PROVITA ausführlich mit der Meldung von Zusammenschlussvorhaben gemäss Art. 9 KG auseinandergesetzt. Sie war sich mit anderen Worten der Meldepflicht eines Kontrollerwerbs, der die Schwellenwerte von Art. 9 Abs. 1 KG überschreitet, grundsätzlich bewusst. Ein Unternehmen muss sich aber so organisieren können, dass keine Rechtsverletzungen begangen werden.¹²⁸ Die Tatsache, dass die ProVAG-Transaktion der WEKO nicht (rechtzeitig) gemeldet wurde, ist daher ein dem SWICA-Konzern zuzurechnendes Organisationsverschulden, durch das sich eine vorwerfbare Sorgfaltspflichtverletzung im obengenannten Sinne verwirklicht hat.

69. Aufgrund der vorstehender Erwägungen ist eine Verwaltungssanktion auszusprechen. Der Antrag der SWICA, auf eine Verwaltungssanktion ganz zu verzichten, wird daher abgewiesen.

B.3.1 Bemessung der Sanktion

70. Für einfache Verstösse sieht Art. 51 Abs. 1 KG eine Busse im Betrag bis zu einer Million Franken vor.

71. Innerhalb dieses abstrakten Sanktionsrahmens steht der WEKO bei der Festlegung der konkreten Sanktion ein erheblicher Ermessensspielraum zu.¹²⁹ Es ist den Umständen des Einzelfalls und den allgemeinen Grundsätzen der Verhältnismässigkeit und der Gleichbehandlung Rechnung zu tragen. Die Höhe der Verwaltungssanktion ist so zu bemessen, dass sie für das betroffene Unternehmen spürbar ist.¹³⁰

72. Neben der Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung berücksichtigt die WEKO bei der konkreten Sanktionsbemessung insbesondere folgende Kriterien:¹³¹

- die Bedeutung des die Meldepflicht verletzenden Unternehmens auf dem Markt (Kriterium I);
- die potenzielle Gefahr des Zusammenschlussvorhabens für den Wettbewerb; eine solche würde bejaht, wenn betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegen würden (gemeinsamer Marktanteil von mehr als 20 % bzw. Marktanteil eines beteiligten Unternehmens von mehr als 30 %) (Kriterium II);
- die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs durch das Zusammenschlussvorhaben im Sinne von Art. 10 Abs. 2 KG (Kriterium III).

73. Im Entscheid Curti & Co. AG¹³² stellte die WEKO zur Berechnung des Kriteriums I auf den in der Schweiz durch das meldepflichtige Unternehmen erzielten Jahresumsatz ab. Sie folgte dabei der Konzeption des KG, welches bei der Berechnung der Schwellenwerte von Art. 9 Art. 1 KG ebenfalls auf den Umsatz abstellt.¹³³ In Anbetracht der maximalen Sanktion von CHF 1 Mio. erachtete die WEKO sodann einen Basisbetrag von 0,1 Promille des Jahresumsatzes, maximal aber CHF 300'000.--, als angemessen.¹³⁴ Je nach Zutreffen der Kriterien II und III oder nicht kann die tatsächlich ausgefallte Busse am Ende deutlich höher oder tiefer als dieser Basisbetrag sein.

74. Vorliegend ist zusätzlich zu berücksichtigen, dass bei Versicherungsgesellschaften an Stelle des Umsatzes die jährlichen Bruttoprämieneinnahmen treten (Art. 9 Abs. 3 KG). In einem Konzernverhältnis ist das herrschende Unternehmen stellvertretend für den Konzern meldepflichtig (Art. 9 Abs. 1 Bst. b VKU). Der vorliegend relevante Konzernumsatz 2010 von SWICA (einschliesslich der konzernweiten Bruttoprämieneinnahmen) beträgt CHF 2'802'639'309.--.¹³⁵ Daraus errechnet sich für das Kriterium I ein Basisbetrag von CHF 280'264.--.

75. Kriterium II bezieht sich auf die potenzielle Gefahr des Zusammenschlusses für den Wettbewerb. Die nicht gemeldete ProVAG-Transaktion bezog sich einzig auf den Markt für Krankenpflegezusatzversicherung nach VVG und es fehlte an betroffenen Märkten im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU,¹³⁶ weshalb zu keinem Zeitpunkt eine potenzielle Gefahr für den Wettbewerb bestand. Dieser Umstand wirkt sich mindernd auf die Verwaltungssanktion aus. Der Betrag gemäss Kriterium I von CHF 280'264.-- ist deshalb um 50 % auf CHF 140'132.-- zu reduzieren.

76. Kriterium III stellt auf die Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Art. 10 Abs. 2 KG ab. Da es bei der ProVAG-Transaktion an einem betroffenen Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU offensichtlich fehlt, kann diese Übernahme a fortiori weder zu einer Begründung noch zu einer Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung führen. Diese Tatsache wirkt sich wiederum vermindernd auf die Verwaltungssanktion aus, weshalb der Betrag um weitere 50 % auf CHF 70'066.-- zu reduzieren ist.

¹²⁵ CHRISTOPH TAGMANN/BEAT ZIRLICK, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (Hrsg.), 2010, Art. 51 KG N 21.

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ BORER (Fn 46), Art. 49a KG N 13.

¹²⁸ Ibid, N 10.

¹²⁹ BSK TAGMANN/ZIRLICK (Fn 125), Art. 51 KG N 25.

¹³⁰ RPW 1998/4, 613 ff. Rz 27, Curti & Co. AG.

¹³¹ Ibid, Rz 27 ff.

¹³² Ibid.

¹³³ Ibid, Rz 30.

¹³⁴ Ibid, Rz 31.

¹³⁵ Vgl. dazu Rz 6, Tabelle 1 und Fn 16-19.

¹³⁶ Act. n° 17.

77. Neben diesen Kriterien I-III ist – wie vorstehend bereits erwähnt – aber insbesondere auch die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung an sich zu würdigen. Hierbei werden im Einzelfall vorhandene subjektive Elemente, wie z.B. der gute Glaube des meldenden Unternehmens, wertend betrachtet.¹³⁷

78. Wie sich aus Ziff. II B. 5. des Aktienkaufvertrages vom 7. / 9. September 2011¹³⁸ ergibt, hat sich die SWICA grundsätzlich mit der Meldepflicht von Zusammenschlussvorhaben gegenüber der WEKO auseinandergesetzt, aber fälschlicherweise geschlossen, dass nur die PROVITA-Transaktion meldepflichtig ist. Der SWICA, die weder im Unternehmenszusammenschlussverfahren noch im Sanktionsverfahren anwaltlich vertreten war, ist dabei zugute zu halten, dass es sich ohne besondere kartellrechtliche Erfahrung schwierig gestalten kann zu beurteilen, ob mehrere Transaktionen im Sinne einer wirtschaftlichen Einheit einen einzigen Zusammenschluss oder doch mehrere Zusammenschlüsse darstellen. Die Meldepflicht der ProVAG-Transaktion ergab sich aber gerade aus dem Umstand, dass die Transaktionen ProVAG und PROVITA voneinander abhängige Transaktionen sind, mithin im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG einen einzigen Zusammenschluss darstellen und die Umsätze bzw. Bruttoprämieneinnahmen der PROVITA und der ProVAG folglich zusammenzuzählen sind. Es kommt hinzu, dass der Umstand, dass im vorgenannten Aktienkaufvertrag beide Transaktionen geregelt sind, dazu führte, dass die WEKO unweigerlich auch Kenntnis der ProVAG-Transaktion erhalten hat. Offensichtlich war es zu keinem Zeitpunkt die Absicht der SWICA, die ProVAG-Transaktion zu verheimlichen. Vielmehr ging sie aus eigener Wahrnehmung gutgläubig davon aus, dass die ProVAG-Transaktion als solche schlicht nicht der Meldepflicht gemäss Art. 9 KG untersteht.

79. In Anbetracht dieser subjektiven Elemente ist die fahrlässige Sorgfaltspflichtverletzung als geringfügig zu qualifizieren. Eine weitere Kürzung der Sanktion um rund die Hälfte auf CHF 35'000.-- erscheint angemessen.

80. In Berücksichtigung obiger Ausführungen und unter Würdigung aller Umstände und aller genannten sanktionsmildernden Faktoren erachtet die WEKO eine Verwaltungsanktion in Höhe von CHF 35'000.-- als dem Verstoss von SWICA gegen Art. 51 Abs. 1 KG angemessen.

C Kosten

81. Nach Art. 2 Abs. 1 Gebührenverordnung KG¹³⁹ ist gebührenpflichtig, wer dasungsverfahren verursacht hat. Als Verursacher im vorliegenden Verfahren gilt die meldepflichtige Unternehmung, somit SWICA Gesundheitsorganisation.¹⁴⁰

82. Art. 3 Abs. 2 GebV-KG (Gebührenfreiheit) findet im vorliegenden Verwaltungsanktionsverfahren keine Anwendung. Die Verfügungsadressatin ist daher gebührenpflichtig.

83. Die Gebührenbemessung richtet sich nach Art. 4 Abs. 1 und 2 GebV-KG. Auslagen für Porti sowie Telefon- und Kopierkosten sind in dieser Gebühr eingeschlossen (Art. 4 Abs. 4 GebV-KG).

84. Demnach wird die Gebühr auf CHF 3'750.-- festgesetzt.

D Ergebnis

85. Gemäss Aktienkaufvertrag vom 7. bzw. 9. September 2011 übernimmt die SWICA Krankenversicherung AG 100 % der Aktien der PROVITA Gesundheitsversicherung AG und die SWICA Holding AG 100 % der Aktien der ProVAG Versicherungen AG von der PROVITA Holding AG. Die SWICA Krankenversicherung AG und die SWICA Holding AG sind Konzerngesellschaften des SWICA Konzerns, der unter der Leitung der SWICA Gesundheitsorganisation steht. Während die ProVAG-Transaktion bereits am 26. September 2011 vollzogen wurde, ist der Vollzug der PROVITA-Transaktion erst für das Jahr 2014 vorgesehen. Obwohl der Kontrollwerb in zwei Schritten erfolgt, handelt es sich dabei – aufgrund der in der Zusammenschlusskontrolle massgeblichen wirtschaftlichen Betrachtungsweise – im Ergebnis nur um einen einzigen Zusammenschluss. Die Transaktionen ProVAG und PROVITA sind von voneinander abhängige Transaktionen, mittels welcher die Übernahme des gesamten Versicherungsgeschäfts der PROVITA Holding AG bezweckt wird. Bei einem solchen eine wirtschaftliche Einheit bildenden Vorgang sind für die Frage, ob Meldepflicht gemäss Art. 9 KG besteht, die Umsätze aller an diesen beiden Transaktionen beteiligten Unternehmen entsprechend den Vorgaben von Art. 3 und 5 VKU zusammenzuzählen. Dies hat zur Folge, dass der vorliegende Zusammenschluss die Schwellenwerte von Art. 9 Abs. 1 Bst. a und b i.V.m. Abs. 3 KG überschreitet und daher meldepflichtig ist. Es ergibt sich weiter, dass die Übernahme der ProVAG Versicherungen AG im Zeitpunkt ihres Vollzuges der WEKO nicht gemeldet war und die SWICA Gesundheitsorganisation als meldepflichtiges Unternehmen im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. b VKU die Meldepflicht verletzt hat. Die SWICA Gesundheitsorganisation ist daher gemäss Art. 51 Abs. 1 KG zu sanktionieren.

¹³⁷ RPW 2002/3, 524 ff. Rz 60, *Zusammenschluss Schweizerische National-Versicherungs-Gesellschaft/Coop Leben*.

¹³⁸ Act. n° 1, S. 14.

¹³⁹ Verordnung vom 25.2.1998 über die Gebühren zum Kartellgesetz (Gebührenverordnung KG, GebV-KG; SR 251.2).

¹⁴⁰ Vgl. dazu auch Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 329 E. 4.5, *Publigroupe SA und Mitbeteiligte/WEKO*. Danach sind die Verfahrenskosten dem materiellen Verfügungsadressaten (hier: SWICA Gesundheitsorganisation), der durch das Verfügungsdispositiv verpflichtet wird, aufzuerlegen.

E Dispositiv

Aufgrund des Sachverhalts und der vorangehenden Erwägungen verfügt die Wettbewerbskommission:

1. Die SWICA Gesundheitsorganisation wird wegen Verletzung der Meldepflicht gemäss Art. 51 Abs. 1 KG verpflichtet, eine Verwaltungssanktion von CHF 35'000.-- zu bezahlen.

2. Die Verfahrenskosten von insgesamt 3'750.-- Franken werden der SWICA Gesundheitsorganisation auferlegt.
3. Die Verfügung ist zu eröffnen an:
 - SWICA Gesundheitsorganisation, in Winterthur
 - SWICA Holding AG, in Winterthur
 - SWICA Krankenversicherung AG, in Winterthur

[Rechtsmittelbelehrung]

B 2.3

2. Swisscom (Schweiz) AG/Telecom Liechtenstein AG

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 14. November 2012

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 14. November 2012

A Sachverhalt

1. Am 15. Oktober 2012 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt Swisscom (Schweiz) AG (nachfolgend: Swisscom) 75 % des Aktienkapitals der Telecom Liechtenstein AG (nachfolgend: TLI) zu erwerben.

A.1 Verfahrensbeteiligte und Vorhaben**A.1.1 Verfahrensbeteiligte**

2. Swisscom ist eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft gemäss dem Bundesgesetz über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes vom 30. April 1997 (TUG; SR 784.11) und Muttergesellschaft einer Telekommunikations-Gruppe, die insbesondere in den Bereichen Festnetztelefonie, Mobiltelefonie, IT und Internet tätig ist. Sie betreibt als Telekommunikationsanbieterin in der ganzen Schweiz ein mobiles Funknetz und als Grundversorgungskonzessionärin ein im Anschlussnetz auf dem Kupferkabel basierendes Festnetz. Im Transit- und Regionalnetz verfügt Swisscom über ein glasfaserbasiertes Netz. Im Anschlussbereich baut Swisscom derzeit mit verschiedenen Elektrizitätsversorgungsunternehmen ein Glasfasernetz im Anschlussbereich auf.

3. TLI ist eine Aktiengesellschaft nach Liechtensteinischem Recht mit Sitz in Vaduz (FL). Sie ist Telekommunikationsgrundversorgerin in Liechtenstein und bietet in diesem Bereich Produkte und Dienstleistungen für Privat- und Geschäftskunden an. Die TLI bietet zudem selbst und über ihr Tochterunternehmen Deep AG Produkte und Lösungen für KMU in der Schweiz an. Telecom Liechtenstein ist zudem an der Unitis AG (Treuhandgesellschaft) beteiligt. TLI befindet sich derzeit in hundertprozentigem Eigentum des Fürstentum Liechtenstein.

A.1.2 Vorhaben

4. Vor dem Vollzug des Aktienkaufvertrages wird TLI von der Liechtensteinischen Kraftwerk AG (LKW) die passive Netzinfrastruktur (gesamtes Core-Netz inklusive Rohranlagen, Kupfer- sowie Glas-Access-Netz inklusive Rohranlagen und Schächte) und damit deren reguliertes Grosshandelsgeschäft übernehmen. Hingegen werden die Deep AG mit Sitz in Chur, das HFC-Netz inklusive

Aktivkomponenten, dazugehörige Kunden und Produkte sowie die nicht betriebsnotwendigen Mittel nicht Gegenstand des Zusammenschlussvorhabens sein.¹ Es ist beabsichtigt, diese Vermögenswerte vor dem Vollzug des Aktienkaufvertrages aus der TLI auszugliedern.

5. An der so neustrukturierten TLI plant Swisscom eine Mehrheitsbeteiligung von 75 % des Aktienkapitals zu übernehmen.² Die Minderheitsbeteiligung von 25 % verbleibt beim FL. Mit der Übernahme der Aktienmehrheit erlangt Swisscom somit die operative und strategische Führung einschliesslich Netz- und Produkthoheit über TLI, wobei durch einen Aktionärsbindungsvertrag dem FL ein weitgehender Missbrauchsschutz eingeräumt werden soll.³

6. [...]

7. [...]

8. Mit dem Übergang der Aktienmehrheit der TLI an Swisscom soll das Ziel des FL einer zeitgemässen Grundversorgung im Bereich des liechtensteinischen Telekommunikationsmarktes gesichert und die gute Erreichbarkeit von Privatpersonen und Unternehmen in Liechtenstein sichergestellt werden.⁴ Swisscom beabsichtigt mit dem Kauf der Aktienmehrheit der TLI, ihre Marktleistung in der Schweiz auf Liechtenstein auszuweiten.⁵

A.2 Verfahren

9. Mit Schreiben vom 27. September 2012 reichte Swisscom eine Beratungsanfrage und einen Meldungsentwurf betreffend das Zusammenschlussvorhabens Swisscom (Schweiz) AG/Telecom Liechtenstein AG ein.⁶ Mit der Beratungsanfrage wollte Swisscom wissen, ob für das Zusammenschlussvorhaben eine Meldepflicht im Sinne von Art. 9 Abs. 4 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz; KG; SR 251) bestehe und falls ja, ob eine erleichterte Meldung eingereicht werden könne.⁷ Mit Schreiben vom 28. September 2012 bestätigte das Sekretariat der WEKO den Eingang des Meldungsentwurfs.⁸

¹ Meldung vom 15. Oktober 2012 (act. 4), Beilage 4, S. 3 f.

² Meldung vom 15. Oktober 2012 (act. 4), Beilage 4, S. 4.

³ Meldung vom 15. Oktober 2012 (act. 4), Beilage 4, S. 5.

⁴ Meldung vom 15. Oktober 2012 (act. 4), Beilage 4, S. 1.

⁵ Meldung vom 15. Oktober 2012 (act. 4), Beilage 4, S. 2.

⁶ Schreiben vom 27. September 2012 (act. 1).

⁷ Schreiben Swisscom vom 27. September 2012 (act. 1).

⁸ Schreiben WEKO vom 28. September 2012 (act. 2).

10. Mit Schreiben vom 2. Oktober 2012 teilte das Sekretariat der WEKO (nachfolgend: Sekretariat) Swisscom mit, dass das Zusammenschlussvorhaben im Sinne von Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig sei und dass eine erleichterte Meldung möglich sei.⁹ Zudem teilte das Sekretariat Swisscom in gleichem Schreiben mit, dass der Meldungsentwurf mit wenigen Ergänzungen als vollständig angesehen werden könne.

11. Mit Schreiben vom 12. Oktober 2012 reichte Swisscom die Meldung des Zusammenschlussvorhabens ein,¹⁰ deren Eingang das Sekretariat mit Schreiben vom 15. Oktober 2012 bestätigte.¹¹ Gemäss Art. 20 Abs. 1 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) beginnt die Frist von einem Monat für die Einleitung des Prüfungsverfahrens am Tag nach Eingang der vollständigen Meldung, im vorliegenden Fall daher am 16. Oktober 2012, und endet am 16. November 2012.

12. Mit Schreiben vom 17. Oktober 2012 bestätigte das Sekretariat die Vollständigkeit der Meldung.¹²

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

14. Das KG ist gemäss Art. 2 Abs. 2 KG auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden.

B.1.1 Unternehmen

15. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Auswirkungen in der Schweiz

16. Da TLI in der Schweiz einen positiven Umsatz in Höhe von ca. [...] Franken im Bereich Breitbandinternet und Festnetztelefonie sowie monatlich ca. [...] Franken (also jährlich [...] Franken) im Bereich Mobiltelefonie erzielt, hat das Zusammenschlussvorhaben eine Auswirkung in der Schweiz. Das Zusammenschlussvorhaben fällt daher in den Geltungsbereich des Kartellgesetzes und es ist folglich in sachlicher Hinsicht anwendbar.

B.1.3 Unternehmenszusammenschluss

17. 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).

18. Ein Unternehmen erlangt im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen (Zielunternehmen), wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise

die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Zielunternehmens auszuüben (Art. 1 VKU).

19. Wie bereits in Rz 5 ausgeführt, beabsichtigt Swisscom 75 % der Aktienmehrheit der TLI durch Aktienkauf von FL zu erwerben. Damit erlangt Swisscom die strategische und operative Kontrolle über TLI. FL behält zwar auch nach dem Verkauf der Aktienmehrheit an Swisscom gewisse Sperrminoritäten bzw. Vetorechte. Dennoch hat das FL keine Möglichkeit, Entscheide, welche für strategische Verhalten des Unternehmens wesentlich sind, zu blockieren.¹³ Daher übernimmt Swisscom durch den Kauf der Aktienmehrheit die vollständige Kontrolle im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG über TLI.

B.1.4 Beteiligte Unternehmen

20. Bei der Erlangung der Kontrolle gelten sowohl die kontrollierenden als auch die kontrollierten Unternehmen als beteiligte Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU).

21. Beteiligte Unternehmen des Unternehmenszusammenschlusses sind daher Swisscom als kontrollierendes Unternehmen und TLI als kontrollierte Unternehmen.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

22. In den hier zu beurteilenden Märkten sind keine Vorschriften ersichtlich, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.3 Meldepflicht

23. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden, sofern die beteiligten Unternehmen im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss einen Umsatz von insgesamt mindestens 500 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

⁹ Schreiben Sekretariat vom 2. Oktober 2012 (act. 3).

¹⁰ Meldung Swisscom vom 12. Oktober 2012 (act. 4).

¹¹ Schreiben Sekretariat vom 15. Oktober 2012 (act. 5).

¹² Schreiben Sekretariat vom 17. Oktober 2012 (act. 6).

¹³ Vgl. Meldung vom 12. Oktober 2012 (act. 4), S. 5 sowie Beilage 4, S. 5 ff.

	Swisscom	TLI	Gesamt
Schweiz	9'243 Mio.	[...]	9'243 Mio.
Weltweit	11'467 Mio.	44.3 Mio.	11'511 Mio.

Tabelle 1: Umsatz der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2011 (in Franken)

24. Wie aus Tabelle 1 hervorgeht, sind die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG vorliegend nicht erreicht. Gemäss Art. 9 Abs. 4 KG besteht jedoch ungeachtet des Erreichens dieser Umsatzschwellen eine Meldepflicht, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach Kartellgesetz rechtmässig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat und der Zusammenschluss diesen oder einen solchen Markt betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

25. Im Verfahren Telecom PTT/Blue Window hat die WEKO rechtskräftig festgestellt, dass Swisscom auf dem schweizerischen Telefoniemarkt marktbeherrschend ist.¹⁴ Der liechtensteinische Telefoniemarkt ist als einer dem schweizerischen Telefoniemarkt benachbarter Markt zu qualifizieren, weshalb das vorliegende Zusammenschlussvorhaben gemäss Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig ist.

26. Das Zusammenschlussvorhaben ist nach Auffassung der Parteien in anderen europäischen Staaten nicht meldepflichtig und wurde daher in keinem anderen Land gemeldet.¹⁵ Dennoch werden die entsprechenden Behörden über das Zusammenschlussvorhaben rechtzeitig informiert, um ihnen dennoch eine allfällige Prüfung zu ermöglichen.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

27. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

28. 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

29. 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).

30. 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). Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens werden in räumlicher Hinsicht diejenigen Märkte abgegrenzt, welche eine Auswirkung auf die Schweiz haben (vgl. Art. 2 Abs. 2 KG).

31. Gemäss konstanter Praxis grenzt die WEKO im Telekommunikationsbereich die folgenden Märkte ab: Festnetztelefoniemarkt, Endkundenmärkte für Breitbandinternet, Wholesale-Märkte für Breitbandinternet, Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten, Markt für den Zugang zur physischen Netzinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten, Markt für (TV-)Mehrwertdienste, Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen, Markt für Mobilfunkgeräte, Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen, Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze, Markt für Mobilfunkterminierung, Wholesale-Markt für internationales Roaming, Markt für Mietleitungen im Fernnetz, Markt für Mietleitungen im Anschlussnetz und Markt für den Zugang zu Kabelkanalisationen.¹⁶

32. Swisscom ist auf allen diesen Märkten aktiv. TLI unterhält in Liechtenstein eine drahtgebundene Infrastruktur im Anschlussbereich. Die Mobilfunkangebote werden von TLI als Mobile Virtual Network Operator (MVNO) über die Netzwerkinfrastruktur von Orange Communications AG erbracht.¹⁷ Aus diesem Grund werden für die Zwecke der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens die nachfolgenden Märkte betrachtet:

- Festnetztelefoniemarkt
- Endkundenmarkt für Breitbandinternet (wobei für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens auf eine separate Betrachtung des Privatkunden- und Geschäftskundenbereichs verzichtet wird)

¹⁴ RPW 1997/2 161 ff. E. 1, Telecom PTT/BlueWindow.

¹⁵ Meldung vom 12. Oktober 2012 (act. 4), S. 7.

¹⁶ RPW 2012/2, 238 ff. Rz. 319 ff., *Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel*; RPW 2012/1, 128 ff. Rz. 35 ff., *Apax Partners LLP/Orange Communications S.A.*; RPW 2010/4, 777 ff. Rz. 28 ff., *CVC Capital Partners SICAV-FIS SA/Sunrise Communications AG*; RPW 2010/3, 506 ff. Rz. 78 ff., *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*; RPW 2008/4, 669 ff. Rz. 20 ff., *Sunrise/Tele2*; RWP 2008/2, 343 ff. Rz. 26 ff., *Swisscom/The Phone House*; RPW 2008/1, 223 ff. Rz. 11 ff., *Gutachten TDC Switzerland vs. Swisscom Fixnet betreffend schneller Bitstromzugang*; RPW 2007/2, 252 ff. Rz. 67 ff., *Terminierung Mobilfunk*; RPW 2006/4, 740 ff. Rz. 18 ff., *Gutachten Interkonkurrenzverfahren (Gutachten)*; RPW 2006/3, 473 f. Rz. 35 ff.; *Swisscom Fixnet/Betty Holding*; RPW 2006/2, 250 ff. Rz. 30 ff., *Swisscom Fixnet/Cybernet*, RPW 2008/4, 754 Rz. 30 ff., *Gutachten Mietleitungen*.

- Wholesale-Markt für Breitbandinternet (wobei für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens auf eine separate Betrachtung des Privatkunden- und Geschäftskundenbereichs verzichtet wird)
- Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten
- Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten
- Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze
- Wholesale-Markt für die Terminierung von Anrufen in Mobilfunknetze
- Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen
- Markt für Mobilfunkgeräte
- Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen
- Wholesale-Markt für internationales Roaming

33. Der von den Zusammenschlussparteien aufgeführte Markt für Bezahlfernsehen wird im Rahmen dieses Zusammenschlussvorhabens nicht betrachtet, da die TV-Sparte von TLI, die über das HFC-Netzwerk vertrieben wird, nicht Gegenstand des Zusammenschlussvorhabens ist (vgl. Rz 4).

B.4.1.1 Markt für Festnetztelefonie

34. Gemäss Praxis der WEKO bilden Festnetztelefoniedienstleistungen einen eigenen Markt, in welchem Endkunden typischerweise an einem bestimmten Standort eine für Sprachtelefonie geeignete Verbindung zum öffentlichen Telefonnetz für abgehende und eingehende Anrufe sowie die Bereitstellung weiterer Dienste nachfragen. Fernmeldedienstleisterinnen (nachfolgend: FDA) bieten den Endkunden die entsprechenden Festnetztelefoniedienstleistungen an.¹⁸ Der sachlich relevante Markt umfasst daher auf der Nachfrageseite sämtliche Nachfrager nach Festnetztelefoniedienstleistungen und auf der Anbieterseite FDA, welche diese Dienstleistungen über eine entsprechende (eigene oder fremde) drahtgebundene Netzwerkinfrastruktur anbieten.

35. In räumlicher Hinsicht umfasst der relevante Markt die in der Schweiz liegende Kupferkabel- und Glasfaserkabelinfrastruktur von Swisscom. Daher ist von einem schweizweiten Markt auszugehen

B.4.1.2 Endkundenmarkt für Breitbandinternet

36. Zum Surfen im Internet oder für die Datenübertragung zwischen verschiedenen Standorten fragen Endkunden drahtgebundene Datenverbindungen nach. Dabei kann grundsätzlich zwischen Dial-up- und Breitbandverbindungen unterschieden werden, wobei sich diese Verbindungen im Wesentlichen über die Bandbreite unterscheiden. Fernmeldedienstleister erbringen entweder auf einer eigenen Netzwerkinfrastruktur oder über die Netzwerkinfrastruktur eines Dritten entsprechende Datenübertragungsdienstleistungen mit unterschiedlichen Bandbreiten und Eigenschaften.

37. In räumlicher Hinsicht umfasst der relevante Markt diejenigen in der Schweiz liegenden Haushalte und Unternehmen, welche über einen Breitbandinternetanschluss verfügen. Daher ist von einem schweizweiten Markt auszugehen.

38. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens wird auf eine weitere Unterteilung des Marktes allerdings verzichtet, da TLI gemäss Meldung lediglich einen unbedeutenden Umsatz von [...] Franken im Geschäftskundenbereich in diesem Markt in der Schweiz erzielt und sich daher für die Zwecke der Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens eine separate Betrachtung des Geschäftskunden- und Privatkundenbereichs nicht rechtfertigt.

B.4.1.3 Wholesale-Markt für Breitbandinternet

39. Die WEKO hat den Wholesale-Markt für Breitbandinternet als Vorleistungsmarkt für drahtgebundene Dienstleistungen beschrieben, welche es den Nachfragern (Internet Service Provider; nachfolgend: ISP) ermöglichen, Endkunden drahtgebundene Anschlüsse für Breitbandinternet anzubieten.¹⁹ Die auf diesem Markt angebotenen Produkte und Dienstleistungen umfassen die (aktuell oder potenziell) zum Wiederverkauf angebotenen drahtgebundenen Breitbandzugänge. Auf der Anbieterseite stehen Netzbetreiber und Infrastrukturanbieter, die basierend auf einer eigenen Netzwerkinfrastruktur solche Dienstleistungen anbieten, und auf der Nachfrageseite, Fernmeldedienstleisterinnen, die diese als Vorleistungsprodukt für Angebote eigener Dienstleistungen an Dritte nutzen.

40. Für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens kann ebenfalls auf eine weitere Unterteilung des Marktes verzichtet werden, da TLI keine eigene Netzwerkinfrastruktur in der Schweiz unterhält und in der Schweiz nicht als Anbieter von Vorleistungsprodukten im Wholesale-Markt für Breitbandinternet auftritt.

41. In räumlicher Hinsicht ist von einem schweizweiten Markt auszugehen.

B.4.1.4 Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten

42. Auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten wird heute vorwiegend der vollständig entbündelte Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung (nachfolgend: TAL) angeboten.²⁰ Auf der Angebotsseite steht heute vorwiegend Swisscom, die

¹⁷ Schreiben Swisscom vom 12. Oktober 2012 (act. 4), S. 2.

¹⁸ RPW 2010/3, 506 Rz. 82 f., *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

¹⁹ RPW 2012/1, 130 Rz. 51 ff., *Apax Partners LLP/Orange Communications S.A.*; RPW 2010/4, 778 Rz. 42, *CVC/Sunrise*; RPW 2010/1, 126 ff. Rz. 70 ff., *Preispolitik Swisscom ADSL*.

²⁰ Vgl. RPW 2012/2, 192 f. Rz. 226 ff.; *FTTH Fribourg*.

über eine schweizweite Doppelader-Metalleitungs-Infrastruktur im Anschlussbereich verfügt und die Doppelader-Metalleitungen im Anschlussbereich einzeln vermietet. Auf der Nachfrageseite stehen infrastruktur-basierte Nachfrager, die solche Doppelader-Metalleitungen als Vorleistungsprodukt zur Miete nachfragen, um hierüber eigene Datenübertragungsdienstleistungen gegenüber Endkunden und gegenüber Nachfragern nach Datenübertragungsdienstleistungen als Vorleistungsprodukt zu erbringen.

43. In räumlicher Hinsicht erstreckt sich der Markt auf diejenigen Gebiete, in denen eine entsprechende Infrastruktur besteht. Daher ist von einem schweizweiten Markt auszugehen.

B.4.1.5 Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten

44. Auf dem Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten bieten Betreiber einer Glasfasernetzwerkinfrastruktur einzelne Glasfaserleitungen im Anschlussbereich zur Miete an.²¹ Nachfrager nutzen diese Glasfaserleitung als Vorleistungsprodukt zur Erbringung eigener Datenübertragungsdienstleistungen gegenüber Endkunden und Nachfragern nach Vorleistungsprodukten. Gegenüber dem Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten unterscheidet sich dieser Markt vorwiegend durch die Übertragungsgeschwindigkeit, welche basierend auf der Glasfasertechnologie als Übertragungsmedium bedeutend höher ist.

45. In räumlicher Hinsicht entstehen derzeit in verschiedenen Regionen Glasfasernetzwerkinfrastrukturen. Allerdings kann für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens auf eine regionale Marktabgrenzung verzichtet werden, weshalb von einem schweizweiten Markt auszugehen ist.

B.4.1.6 Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze

46. Im Netzzugangsmarkt fragen Weiterverkäufer und MVNO bei den Netzbetreibern Dienstleistungen nach, um diese an Endkunden weiterzuverkaufen.²² Die WEKO kam in der Untersuchung Mobilfunkmarkt zum Schluss, dass je von einem eigenen Markt für ab- bzw. eingehende mobile Fernmeldedienste auszugehen ist.²³ Zum Markt für abgehende mobile Fernmeldedienste hat sich das Sekretariat bisher erst summarisch im Schlussbericht zur Vorabklärung betreffend Zugang zu Mobilfunknetzen geäußert.²⁴

47. Im Zusammenhang mit abgehenden mobilen Dienstleistungen stellen die Netzbetreiber die Angebotsseite dar. Die Marktgegenseite besteht aus den Weiterverkäufern und MVNO, die den Zugang auf ein Mobilfunknetz nachfragen, um Mobilfunkdienstleistungen unter eigenem Namen an Endkunden anbieten zu können.

48. Offenbleiben kann für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens, ob der Netzzugangsmarkt in zwei separate Märkte für Sprach- und Datendienstleistungen zu unterteilen ist.

49. In räumlicher Hinsicht erstreckt sich der Markt auf diejenigen Gebiete, in denen eine entsprechende Infrastruktur besteht, daher ist von einem schweizweiten Markt auszugehen.

B.4.1.7 Wholesale-Märkten für die Terminierung von Anrufen in Mobilfunknetze

50. Ein Anruf in Mobilfunknetze setzt sich aus Originierung, Transit und Terminierung zusammen.²⁵ Die Terminierung stellt sicher, dass ein Anruf zu einem ganz bestimmten Anschluss weitergeleitet wird und von dem entsprechenden Endkunden entgegengenommen werden kann. In der Schweiz ist jeder Mobilfunkanbieter verpflichtet, Anrufe von anderen Mobilfunkanbietern in sein eigenes Netz zu terminieren.²⁶ Auf den Wholesale-Märkten für die Terminierung von Anrufen in Mobilfunknetze steht also jeweils der Mobilfunknetzbetreiber als Anbieter sämtlichen anderen FDA, die Telefonanrufe bzw. SMS/MMS an einen Kunden des Netzbetreibers erbringen, als Nachfrager gegenüber.

51. In ihrer ständigen Praxis geht die WEKO davon aus, dass für die Terminierung von Anrufen in das Mobilfunknetz eines Anbieters kein Substitut besteht, weil jede Mobiltelefonnummer an dasjenige Mobilfunknetz gebunden ist, welches der Endkunde über seine SIM-Karte nutzt.²⁷

52. In räumlicher Hinsicht erstreckt sich der Markt auf diejenigen Gebiete, in denen eine entsprechende Infrastruktur besteht. Daher ist von einem schweizweiten Märkten auszugehen.

B.4.1.8 Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen

53. Um ihren Kunden Mobilfunkabonnemente (häufig inklusive eines vom Anbieter von Mobilfunkdienstleistungen subventionierten Mobilfunkgeräts) zu verkaufen, benötigen die Mobilfunkanbieter Absatzkanäle. Die finden sie in Form von Verkaufsstellen.²⁸

54. Die Verkaufsstellen sind in sogenannte „Street Chanel“ oder „Direct Chanel“ zu unterscheiden. Zum „Street Chanel“ gehören Verkaufsstellen, in welchen ausgebildetes Personal berät und die an stark frequentierten, meist urbanen Standorten platziert sind. Die grösseren

²¹ RPW 2012/2, 234 ff. Rz. 275 ff.; *Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel*.

²² RPW 2012/1, 132 Rz. 72 ff., *Apax Partners LLP/Orange Communications S.A.*; RPW 2010/4, 780 Rz. 63, *CVC/Sunrise*; RPW 2002/1, 121 Rz. 94, *Mobilfunkmarkt*.

²³ RPW 2002/1, 121 Rz. 94, *Mobilfunkmarkt*.

²⁴ RPW 2006/3, 432, *Zugang zu Mobilfunknetzen/Einstellung der Vorabklärung*.

²⁵ RPW 2012/1, 132 f. Rz. 77 ff., *Apax Partners LLP/Orange Communications S.A.*

²⁶ Sog. Interoperabilitätspflicht, vgl. Art. 11 Abs. 2 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10).

²⁷ RPW 2012/1, 132 f. Rz. 77 ff., *Apax Partners LLP/Orange Communications S.A.*

²⁸ RPW 2012/1, 131 Rz. 58 ff., *Apax Partners LLP/Orange Communications S.A.*

Anbieter in der Schweiz sind Swisscom, Orange, Sunrise und Mobilezone. Daneben gibt es zahlreiche Fachhändler, welche ebenfalls den Vertrieb von Mobilfunkabonnements und -geräten übernehmen. Zum „Direct Channel“ gehören hauptsächlich das Internet, das Telefonmarketing und Vertragsabschlüsse per Post oder durch Direktabschlüsse auf der Strasse.

55. Auf dem Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen stehen sich auf der Angebotsseite Betreiber von Verkaufslokalitäten sowie Internetplattformen bzw. auf Streetmarketing spezialisierte Unternehmen und auf der Nachfrageseite Anbieter von Mobilfunkdienstleistungen gegenüber.

56. Da Anbieter von Mobilfunkdienstleistungen ihre Angebote schweizweit verkaufen, ist in räumlicher Hinsicht von einem schweizweiten Markt auszugehen.

B.4.1.9 Markt für Mobilfunkgeräte

57. Ein Mobilfunkgerät dient heute noch hauptsächlich der Kommunikation zwischen Personen und zur Nutzung des Internets.²⁹ Mobilfunkgeräte werden heute sowohl von FDA (meist mit einem Mobilfunkvertrag zusammen) als auch von Elektronikfachgeschäften (mit oder ohne Mobilfunkvertrag) verkauft. Auf der Nachfrageseite steht ein Mobilfunknutzer, der über das Mobilfunknetz einer FDA mit anderen Personen kommunizieren oder im Internet surfen möchte.

58. In räumlicher Hinsicht hat die WEKO die Abgrenzung des Marktes für Mobilfunkgeräte bis jetzt offen gelassen. Eine definitive räumliche Marktangrenzung kann auch im Rahmen dieses Verfahrens unterbleiben, da im vorliegenden Fall bei keiner möglichen räumlichen Abgrenzung wettbewerbsrechtliche Bedenken bestehen.

B.4.1.10 Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen

59. Auf dem Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen stehen auf der Nachfrageseite Endkunden, die Kommunikationsdienstleistungen nachfragen, welche ihnen ermöglichen mobil mit anderen Personen in Verbindung zu treten oder mobil im Internet zu surfen.³⁰ Diesen Endkunden stehen FDA gegenüber, die solche Dienstleistungen im Markt anbieten. Dies sind Mobilfunknetzbetreiber, Weiterverkäufer von SIM-Karten sowie MVNO, die ihre Leistung an Endkunden auf der Grundlage der Leistungen der Mobilfunknetzbetreiber erbringen.

60. In räumlicher Hinsicht sind die von der Kommunikationskommission (COMCOM) vergebenen Konzessionen für das Gebiet der Schweiz gültig.³¹ Auch die Marktgegenseite fragt in der Regel Mobilfunkdienstleistungen in der Schweiz nach. Der Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen ist folglich national abzugrenzen.

B.4.1.11 Wholesale-Markt für internationales Roaming

61. Beim internationalen Roaming handelt es sich um eine Dienstleistung, die es Endkunden ermöglicht, mit ihrem Mobilfunkgerät und ihrer SIM-Karte auch in ausländischen Mobilfunknetzen zu telefonieren, angerufen zu werden oder Daten auszutauschen.³² Dabei wird zwischen dem sog. Outbound und Inbound Traffic unterschieden. Beim Outbound Traffic handelt es sich aus Sicht der schweizerischen Mobilfunkanbieter um den

Roaming-Verkehr ihres Endkunden im Ausland. Demgegenüber bezieht sich der Inbound Traffic auf den Verkehr, den Endkunden ausländischer Mobilfunkanbieter in der Schweiz generieren.

62. Um Mobilfunkkunden diese Dienstleistungen anbieten zu können, schliessen die Mobilfunkanbieter auf der Wholesale-Ebene Vereinbarungen betreffend den Zugang zu Kapazitäten auf einem Mobilfunknetz eines ausländischen Mobilfunkanbieters ab. Um eine möglichst gute Abdeckung im Ausland zu erreichen, schliessen Mobilfunkanbieter bilaterale Abkommen mit möglichst vielen Mobilfunkanbietern in einem Land ab. Roaming-Abkommen werden teilweise auch mit Anbietern abgeschlossen, die Spezialkonditionen anbieten, wie beispielsweise innerhalb von Roaming-Allianzen. Auf der Nachfrageseite stehen somit (ausländische) Mobilfunkanbieter, die ihren Endkunden ermöglichen wollen auch im Ausland mobile Dienstleistungen nutzen zu können, indem sie sich in das Mobilfunknetz eines Anbieters ausserhalb des Heimatlandes einbuchen, ohne das Mobilfunkgerät bzw. die SIM-Karte zu wechseln. Der Wholesale-Markt für internationales Roaming bezieht sich lediglich auf den Inbound Traffic. Der Outbound Traffic ist hingegen im Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen zu berücksichtigen.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

63. 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 Vgl. RPW 2012/1, 131 Rz. 62 ff., *Apax Partners LLP/Orange Communications S.A.*

³⁰ RPW 2012/1, 131 f. Rz. 66 ff., *Apax Partners LLP/Orange Communications S.A.*

³¹ RPW 2012/1, 132 Rz. 71., *Apax Partners LLP/Orange Communications S.A.*

³² RPW 2012/1, 133 Rz. 80 ff., *Apax Partners LLP/Orange Communications S.A.*

Relevanter Markt	Marktanteil Swisscom	Marktanteil TLI	Voraussichtlich betroffen	Marktanteilsaddition
Markt für Festnetztelefonie	60.6 %	0 %	Ja	Nein
Endkundenmarkt für Breitbandinternet	54.4 %	0 %	Ja	Geringfügig
Wholesale-Markt für Breitbandinternet	Ca. 100 %	0 %	Ja	Nein
Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit kupferkabelbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten	100 %	0 %	Ja	Nein
Markt für den Zugang zur physischen Netzwerkinfrastruktur mit glasfaserbasierten Übertragungsgeschwindigkeiten	unklar, Infrastruktur im Aufbau	0 %	unklar, Infrastruktur im Aufbau	Nein
Wholesale-Markt für den Zugang und die Originierung auf Mobilfunknetze	40-75 %	0 %	Ja	Geringfügig
Wholesale-Markt für die Terminierung von Anrufen in Mobilfunknetze	100 %	0 %	Ja	Nein
Markt für den Vertrieb von Mobilfunkdienstleistungen	20-70 %	0 %	Ja	Geringfügig
Markt für Mobilfunkgeräte	20-70 %	0 %	Ja	Nein
Retail-Markt für Mobilfunkdienstleistungen	59.4 %	0 %	Ja	Geringfügig
Wholesale-Markt für internationales Roaming	50-80 %	0 %	Ja	Nein

Tabelle 2: geschätzte Marktanteile in der Schweiz

64. Die vorläufige Analyse ergibt, dass aufgrund der starken Marktstellung von Swisscom auf sämtlichen abgegrenzten Märkten, jeweils die Marktanteilsschwellen erreicht werden, was dazu führt, dass es sich um vom Zusammenschluss betroffene Märkte im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU handelt.

65. Da TLI in der zu verkaufenden Form keine bzw. nur eine unwesentliche Geschäftstätigkeit in der Schweiz entfaltet, entstehen durch das Zusammenschlussvorhaben in den meisten Märkten keine Marktanteilsadditionen, so dass das Zusammenschlussvorhaben auf diese Märkte keinen wettbewerbsrechtlich relevanten Einfluss im Sinne einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG) zur Folge hat. Daher kann auf eine nähere Betrachtung sämtlicher Märkte, bei denen durch das Zusammenschlussvorhaben keine Marktanteilsadditionen erfolgen, verzichtet werden.

B.4.2.1 Mobilfunkmärkte

66. TLI hat derzeit rund [...] Mobilfunkkunden mit einer liechtensteinischen Vorwahl (inkl. der zurzeit [...] Mobilfunkabonnemente, die auf Kunden in der Schweiz ausgestellt sind).³³ Diese Kunden auf den liechtensteinischen Mobilfunkmärkten weisen (bis auf die [...] schweizerischen Kunden von TLI) keinen direkten Bezug zu den schweizerischen Mobilfunkmärkten auf. Daher kommt es auf den für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens relevanten schweizerischen Mobilfunkmärkten zu keinen Marktanteilsadditionen.

³³ Meldung vom 12. Oktober 2012 (act. 4), S. 14.

67. Im Bereich der mobilen Telekommunikation basiert das Geschäft der TLI auf einer MVNO-Kooperation mit Orange.³⁴ Nach erfolgter Übernahme sollen die Mobilfunkkunden der TLI mit einer +423 Vorwahl auf das Swisscom Netz migriert werden. Derzeit verfügt die TLI über [...] Kunden mit +423 Vorwahl, die ihren Wohnsitz in der Schweiz haben.³⁵ Diese generieren einen Umsatz von weniger als [...] Franken. Aufgrund der Geringfügigkeit der Umsätze in der Schweiz wird für die Zwecke des vorliegend zu prüfenden Zusammenschlussvorhabens auf eine vertiefte Betrachtung der Mobilfunkmärkte verzichtet.³⁶

B.4.2.2 Endkundenmarkt für Breitbandinternet

68. Im Festnetzbereich (Telefonie und Breitbandinternet) erzielte Swisscom im Jahr 2011 gemäss eigenem Geschäftsbericht einen Jahresumsatz in Höhe von 3'753 Millionen Franken.³⁷ Verglichen mit dem von Swisscom erzielten Umsatz ist der von TLI in der Schweiz mit dem Weiterverkauf einiger Breitbandanschlüsse oder mit Wartungsverträgen für Teilnehmervermittlungsanlagen erzielte Bruttoumsatz von rund [...] Franken vernachlässigbar.

69. Die Marktanteilsadditionen in diesem Markt haben daher keine kartellrechtlichen Auswirkungen im Sinne von Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG.

B.4.2.3 Potenzielle Konkurrenz

70. Die geplante zum Verkauf stehende TLI ist derzeit nicht aktiv in der Schweiz tätig. Das bisherige Geschäft von TLI in der Schweiz wurde in die Deep AG ausgelagert, welche weiterhin und unabhängig von TLI in der Schweiz tätig sein wird. Einer der Hauptgründe des Verkaufs von TLI an Swisscom ist, eine zeitgemässe Grundversorgung des Landes Liechtenstein im Bereich des liechtensteinischen Telekommunikationsmarktes weiterhin zu sichern. Es ist daher unwahrscheinlich, dass TLI selbst ernsthaft plante, als potenzielle Konkurrentin in den Schweizer Markt einzutreten. Aus diesen Gründen ist nicht zu erwarten, dass durch den Verkauf von TLI an Swisscom potenzielle Konkurrenz eingeschränkt wird.

B.5 Ergebnis

71. Vor der Übernahme von TLI durch Swisscom werden verschiedene Unternehmensteile ausgegliedert. Dies betrifft insbesondere die Deep AG, über welche der Grossteil des Geschäfts der TLI in der Schweiz abgewickelt wird. Die von Swisscom zu übernehmende TLI erzielt in der Schweiz nur einen vernachlässigbar kleinen Umsatz. Aus diesem Grund kommt es zu keinen Marktanteilsadditionen, welche geeignet sind die Wettbewerbsverhältnisse in der Schweiz zu verändern.

72. 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.

³⁴ Schreiben Swisscom vom 12. Oktober 2012 (act. 4), S. 2.

³⁵ Schreiben Swisscom vom 12. Oktober 2012 (act. 4), S. 1.

³⁶ Vgl. hierzu: Meldung vom 12. Oktober 2012 (act. 4), S. 13.

³⁷ Geschäftsbericht Swisscom 2011, S. 64, abrufbar unter: http://2011.swisscom-report.ch/sites/default/files/Geschäftsbericht_Swisscom_DE.pdf, zuletzt besucht am 3. Oktober 2012.

B 2.3	3. Orell Füssli/Thalia
-------	-------------------------------

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 12. April 2013

A Sachverhalt

A.1 Das Vorhaben und die involvierten Unternehmen

A.1.1 Das Vorhaben

1. Am 19. März 2013 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend Sekretariat) eine gemeinsame Meldung der Orell Füssli Holding AG (nachfolgend OFH) und der Advent International Corporation (nachfolgend Advent) über ein Zusammenschlussvorhaben eingegangen.¹ Die Meldung betrifft die Gründung eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens zwischen der Orell Füssli Buchhandlungs AG (nachfolgend OFB) und der Thalia Bücher AG (nachfolgend Thalia). Dieses soll als Schweizer Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich gegründet und von der OFB und der Thalia zu gleichen Teilen gehalten werden. Das Gemeinschaftsunternehmen wird gemäss Meldung ausschliesslich im Bereich des Verkaufs von Büchern und Ergänzungsprodukten an Endkunden in der Schweiz tätig sein.²

A.1.2 Die involvierten Unternehmen

A.1.2.1 Die Orell Füssli Holding AG (OFH) und die Orell Füssli Buchhandlungs AG (OFB)

2. Die OFH hält eine Mehrheitsbeteiligung von 51 % an der OFB; Minderheitsaktionärin ist die Hugendubel Holding AG. Die OFB verkauft Bücher in klassischen Ladengeschäften und bietet gedruckte Bücher aber auch E-Books in ihrem Online-Shop books.ch an. Das Filialnetz der OFB umfasst Gross- und Spezialbuchhandlungen sowie Bahnhofsgeschäfte an 14 Standorten. In Ergänzung zu Büchern bietet die OFB eine Reihe von weiteren Medien für Information, Unterhaltung und Weiterbildung an. Dazu gehören unter anderem „buchnahe Geräte“ wie beispielsweise E-Book-Reader aber auch etwa CDs, DVDs mit Spielfilmen, Dokumentarfilmen und TV-Serien, Hörbücher, Software, PC- und Konsolenspiele, Postkarten, Landkarten und Spielwaren.³

A.1.2.2 Die Advent International Corporation (Advent) und die Thalia Bücher AG (Thalia)

3. Die Advent ist eine international tätige Beteiligungsgesellschaft. Die von Advent zu 100 % kontrollierten Advent Funds halten Beteiligungen in unterschiedlichen Bereichen wie Industrie, Kommunikation, Medien, Gesundheitswesen etc. Die Kernaufgaben der Advent beschränken sich dabei auf die Übernahme oder die Beteiligungen

an Unternehmen sowie die Verwaltung von Investment Funds.⁴

4. Bei der Thalia handelt es sich um eine Tochtergesellschaft der deutschen Thalia Holding GmbH. Diese wiederum ist eine Tochtergesellschaft der Douglas Holding AG, welche seit Dezember 2012 ihrerseits unter der indirekten alleinigen Kontrolle der Advent steht.⁵

5. Gemäss Meldung ist die Advent-Gruppe in der Schweiz in den Bereichen Parfümerie (Douglas) und Buchhandel tätig (Thalia). Die Schweizer Umsätze der weiteren Portfoliounternehmen der Advent, die ihren Sitz jedoch nicht in der Schweiz hätten, stünden in Zusammenhang mit folgenden Aktivitäten: [...].⁶

6. Die Thalia verkauft gedruckte und elektronische Bücher in ihren 21 Geschäftsstandorten sowie über ihre Online-Shops. Zur Ergänzung ihres Sortimentes bietet Thalia ihren Kunden weitere Produkte wie Hörbücher, CDs, DVDs, PC- und Konsolenspiele, Software, Papeterie- und Geschenkartikel, Landkarten sowie E-Book-Reader an.⁷

A.2 Ziele des Zusammenschlussvorhabens

7. Gemäss Meldung ist der Buchmarkt weltweit starken Veränderungen und Neuausrichtungen ausgesetzt. Auslöser seien insbesondere die Substitution des gedruckten Buches durch elektronische Medien, die Verlagerung vom stationären Handel zum Onlinehandel sowie die Konsolidierung und Neuausrichtung von Verlagshäusern, die verstärkt im Endkundenmarkt tätig seien. Ferner würden die Grenzen zwischen den Medien immer mehr wegfallen. Die Frage, ob ein Buch gedruckt oder digital vorliege, verliere zunehmend an Bedeutung, da allein der Inhalt („content“) zentral sei. Amazon habe sich in den letzten Jahren zum wichtigsten Anbieter von Büchern und Medien weltweit und in der Schweiz entwickelt und baue sein Sortiment und seine Marktstellung laufend aus. Neue globale Anbieter wie Google, Apple, Barnes&Noble/Microsoft und Kobo seien weltweit in den Buchhandel eingetreten und würden ihre Marktposition nutzen, um die Nachfrage nach digitalen Inhalten (E-Books) weiter zu erschliessen.

¹ Meldung vom 19. März 2013 (nachfolgend Meldung).

² Vgl. Meldung, [...].

³ Vgl. Meldung, [...].

⁴ Vgl. Beilage [...] zur Meldung (Geschäftsbericht der Advent-Gruppe 2011/2012, S. 17 ff.); RPW 2012/4, 882 Rz 2, *Advent International Corporation/Douglas Holding AG*.

⁵ Vgl. Meldung, [...]; RPW 2012/4, 882 ff., *Advent International Corporation/Douglas Holding AG*.

⁶ Vgl. Meldung, [...].

⁷ Vgl. Meldung, [...].

8. Die Parteien würden mit dem Zusammenschlussvorhaben bezwecken, in diesem schwierigen und sich stark verändernden Marktumfeld die Voraussetzung dafür zu schaffen, um als Wettbewerber neben den grossen internationalen Anbietern im Bereich Internethandel und elektronische Angebote sowie neben den kleinen, meist inhabergeführten Buchhandlungen im Markt bestehen zu können.⁸

A.3 Das Verfahren

9. Am 19. Februar 2013 ging beim Sekretariat ein Meldungsentwurf zum vorliegenden Zusammenschlussvorhaben ein. Mit Schreiben vom 7. März 2013 nahm das Sekretariat dazu Stellung. Am 18. März 2013 äusserte sich das Sekretariat zu einem weiteren Meldungsentwurf vom 14. März 2013.

10. Am 19. März 2013 reichten die Parteien die gemeinsame Meldung gemäss Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251) in Verbindung mit Art. 9 Abs. 1 Bst. b der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) ein.

11. Mit Schreiben vom 21. März 2013 bestätigte das Sekretariat den Eingang und die Vollständigkeit der Meldung. Gemäss Art. 20 Abs. 1 VKU beginnt die Frist von einem Monat für die Einleitung des Prüfungsverfahrens am Tag nach Eingang der vollständigen Meldung, im vorliegenden Fall daher am 20. März 2013, und endet am 22. April 2013 (vgl. Art. 20 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG; SR 172.021]).

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

B.1.1 Unternehmen

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 gemäss Meldung am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

14. Das Kartellgesetz folgt einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise: Es sollen wirtschaftliche Tatsachen aus wirtschaftlicher Sicht und unabhängig von ihrer rechtlichen Struktur erfasst werden. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gelten die einzelnen Tochtergesellschaften eines Konzerns in der Regel nicht als Unternehmen, sofern die Muttergesellschaft ihre Tochter effektiv zu kontrollieren vermag und diese Möglichkeit auch tatsächlich ausübt, so dass die Konzerngesellschaften nicht in der Lage sind, sich von der Muttergesellschaft unabhängig zu verhalten. In diesen Fällen wird der Konzern als eine „einzige wirtschaftliche Unternehmens-einheit“ betrachtet.⁹ Dies ist dahingehend zu verstehen,

dass der Konzern als Ganzes den Unternehmensbegriff von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG erfüllt.

15. Demzufolge liegen bei der Advent und der OFH Konzernstrukturen vor, welche als Ganzes den Unternehmensbegriff von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG erfüllen. Daher wird nachfolgend unter Advent und OFH grundsätzlich jeweils die gesamte Gruppe bzw. der gesamte Konzern verstanden.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

16. 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).

B.1.2.1 Erlangung der Kontrolle

17. Ein Unternehmen erlangt im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen (Zielunternehmen), wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Zielunternehmens auszuüben (Art. 1 VKU).

18. Als Mittel der Kontrolle kommen gemäss Art. 1 Bst. a und b VKU insbesondere in Frage: Eigentums- oder Nutzungsrechte an der Gesamtheit oder an Teilen des Vermögens des zu kontrollierenden Unternehmens sowie Rechte oder Verträge, die einen bestimmenden Einfluss auf die Zusammensetzung, die Beratungen oder Beschlüsse der Organe des zu kontrollierenden Unternehmens gewähren.

19. Gemäss Meldung werden die OFB und die Thalia die Aktien des Gemeinschaftsunternehmens zu jeweils 50 % halten und gleichermassen entscheidenden Einfluss auf das Gemeinschaftsunternehmen haben. Demzufolge und aufgrund der vorliegenden Konzernstrukturen ist von einer Erlangung der Kontrolle durch die Advent und die OFH auszugehen.

B.1.2.2 Gemeinsame Kontrolle

20. Gemeinsame Kontrolle besteht, wenn zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Möglichkeit haben, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens auszuüben. 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

⁸ Vgl. Meldung, [...].

⁹ Vgl. Urteil des BVGer, RPW 2010/2, 336 E. 4.1 ff., *Publigroupe/WEKO*, bestätigt durch das Urteil des Bundesgerichts 2C_484/2010 vom 29.6.2012, E. 3.

Rechte gleichzeitig bestehen muss. Die Praxis der Wettbewerbskommission (nachfolgend WEKO) nimmt dabei Bezug auf die entsprechende Praxis der EU-Kommission.¹⁰ Eine gemeinsame Kontrolle liegt insofern dann vor, wenn die Muttergesellschaften bei allen wichtigen Entscheidungen, die das Gemeinschaftsunternehmen betreffen, Übereinstimmung erzielen müssen.¹¹

21. Gemäss Meldung werden die Aktien des Gemeinschaftsunternehmens jeweils zu 50 % von der OFB und der Thalia gehalten. [...] Aufgrund dieser Struktur würden die OFB und die Thalia gleichermaßen entscheidenden Einfluss auf das Gemeinschaftsunternehmen haben.¹²

22. Aus diesen Ausführungen ergibt sich, dass sämtliche strategischen und geschäftspolitischen Entscheidungen nur durch Kooperation der beiden Unternehmen erfolgen können. Demgemäss werden die Parteien das Gemeinschaftsunternehmen gemeinsam kontrollieren.

B.1.2.3 Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmen

23. 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 dar, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (Art. 2 Abs. 1 VKU).

24. Gemäss Praxis der WEKO liegt der Vollfunktionscharakter eines Gemeinschaftsunternehmens im Sinne von Art. 2 Abs. 1 VKU unter folgenden Voraussetzungen vor:¹³

- Das Gemeinschaftsunternehmen muss als Nachfrager oder Anbieter am Markt auftreten.
- Das Gemeinschaftsunternehmen tritt als selbständige wirtschaftliche Einheit auf. Es muss somit in der Lage sein, eine eigene Geschäftspolitik verfolgen zu können.
- Das Gemeinschaftsunternehmen ist auf Dauer angelegt, d.h. es ist dazu bestimmt und in der Lage, seine Tätigkeiten zeitlich unbegrenzt, zumindest aber langfristig auszuüben.
- Das Gemeinschaftsunternehmen muss über ein sich dem Tagesgeschäft widmendes Management und ausreichende Ressourcen wie finanzielle Mittel, Personal, materielle und immaterielle Vermögenswerte verfügen.

25. Gemäss Meldung wird das Gemeinschaftsunternehmen als solches im Markt auftreten. Es werde mit den eingebrachten Verkaufsstandorten und Online-Shops sowohl als Nachfrager als auch als Anbieter am Markt tätig sein. Das Gemeinschaftsunternehmen werde sodann als selbstständige wirtschaftliche Einheit unter eigenem Namen auf dem Markt auftreten. [...] Die Geschäftsleitung werde die nötigen operationellen und funktionalen Kompetenzen besitzen, um das Unternehmen als selbständige Einheit zu führen. [...] Folglich werde das Gemeinschaftsunternehmen sämtliche Funktionen ausüben, die ein Unternehmen in diesem Markt üblicherweise ausübt. Die OFB und die Thalia beabsichtigten, ihre Aktivitäten im Buchhandel dauerhaft auf das

Gemeinschaftsunternehmen zu übertragen und es langfristig als eigenständige Buchhandelsunternehmung zu etablieren. Das Gemeinschaftsunternehmen unterliege keiner zeitlichen Beschränkung. Die OFB und die Thalia würden ihre Unternehmensteile im Bereich Buchhandel in das Gemeinschaftsunternehmen einbringen. Diese Geschäftseinheiten seien alle bereits heute selbstständig auf dem Markt tätig. Durch ihre Vereinigung im Gemeinschaftsunternehmen werde dieses über die erforderlichen personellen, materiellen und finanziellen Mittel verfügen, um auch nach dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens in den jeweiligen Märkten tätig zu sein.¹⁴

26. Aufgrund dieser Angaben in der Meldung ist davon auszugehen, dass das vorliegende geplante Gemeinschaftsunternehmen die Voraussetzungen eines Vollfunktionsgemeinschaftsunternehmens erfüllen wird.

B.1.2.4 Einbringung von Geschäftstätigkeit

27. Nach der Praxis der WEKO ist dieses Tatbestandsmerkmal üblicherweise weit auszulegen. Danach genügt zu dessen Erfüllung bereits die Einbringung von Vertriebsorganisation,¹⁵ Produktionsanlagen oder wesentlichem Know-how.¹⁵

28. In der Meldung wird ausgeführt, beide Zusammenschlussparteien würden Tochtergesellschaften, Vermögenswerte und Mitarbeiter in das Gemeinschaftsunternehmen einbringen.¹⁶

29. Aufgrund der Angaben in der Meldung ist auch das Kriterium des Einbringens von Geschäftstätigkeit vorliegend als erfüllt zu betrachten. Demgemäss ist das geplante Vorhaben als Unternehmenszusammenschluss zu qualifizieren.

B.1.2.5 Beteiligte Unternehmen

30. Bei der Erlangung der Kontrolle gelten sowohl die kontrollierenden als auch die kontrollierten Unternehmen als beteiligte Unternehmen (Art. 3 Abs. 1 Bst. b VKU). Kein beteiligtes Unternehmen ist grundsätzlich das neu zu gründende Gemeinschaftsunternehmen.¹⁷

31. Als beteiligte Unternehmen sind damit die Advent und die OFH zu bezeichnen.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

32. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine gesetzlich vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

¹⁰ Vgl. zum Ganzen RPW 2012/1, 148 Rz 32, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*, m. w. H.

¹¹ Vgl. Berichtigung der Konsolidierten Mitteilung der Kommission zu Zuständigkeitsfragen gemäss Verordnung (VO) Nr. 139/2004 des Rates über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (nachfolgend EU-Mitteilung), ABI C 43/10 vom 21.2.2009, Rz 63.

¹² Vgl. Meldung, Rz 34 ff.; Beilage [...] zur Meldung [...].

¹³ Vgl. RPW 2011/4, 671 Rz 48, *Fluxys/Swissgas/Transitgas*.

¹⁴ Vgl. Meldung, [...].

¹⁵ Vgl. RPW 2012/1, 150 Rz 56, *NZZ/Ringier/Tamedia/cXense/PPN*; RPW 2008/1, 125 Rz 17, *General Electric Company/Credit Suisse Private Equity*; Vgl. MANI REINERT, in: Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert [Hrsg.], 2010, Art. 4 Abs. 3 KG N 374 ff.

¹⁶ Vgl. Meldung, [...].

¹⁷ Vgl. auch BSK KG-REINERT (Fn 15), Art. 9 KG N 45.

B.3 Meldepflicht

33. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der WEKO zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens 2 Milliarden Franken oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens

500 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens 100 Millionen Franken erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

34. Die Umsätze der beteiligten Unternehmen werden in der Meldung wie folgt angegeben:¹⁸

	Advent	OFH	insgesamt
Schweiz	[...]	171	[...]
Weltweit	[...]	288	[...]

Tabelle 1: Umsatz der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2011 (in Mio. CHF)

35. Die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG sind damit erreicht. Das Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

36. Gemäss Art. 10 Abs. 1 KG unterliegen meldepflichtige Zusammenschlüsse der Prüfung durch die WEKO, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken.

37. Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gelten einzelne oder mehrere Unternehmen als marktbeherrschend, wenn sie auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

38. Unternehmen sehen sich in ihren Verhaltensspielräumen durch ihre aktuellen und potenziellen Konkurrenten beschränkt. Die voraussichtliche Marktstellung der Parteien nach dem Zusammenschluss ergibt sich folglich daraus, ob nach Realisierung ihres Vorhabens genügend aktuelle und potenzielle Konkurrenten verbleiben, die das Verhalten der Parteien nach dem Zusammenschluss disziplinieren werden.

39. 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/r Markt/Märkte

B.4.1.1 Sachlich relevante/r Markt/Märkte

40. 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).

41. Gemäss Meldung wird das Gemeinschaftsunternehmen die Buchhandelstätigkeiten der beteiligten Unternehmen übernehmen und fortführen. Das Angebot an Büchern werde wie bisher durch verschiedene andere Produkte ergänzt werden. Dazu gehörten unter anderem

CDs, DVDs, Hörbücher, E-Book-Reader, Landkarten, Software, PC- und Konsolenspiele, Papeterie- und Geschenkartikel (einschliesslich die Aktivitäten des ZAP Bürostores in Brig) sowie Spielwaren. Es würden keine anderen Geschäftstätigkeiten in das Gemeinschaftsunternehmen eingebracht.¹⁹ Entsprechend werde das Gemeinschaftsunternehmen ausschliesslich im Bereich des Verkaufs von Büchern und Ergänzungsprodukten an Endkunden in der Schweiz tätig sein.²⁰ [...]

42. Die von den meldenden Unternehmen in erster Linie vorgenommene Marktabgrenzung,²¹ welche einen Gesamtmarkt vorsieht, der sowohl den Verkauf von Büchern als auch den Verkauf von Ergänzungsprodukten umfasst, ist abzulehnen. Es ist nicht ersichtlich, dass all diese Produkte wie Bücher, CDs, Software, Geschenkartikel etc. untereinander austauschbar wären. Mangels Substituierbarkeit kann daher für die vorliegende Beurteilung nicht von einem solchen Gesamtmarkt ausgegangen werden.²²

43. In Bezug auf den Verkauf der genannten Ergänzungsprodukte führen die Parteien aus, die gemeinsamen Marktanteile der meldenden Unternehmen in der Schweiz in den einzelnen Segmenten sei zu gering, um darauf näher eingehen zu müssen. Konkret schätzen die Parteien ihren gemeinsamen Anteil im Segment Verkauf von CD/DVD an Endkunden auf bedeutend unter [0-10 %]. Ebenso gehen die Parteien für den Bereich Verkauf von Landkarten (elektronisch und physisch) an Endkunden von einem Marktanteil von unter [0-10 %] aus. Für das Segment Papeterie, Kalender und Bürobedarf

¹⁸ Vgl. Meldung, [...].

¹⁹ Vgl. Meldung, [...].

²⁰ Vgl. Meldung, [...].

²¹ Vgl. Meldung, [...].

²² Der von den meldenden Unternehmen in diesem Zusammenhang aufgeführte Entscheid RPW 2012/4, 882 ff., *Advent International Corporation/Douglas Holding*, ist für die vorliegend vorzunehmende Markt- abgrenzung nicht ausschlaggebend. Die exakte Markt- abgrenzung wurde in diesem Fall ohnehin offen gelassen, da das geplante Vorhaben zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken führte. Es wurde lediglich für den konkreten Zusammenschluss und „im Sinne einer Arbeitshypothese“ von einem Gesamtmarkt bestehend aus Büchern und den oben erwähnten Ergänzungsprodukten ausgegangen (vgl. Rz 11 dieses Entscheids).

schätzen die Parteien ihren gemeinsamen Marktanteil auf ca. [0-10 %] und für die beiden Bereiche PC-Software, PC- und Konsolenspiele, E-Book-Reader einerseits und Spielwaren andererseits auf jeweils unter [0-10 %].²³

44. Aufgrund dieser Angaben kann davon ausgegangen werden, dass das Zusammenschlussvorhaben in Bezug auf die genannten Bereiche kaum zu Veränderungen des Wettbewerbsumfelds führen wird. Daher erübrigen sich weitere Ausführungen zu den entsprechenden Bereichen und zur konkreten Marktabgrenzung in den genannten Segmenten. Vorliegend näher zu betrachten ist daher lediglich der eigentliche Buchhandel.

45. Der Verkauf von Büchern erfolgt auf verschiedenen Ebenen, wobei grundsätzlich zwischen einem Markt für den Verkauf von Büchern an Wiederverkäufer und einem solchen für den Verkauf von Büchern an Endkunden zu unterscheiden ist.²⁴ Auf dem Markt für den Verkauf von Büchern an Endkunden stehen sich der Buchhändler auf der Angebotsseite und der Endkunde, d. h. der Leser auf der Nachfrageseite gegenüber. Demgegenüber tritt auf dem Markt für den Verkauf von Büchern an Wiederverkäufer der Grossist bzw. Verlag als Anbieter und der Wiederverkäufer, d. h. der Buchhändler als Nachfrager auf.

B.4.1.1.1. Märkte für den Verkauf von Büchern an Endkunden

46. [...]

47. Die WEKO hat sich in der Vergangenheit bisher insbesondere im Zusammenhang mit dem sog. Sammelrevers zur Marktabgrenzung im Bereich des Buchhandels geäußert. Dabei hat sie einen Markt für den Handel mit deutschsprachigen Büchern unter Einbezug sämtlicher Buchverkaufsstellen („traditioneller“ Buchhandel, Internet-Buchhandel, Warenhäuser, Kioske und Buchclubs) abgegrenzt.²⁵ Auch die EU-Kommission geht in ihrer jüngeren Praxis von einem Gesamtmarkt für den Verkauf von Büchern an Endkunden aus; ihre Marktuntersuchung habe zumindest keine Anzeichen für die Abgrenzung eines separaten Marktes für „Distanzkäufe“ (inkl. Bücherclubs, briefliche Bestellungen und Verkäufe übers Internet) innerhalb des Gesamtmarkts für den Verkauf von Büchern an Endkunden ergeben.²⁶

48. In diesem Sinne ist für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ebenfalls von einem Gesamtmarkt für den Verkauf von Büchern an Endkunden auszugehen. Der Schweizer Buchhändler- und Verleger-Verband (sbvv) schätzt, dass auf dem Deutschschweizer Buchmarkt im Jahr 2012 bereits rund 22 % der gedruckten Bücher im Internet bestellt wurden.²⁷ Aufgrund der wachsenden Bedeutung des Online-Handels²⁸ und insbesondere unter Berücksichtigung der zunehmenden Verlagerung des stationären Verkaufs von Büchern hin zur Bestellung übers Internet²⁹ sind Verkäufe von Büchern an Endkunden übers Internet nach heutigen Gesichtspunkten und unter Berücksichtigung der voraussichtlichen zukünftigen Entwicklung durchaus austauschbar mit Verkäufen von Büchern an Endkunden in stationären Läden. Somit ist in Bezug auf die Buchverkaufsstellen ein einheitlicher Markt für den Verkauf von

Büchern an Endkunden abzugrenzen, der insbesondere auch Verkäufe übers Internet erfasst.

49. Die meldenden Unternehmen gehen in erster Linie von einem sprachunabhängigen Markt für den Verkauf von Büchern an Endkunden aus. Die meisten Endkunden kaufen jedoch ein Buch in einer bestimmten Sprache. In aller Regel dürfte das gleiche Buch in einer anderen Sprache für sie kein Substitut darstellen. Somit wird ein Endkunde, der beispielsweise ein bestimmtes deutschsprachiges Buch kaufen will, lediglich in Ausnahmefällen auf das entsprechende Buch in französischer, italienischer oder einer sonstigen Sprache zurückgreifen. Entsprechend ist der Markt für den Verkauf von Büchern an Endkunden nach Sprachsegmenten weiter zu unterteilen und es ist für den vorliegenden Fall ein Markt für den Verkauf von deutschsprachigen Büchern an Endkunden, ein solcher für den Verkauf von französischsprachigen Büchern an Endkunden und einer für den Verkauf von italienischsprachigen Büchern an Endkunden abzugrenzen. Auf eine Unterteilung in weitere Sprachen kann für die vorliegende Beurteilung aufgrund der verhältnismäßig geringen Marktstärke der meldenden Unternehmen in diesem Bereich verzichtet werden.³⁰

50. Weiter führen die meldenden Unternehmen aus, dass auch sog. E-Books in den Gesamtmarkt für den Verkauf von Büchern an Endkunden miteinzubeziehen seien. Es wird diesbezüglich geltend gemacht, es sei unerheblich, ob ein Buch in gedruckter oder in elektronischer Form (E-Book) vorliege. In beiden Fällen erfülle es die identische Funktion, nämlich die Verbreitung des Buchinhaltes. Dieser sei für den Konsumenten wesentlich, nicht das Trägermedium. Insbesondere aufgrund moderner elektronischer Lösungen, die das Lesen von E-Books und den Zugang zu denselben sehr angenehm ausgestalten würden und Vorteile wie z.B. die Volltextsuche ermöglichen, rechtfertige sich die Gleichbehandlung beider Buchformen.³¹

²³ Vgl. Meldung, [...].

²⁴ Vgl. Entscheid der EU-Kommission vom 05.07.2010, COMP/M.5838 – Bertelsmann/Planeta/Circulo, Rz 26 ff; Entscheid der EU-Kommission vom 15.10.2007, COMP/M.4611 – Egmont/Bonnier (Books), Rz 12; Entscheid der EU-Kommission vom 07.01.2004, COMP/M.2978 – Lagardere/Natexis/VUP Rz 159 ff.

²⁵ Vgl. RPW 1999/3, 458 Rz 76, *Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagszeugnisse in der Schweiz*, bestätigt durch den Entscheid der REKO/WEF, RPW 2001/2, 408, Rz 5.4.2, *Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband*, offen gelassen in BGE 129 II 18, 34 f. E. 7.3.3 (= RPW 2002/4, 744, E. 7.3.3) *Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V. und Schweizerischer Buchhändler- und Verleger-Verband gegen WEKO und REKO/WEF*, RPW 2005/2, 272 f. Rz 24 und 27, *Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagszeugnisse in der Schweiz*.

²⁶ Vgl. Entscheid der EU-Kommission vom 05.07.2010, COMP/M.5838 – Bertelsmann/Planeta/Circulo, Rz 33, mit Hinweis auf den Entscheid der EU-Kommission vom 15.10.2007, COMP/M.4611 – Egmont/Bonnier (Books), Rz 13 und 19.

²⁷ Vgl. www.sbvv.ch > Engagement > Wirtschaftszahlen > Marktreport.

²⁸ Vgl. dazu auch RPW 2011/3, 373 Rz 8 ff., *Behinderung des Online-Handels*.

²⁹ Vgl. dazu auch Meldung, [...]; Beilage [...] zur Meldung [...]; Beilage [...] zur Meldung [...].

³⁰ Vgl. dazu hinten, Tabelle 2: Marktanteile 2011 von OFH und Advent in den sachlich relevanten Märkten (inkl. E-Books) unter der Annahme von *nationalen* Märkten.

³¹ Vgl. Meldung, [...].

51. Wie der Name bereits sagt, handelt es sich bei einem E-Book lediglich um eine digitale Kopie eines Originalbuches. Ein solches E-Book wird übers Internet bestellt und wird nach Abschluss des Bestellvorgangs innert weniger Minuten auf den sog. E-Reader geladen und kann dort vom Endkunden gelesen werden. Die Auswahl an E-Books ist bisher beschränkt, das heisst es ist bei Weitem nicht jedes physische Buch auch als E-Book erhältlich. So ist auch fraglich, ob sämtliche Inhalte von Büchern in gleicher Weise geeignet sind, um in der Form eines E-Books zu erscheinen. Eine solche Eignung dürfte etwa im Bereich der Belletristik eher gegeben sein als etwa bei Bildbänden. Schliesslich bestehen zwischen physischen Büchern und E-Books zum Teil erhebliche Preisunterschiede. Insgesamt stellt sich die Frage, ob der Verkauf von physischen Büchern an Endkunden und der Verkauf von E-Books an Endkunden tatsächlich austauschbar sind oder ob E-Books nicht vielmehr eine Ergänzung der physischen Bücher darstellen. Wie nachfolgend aufgezeigt wird³² kann diese Frage für die vorliegende Beurteilung indes offen gelassen werden.

52. Zusammenfassend ergibt sich, dass vorliegend von einem Markt für den Verkauf von Büchern an Endkunden auszugehen ist, der grundsätzlich sämtliche Buchverkaufsstellen und insbesondere auch Verkäufe von (physischen) Büchern über das Internet erfasst. Ob auch E-Books diesem Markt zuzuordnen sind, ist fraglich und wird vorliegend offen gelassen. Der Markt für den Verkauf von Büchern an Endkunden ist zudem nach Sprachsegmenten weiter zu unterteilen und es ist grundsätzlich ein Markt für den Verkauf von deutschsprachigen Büchern an Endkunden, ein solcher für den Verkauf von französischsprachigen Büchern an Endkunden und einer für den Verkauf von italienischsprachigen Büchern an Endkunden abzugrenzen.

B.4.1.1.2. Märkte für den Verkauf von Büchern an Wiederverkäufer

53. Beschaffungsseitig bilden die Lieferanten von Büchern wie Grossisten und Verlage die Marktgegenseite des geplanten Gemeinschaftsunternehmens. Entsprechend wird das Gemeinschaftsunternehmen auf dem Markt für den Verkauf von Büchern an Wiederverkäufer als Nachfrager auftreten. In Bezug auf die konkrete Abgrenzung sind hier grundsätzlich die gleichen Überlegungen anzustellen wie bei den Märkten für den Verkauf von Büchern an Endkunden. Wie nachfolgend aufgezeigt wird³³, ist das Zusammenschlussvorhaben beschaffungsseitig unbedenklich, weshalb sich weitergehende diesbezügliche Ausführungen erübrigen.

B.4.1.2 Räumlich relevante/r Markt/Märkte

54. 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).

B.4.1.2.1. Märkte für den Verkauf von Büchern an Endkunden

55. Im Sammelrevers-Entscheid ging die WEKO jeweils von einem nationalen räumlich relevanten Markt aus.³⁴ Ob sich aufgrund des Online-Handels eine weitergehende räumliche Abgrenzung rechtfertigt – wie dies seitens der Parteien geltend gemacht wird – oder ob die Märkte

demgegenüber nicht enger abgegrenzt werden müssten, kann vorliegend offen bleiben. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, spielt es insbesondere keine Rolle, ob die Märkte im Nachfolgenden national oder sprachregional abgegrenzt werden.³⁵

56. Eine engere als sprachregionale Marktabgrenzung erscheint vor allem aufgrund der inzwischen grossen Bedeutung des Online-Handels nicht sachgerecht. Die meldenden Unternehmen sind überdies grundsätzlich komplementär aufgestellt, das heisst sie sind – von wenigen Ausnahmen abgesehen – nicht an den gleichen Standorten mit Läden präsent.³⁶ Dies hat zur Folge, dass selbst wenn lokale Märkte abgegrenzt würden, es aufgrund des Zusammenschlussvorhabens nur auf vereinzelt lokalen Märkten überhaupt zu Überschneidungen käme.

57. Zusammenfassend sind für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben die folgenden drei Märkte abzugrenzen:

- Markt für den Verkauf von deutschsprachigen Büchern an Endkunden, dessen räumliche Ausdehnung zumindest die Deutschschweiz umfasst
- Markt für den Verkauf von französischsprachigen Büchern an Endkunden, dessen räumliche Ausdehnung zumindest die französischsprachige Schweiz umfasst
- Markt für den Verkauf von italienischsprachigen Büchern an Endkunden, dessen räumliche Ausdehnung zumindest die italienischsprachige Schweiz umfasst

B.4.1.2.2. Märkte für den Verkauf von Büchern an Wiederverkäufer

58. Die Tätigkeiten der Grossbuchhändler und Verlage sind im Allgemeinen nicht auf die Schweiz begrenzt. Entsprechend sind die Märkte für den Verkauf von Büchern an Wiederverkäufer grundsätzlich supranational und entsprechend den verschiedenen Sprachregionen abzugrenzen.³⁷ Dies bedeutet, dass die einzelnen Märkte neben der jeweiligen Schweizer Sprachregion zumindest die europäischen Länder mitumfassen, in denen die entsprechende schweizerische Landessprache gesprochen wird.

³² Vgl. hinten, Rz 62.

³³ Vgl. hinten, Rz 63.

³⁴ Vgl. RPW 1999/3, 457 Rz 72, *Sammelrevers 1993 für den Verkauf preisgebundener Verlagserzeugnisse in der Schweiz*, RPW 2005/2, 273 Rz 26 f., *Sammelrevers 1993 für den Verkauf Verlagserzeugnisse in der Schweiz*.

³⁵ Vgl. hinten, Tabelle 2: Marktanteile 2011 von OFH und Advent in den sachlich relevanten Märkten (inkl. E-Books) unter der Annahme von nationalen Märkten und Tabelle 3: Marktanteile 2011 von OFH und Advent in den sachlich relevanten Märkten (inkl. E-Books) unter der Annahme von *sprachregionalen* Märkten.

³⁶ Vgl. Beilage [...] und [...] zur Meldung [...].

³⁷ Vgl. Entscheid der EU-Kommission vom 05.07.2010, COMP/M.5838 – Bertelsmann/Planeta/Circulo, Rz 28, mit Hinweis auf den Entscheid der EU-Kommission vom 07.01.2004, COMP/M.2978 – Lagarde/Natexis/VUP Rz 350 ff.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

B.4.2.1 Betroffene Märkte

59. 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.

60. Die Marktanteile in den einzelnen Märkten für den Verkauf von Büchern an Endkunden wurden von den Zusammenschlussparteien wie folgt angegeben:³⁸

Markt	OFH	Advent	Gemeinsamer Marktanteil	betroffen
Markt für den Verkauf von deutschsprachigen Büchern an Endkunden in der Schweiz	[10-20 %]	[10-20 %]	[20-30 %]	Ja
Markt für den Verkauf von französischsprachigen Büchern an Endkunden in der Schweiz	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	Nein
Markt für den Verkauf von italienischsprachigen und weiteren anderssprachigen Büchern an Endkunden in der Schweiz ³⁹	[0-10 %]	[0-10 %]	[10-20 %]	Nein

Tabelle 2. Marktanteile 2011 von OFH und Advent in den sachlich relevanten Märkten (inkl. E-Books) unter der Annahme von *nationalen* Märkten

Markt	OFH	Advent	Gemeinsamer Marktanteil	betroffen
Markt für den Verkauf von deutschsprachigen Büchern an Endkunden in der Deutschschweiz	[10-20 %]	[10-20 %]	[20-30 %]	Ja
Markt für den Verkauf von französischsprachigen Büchern an Endkunden in der französischsprachigen Schweiz	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	Nein
Markt für den Verkauf von italienischsprachigen Büchern an Endkunden in der italienischsprachigen Schweiz	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]	Nein

Tabelle 3: Marktanteile 2011 von OFH und Advent in den sachlich relevanten Märkten (inkl. E-Books) unter der Annahme von *sprachregionalen* Märkten⁴⁰

61. Hieraus ergibt sich als betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU lediglich der sachliche Markt für den Verkauf von deutschsprachigen Büchern an Endkunden. Aus den obigen Tabellen wird zudem ersichtlich, dass es aufgrund der marginalen Unterschiede bei den Marktanteilen für die vorliegende Beurteilung keine Rolle spielt, ob der Markt räumlich national oder sprachregional abgegrenzt wird.⁴¹ Im Sinne einer Arbeitshypothese wird der Einfachheit halber im Nachfolgenden von einem nationalen Markt ausgegangen.

³⁸ Vgl. Meldung, [...]; Beilagen [...] zur Meldung. [...].

³⁹ Die meldenden Unternehmen haben bei der Angabe dieses Marktanteils einen Markt für den Verkauf von Büchern „in übrigen Sprachen“ an Endkunden in der Schweiz abgegrenzt. Nebst italienischsprachigen Büchern wurden entsprechend auch solche in englischer, spanischer, schwedischer, russischer, chinesischer, niederländischer etc. Sprache berücksichtigt. Die Marktanteile bezogen nur auf italienischsprachige Bücher dürften erheblich tiefer sein (vgl. dazu auch Tabelle 3: Marktanteile 2011 von OFH und Advent in den sachlich relevanten Märkten (inkl. E-Books) unter der Annahme von *sprachregionalen* Märkten.

⁴⁰ Vgl. Beilagen [...] zur Meldung.

⁴¹ Vgl. dazu oben, Rz 54 ff.

62. In den in den Tabellen aufgeführten Marktanteilen sind auch die Marktanteile enthalten, die die Parteien mit dem Verkauf von E-Books an Endkunden erzielt haben. Gemäss Meldung schätzen die Parteien, dass mit dem Verkauf von E-Books an Endkunden in der Schweiz im Jahr 2011 ein Gesamtumsatz von CHF 9,45 Mio. erzielt wurde. Gut CHF [...] des Gesamtumsatzes falle dabei auf die beiden meldenden Unternehmen.⁴² Unter der Annahme eines separaten Marktes für den Verkauf von E-Books an Endkunden in der Schweiz, würde dieser mit rund [10-20 %] Marktanteil der beiden meldenden Unternehmen⁴³ keinen betroffenen Markt darstellen. Der Anteil der E-Books am Gesamtumsatz von rund CHF 945 Mio., der in der Schweiz im Jahr 2011 mit dem Verkauf von (physischen und elektronischen) Büchern an Endkunden gemäss Meldung erzielt wurde,⁴⁴ beträgt zudem lediglich 1 %. Der Einbezug bzw. Ausschluss der E-Books vom Gesamtmarkt hat somit keinen wesentlichen Einfluss auf die Marktanteile der beteiligten Unternehmen auf den Märkten für den Verkauf von Büchern an Endkunden. Entsprechend kann die Frage, ob der Verkauf von E-Books einen eigenen Markt darstellt oder zusammen dem Verkauf von physischen Büchern einen einheitlichen Markt bildet, offen gelassen werden.⁴⁵

63. In Bezug auf die Beschaffungsseite führen die Parteien aus, dass das Zusammenschlussvorhaben den Wettbewerb aufgrund der Grösse des Marktes und der vielfältigen Absatzmöglichkeiten, die für die Verlage und

Buchgrossisten beständen, nicht beeinträchtigen werde. Die Parteien schätzen, dass der Anteil des Gemeinschaftsunternehmens auf dem relevanten Beschaffungsmarkt für deutschsprachige Bücher minimal sein werde und wohl [0-10 %] betrage.⁴⁶ Auf den Märkten für französischsprachige und italienischsprachige Bücher dürfte dieser Anteil aufgrund der tiefen Marktanteile auf der Angebotsseite noch tiefer sein.⁴⁷ Daraus erhellt, dass es sich bei den Beschaffungsmärkten nicht um betroffene Märkte handelt und es erübrigen sich weitergehende diesbezügliche Ausführungen.

B.4.2.2 Aktueller Wettbewerb

64. Nachfolgend wird eine Analyse der aktuellen Wettbewerbssituation auf dem Markt für den Verkauf von deutschsprachigen Büchern an Endkunden in der Schweiz vorgenommen.

65. Vorab ist anzumerken, dass der Buchhandel derzeit einem starken Wandel unterliegt. Es wird davon ausgegangen, dass sich die Marktanteile weiter zugunsten des Online-Handels verschieben werden und dass auch die Bedeutung des Verkaufs von E-Books in den nächsten Jahren zunehmen wird.⁴⁸

66. Die Marktanteilsentwicklungen der meldenden Unternehmen und der wichtigsten Wettbewerber präsentieren sich gemäss Meldung wie folgt:⁴⁹

Unternehmen	Marktanteilsschätzung 2011	Marktanteilsschätzung 2010	Marktanteilsschätzung 2009
OFH	[10-20 %]	[10-20 %]	[10-20 %]
Advent	[10-20 %]	[10-20 %]	[10-20 %]
Amazon	> [0-10 %]	> [0-10 %]	> [0-10 %]
Weltbild	[10-20 %]	[10-20 %]	[10-20 %]
Ex Libris	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]
Buchhaus	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]
Bider + Tanner	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]
Payot	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]
Fnac	[0-10 %]	[0-10 %]	[0-10 %]

Tabelle 4: Marktanteilsentwicklungen auf dem Markt für den Verkauf von deutschsprachigen Büchern an Endkunden in der Schweiz

67. Der gemeinsame Marktanteil im betroffenen Markt von OFH und Advent liegt nach dem Zusammenschlussvorhaben bei rund [20-30 %]. [...]

68. Insgesamt sind aktuell drei grössere Wettbewerber mit Marktanteilen von zwischen [0-10 %] und [10-20 %] vorhanden, deren Marktanteile in den letzten Jahren tendenziell gestiegen sind bzw. stagnierten. Obwohl sich durch das in Rede stehende Zusammenschlussvorhaben die beiden grössten Marktteilnehmer auf dem Markt für

⁴² Vgl. Meldung, [...].

⁴³ Vgl. Meldung, [...].

⁴⁴ Vgl. Meldung, [...].

⁴⁵ Vgl. oben Rz 50 f.

⁴⁶ Vgl. Meldung, [...].

⁴⁷ Vgl. oben, Tabelle 3: Marktanteile 2011 von OFH und Advent in den sachlich relevanten Märkten (inkl. E-Books) unter der Annahme von sprachregionalen Märkten.

⁴⁸ Vgl. www.sbv.ch > Engagement > Wirtschaftszahlen > Marktreport; Meldung, [...].

⁴⁹ Vgl. Meldung, [...].

den Verkauf von deutschsprachigen Büchern an Endkunden in der Schweiz zusammenschliessen, ist mit den genannten Wettbewerbern, zahlreichen kleineren Buchhandlungen und Online-Anbietern von genügender aktueller Konkurrenz auszugehen. Die Endkunden haben ohne weiteres die Möglichkeit, die verschiedenen Anbieter miteinander zu vergleichen und diese nach Gutdünken zu wählen. Das geplante Gemeinschaftsunternehmen bzw. die meldenden Unternehmen werden entsprechend nicht in der Lage sein, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten, weshalb keine Anzeichen bestehen, dass durch den in Rede stehenden Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

B.5 Nebenabreden

69. Zu prüfen ist zudem, ob das Vertragswerk der Parteien Wettbewerbsabreden enthält, die mit dem Zusammenschlussvorhaben unmittelbar verbunden sind. Abreden, die die kumulativen Bedingungen der Notwendigkeit und des unmittelbaren Zusammenhangs erfüllen, sind als Nebenabreden zu bezeichnen. Abreden, welche die genannten Bedingungen nicht erfüllen und somit keine Nebenabreden in diesem Sinne darstellen, erfahren keine Legalisierung durch den fusionskontrollrechtlichen Kommissionsentscheid. Sie unterliegen gegebenenfalls einer separaten Prüfung gemäss Art. 5 KG im Rahmen eines entsprechenden kartellgesetzlichen Verfahrens.⁵⁰

70. Bezüglich Nebenabreden in Zusammenhang mit Unternehmenszusammenschlüssen hat die WEKO ihre Praxis zu Konkurrenzverboten grundsätzlich nach der Bekanntmachung der EU-Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind⁵¹ (EU-Bekanntmachung) gerichtet.⁵²

71. Wettbewerbsabreden können nur dann als „mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden“ angesehen werden, wenn sie mit dem Zusammenschluss selbst eng verbunden sind. Es reicht nicht aus, dass eine Vereinbarung im gleichen Zusammenhang oder zum gleichen Zeitpunkt wie der Zusammenschluss zustande gekommen ist. Einschränkungen, die mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden sind, sollen einen reibungslosen Übergang zur neuen Unternehmensstruktur nach dem Zusammenschluss gewährleisten.⁵³

72. Das Kriterium der Notwendigkeit bedeutet, dass ohne die fragliche Abrede der Zusammenschluss entweder überhaupt nicht oder nur unter deutlich ungewisseren Voraussetzungen, zu wesentlich höheren Kosten, über einen spürbar längeren Zeitraum oder mit erheblich geringeren Erfolgsaussichten durchgeführt werden könnte. Bei der Klärung der Frage, ob eine Einschränkung notwendig ist, muss nicht nur die Art der Einschränkung berücksichtigt werden, sondern zugleich sichergestellt werden, dass die Einschränkung hinsichtlich ihrer Geltungsdauer sowie ihres sachlichen und räumlichen Geltungsbereichs nicht über das hinausgeht, was für die Durchführung des Zusammenschlusses wirklich erforderlich ist. Gibt es Alternativen, mit denen sich das legitime Ziel genauso wirksam erreichen lässt, so sind die Unternehmen gehalten, sich für die Lösung zu entscheiden,

die den Wettbewerb objektiv gesehen am wenigsten einschränkt.⁵⁴

73. [...]

74. Wettbewerbsverbote im Verhältnis der Gründerunternehmen zu einem Gemeinschaftsunternehmen können als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und notwendig angesehen werden, wenn sich die betreffenden Verpflichtungen auf die Waren, Dienstleistungen und Gebiete beziehen, die in der Gründungsvereinbarung oder in der Satzung vorgesehen sind. Sie können unter anderem durch die Notwendigkeit begründet sein, den Gutgläubenschutz während der Verhandlungen zu gewährleisten, die Vermögenswerte des Gemeinschaftsunternehmens in vollem Umfang zu nutzen, dem Gemeinschaftsunternehmen die Aneignung des Know-hows und des Geschäftswerts der Gründer zu ermöglichen oder die Interessen der einzelnen Gründer am Gemeinschaftsunternehmen vor Wettbewerbsbehandlungen zu schützen, denen unter anderem durch den privilegierten Zugang der Gründungspartner zu dem Know-how oder dem Geschäftswert Vorschub geleistet wird, welches bzw. welcher auf das Gemeinschaftsunternehmen übertragen oder von diesem selbst aufgebaut wurde.

75. Zwischen den Gründerunternehmen und einem Gemeinschaftsunternehmen bestehende Wettbewerbsverbote können so lange als mit der Durchführung des Zusammenschlusses unmittelbar verbunden und für diese notwendig angesehen werden, wie das Gemeinschaftsunternehmen besteht. Der räumliche Geltungsbereich von Wettbewerbsverboten muss sich auf das Gebiet beschränken, in dem die Gründer die betreffenden Waren oder Dienstleistungen vor der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens abgesetzt bzw. erbracht haben. Der räumliche Geltungsbereich kann auf Gebiete erstreckt werden, in denen die Gründerunternehmen zum Zeitpunkt der Unternehmensgründung geschäftlich tätig zu werden planten, sofern sie bereits entsprechende Investitionen getätigt haben. Sachlich sind die Wettbewerbsverbote auf Waren oder Dienstleistungen zu beschränken, die den Geschäftsgegenstand des Gemeinschaftsunternehmens bilden.⁵⁵

76. Das vereinbarte Wettbewerbsverbot erscheint notwendig, um die Interessen der Muttergesellschaften am Gemeinschaftsunternehmen zu schützen. Schliesslich kann von einem Unternehmen nicht verlangt werden, sich selbst zu konkurrenzieren. Solange das Gemeinschaftsunternehmen entsprechend dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben besteht, bewegt sich das Wettbewerbsverbot im üblichen Rahmen des Zulässigen und fällt damit unter das Konzentrationsprivileg.

⁵⁰ Vgl. RPW 2012/1, 139 Rz 16, *Tamedia/Langenthaler Tagblatt*.

⁵¹ ABl. C 56/24 vom 5.3.2005.

⁵² Vgl. RPW 2010/3, 505 Rz 65, *France Télécom SA/Sunrise Communications AG*.

⁵³ Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 12.

⁵⁴ Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 13.

⁵⁵ Vgl. EU-Bekanntmachung, Rz 36 f.

77. [...]

B.6 Ergebnis

78. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den vorgenannten 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	4. Swisscom (Schweiz) AG/Deuromedia technologies Entwicklungs- und Vertriebs-GmbH
-------	------------------------------------------------------------------------------------------

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 18. März 2013

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 16. März 2013

A Sachverhalt

1. Am 21. Februar 2013 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eine Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben eingegangen. Danach beabsichtigt die Swisscom (Schweiz) AG (nachfolgend: Swisscom), über die Tochterfirma Swisscom Hospitality Services-GmbH (Wien, Österreich) die Assets der Deuromedia Technologies Entwicklungs- und Vertriebs GmbH mit Sitz in Wien, Österreich, (nachfolgend: Deuromedia) zu erwerben.

A.1 Die involvierten Unternehmen und das Vorhaben

A.1.1 Die involvierten Unternehmen

A.1.1.1 Swisscom

2. Swisscom ist eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft gemäss dem Bundesgesetz über die Organisation der Telekommunikationsunternehmung des Bundes vom 30. April 1997 (TUG; SR 784.11) und Muttergesellschaft einer Telekommunikations-Gruppe, die insbesondere in den Bereichen Festnetztelefonie, Mobiltelefonie, IT und Internet tätig ist. Sie betreibt als Telekommunikationsanbieterin in der ganzen Schweiz ein mobiles Funknetz und als Grundversorgungskonzessionärin ein im Anschlussnetz auf dem Kupferkabel basierendes Festnetz. Im Transit- und Regionalnetz verfügt Swisscom über ein glasfaserbasiertes Netz. Im Anschlussbereich baut Swisscom derzeit mit verschiedenen Elektrizitätsversorgungsunternehmen ein Glasfasernetz auf. Zudem bietet Swisscom weitere telekommunikationsnahe Dienstleistungen an.

3. Die Hospitality Services plus AG mit Sitz in Genf war bis vor Kurzem eine 100-prozentige Tochtergesellschaft von Swisscom. Sie wurde Ende Dezember 2012 rückwirkend per 1. Oktober 2012 in die Swisscom hineinfusioniert und wird unter der Bezeichnung „Hospitality Services“ (nachfolgend: SHS) als Geschäftsbereich von Swisscom weitergeführt. Der geplante Zusammenschluss betrifft ausschliesslich diesen spezifischen Geschäftsbereich von Swisscom. SHS bezweckt die Erbringung von Telekommunikations- und IT-Technologieleistungen für die Hotellerie und bietet ihren Kunden weltweit Netzwerk- und Kommunikationsdienstleistungen (Internetzugangs-, Breitband- und internetbasierte Diens-

te, IPTV-Dienste) an. In der Schweiz erbringt SHS im Bereich Hotellerie ausschliesslich Internetdienstleistungen, Internetprotokoll basierte Fernsolutions (nachfolgend: IPTV-Lösungen) einschliesslich diesbezüglicher Supportleistungen sowie Content für Video on Demand (nachfolgend: VOD).¹

A.1.1.2 Deuromedia

4. Deuromedia ist eine Softwareherstellerin, deren Kerngeschäft IPTV-Lösungen für die Hotellerie sind. Ihre rumänische Tochtergesellschaft – Deuromedia S.R.L. – entwickelt diese Software. Deuromedia ist im Hospitality-Markt eine weltweit tätige Anbieterin von IPTV-Lösungen und beliefert exklusive Hotels in Europa, Nordamerika, im Raum Asien-Pazifik und im Nahen Osten.²

5. Nebst der Softwareherstellung bietet Deuromedia die Beschaffung und Zurverfügungstellung von VOD-Content für Hotels an, die IPTV-Lösungen von Deuromedia beziehen sowie die damit zusammenhängenden Supportleistungen. VOD ermöglicht dem Nutzer auf Abruf über eine Internetverbindung oder einen Video-Stream direkt mit einer geeigneten Software Videomaterial auszuwählen und anzusehen.

6. Deuromedia vertritt an ihre Kunden, die im Bereich der Beherbergung von Gästen (nachfolgend: Hospitality-Bereich) tätig sind (wie z. B. Hotels, Krankenhäuser, Kreuzfahrtschiffe etc.) die Deuromedia Infotainment Plattform (nachfolgend: DIP). Die Plattform erlaubt, verschiedene Medieninhalte zu verwalten und abzurufen. Über DIP können beispielsweise Hotelgäste digitale Unterhaltungs- und Kommunikationsdienste wie TV-Kanäle, VOD, Radio etc. konsumieren. Hierbei ermöglicht die Plattformlösung DIP nach eigenen Angaben die Integration und Verwaltung von TV-Inhalten sowie von Internet- und Telefonzugang. TV-Kanäle, Internet und Radio beziehen die Hotels gemäss Meldung grösstenteils von Dritten. Bei DIP handelt es sich somit lediglich um eine Software, welche Hotels für die Verwaltung und Abrechnung von verschiedenen Inhalten und Services nutzen. Von Deuromedia nicht angeboten wird die erforderliche Hardware, die ein Hotel für ein IPTV-Angebot braucht (Server, Fernsehgeräte, Inhouse-Verkabelung vom Server in die Zimmer etc.), die erforderlichen Internet- und Telefoniedienstleistungen (diese werden von Telekommunikationsanbietern und Internet Providern erbracht) sowie die Installation des Equipments und der TV-Sender. Diese für den Betrieb der DIP vorausgesetzten Vorleistungen beziehen die Hotels demnach bei den

¹ Meldung vom 21. Februar 2013, S. 4.

² Firmenprofil von Deuromedia, abrufbar unter: www.deuromedia.com/about_deuromedia.htm, zuletzt besucht am 6. März 2013.

entsprechenden Anbietern. In ihren Offerten erstellt Deuromedia stets eine Liste der notwendigen Hardware, welche sodann bei Resellern eingekauft und den Hotels geliefert und installiert wird. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Umsätze von Deuromedia ausschliesslich aus der Software (IPTV-Lösung [DIP]), dem diesbezüglichen Support und dem VOD-Content generiert werden.³

7. Deuromedia Technologies gehört zu [...] % [...], zu [...] % [...] und zu [...] % [...]. Deuromedia S.R.L. gehört zu 100 % Deuromedia und ist ausschliesslich für diese tätig.

A.1.2 Das Vorhaben

8. Swisscom beabsichtigt, über ihre Tochtergesellschaft Hospitality Services GmbH (Wien, Österreich) die Assets von Deuromedia zu erwerben. Die Transaktion umfasst demzufolge die Akquisition des wesentlichen operativen Geschäfts von Deuromedia. Dadurch soll SHS bzw. Swisscom die alleinige Kontrolle über das operative Geschäft der Deuromedia sowie über deren Tochtergesellschaft Deuromedia S.R.L. erwerben.

9. Zu den zu erwerbenden Assets gehören vor allem das geistige Eigentum (Software, [IPTV-Lösungen]), 100 % der Aktien von Deuromedia S.R.L., die Kundenverträge, die Verträge mit Lieferanten (Content für VOD, Microsoft-Lizenzverträge, Mietverträge), die Verträge mit Resellern sowie die Verträge mit dem Personal, ferner Vermögensgegenstände des Anlagevermögens, Versicherungs- und Telekommunikationsverträge, Geschäftsgeheimnisse und Knowhow von Deuromedia im Zusammenhang mit deren operativem Geschäft sowie alle diesbezüglichen Akten, Dokumente und Aufzeichnungen.⁴

A.2 Ziele des Zusammenschlussvorhabens

10. SHS ist seit einiger Zeit auf dem Markt tätig, welcher Gegenstand der Tätigkeit von Deuromedia bildet. Das Zusammenschlussvorhaben unterstützt die Wachstumsstrategie von SHS in diesem Bereich und erleichtert ihr das Ziel, in weiteren Ländern (insbesondere in Asien) Fuss zu fassen.⁵

A.3 Verfahren

11. Am 18. Dezember 2012 ist beim Sekretariat ein Meldungsentwurf über ein Zusammenschlussvorhaben eingegangen. Danach beabsichtigt Swisscom über ihre österreichische Tochterfirma Hospitality Services GmbH die Assets von Deuromedia zu erwerben. Nach Prüfung der Vollständigkeit des Meldungsentwurfs teilte das Sekretariat mit Schreiben vom 21. Dezember 2012 Swisscom dessen Unvollständigkeit mit.

12. Mit Schreiben vom 21. Februar 2013 reichte Swisscom sodann die Meldung des Zusammenschlussvorhabens ein, welche beim Sekretariat am 22. Februar 2013 einging. Mit Schreiben vom 22. Februar 2013 bestätigte das Sekretariat den Eingang der Meldung und mit Schreiben vom 1. März 2013 deren Vollständigkeit.

13. Zur Abklärung der Marktverhältnisse versandte das Sekretariat am 27. Februar 2013 Fragebogen an diverse Hotels in der Schweiz. Innert Frist haben 48 Hotels ihre Fragebogenantworten beim Sekretariat eingereicht.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

14. Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kartellgesetz, KG; SR 251). Das Kartellgesetz ist gemäss Art. 2 Abs. 2 KG auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden.

B.1.1 Unternehmen

15. 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). Gemäss Art. 3 Abs. 2 der Verordnung vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) gilt bei der Übernahme eines Teils eines Unternehmens dieser als beteiligtes Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes. Die Assets von Deuromedia sowie ihre Beteiligung an der Deuromedia S.R.L. bilden eine unternehmerische Einheit und stellen quasi die gesamte Geschäftstätigkeit von Deuromedia dar. Damit sind die von Swisscom zu übernehmenden Assets von Deuromedia als Unternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1^{bis} KG zu qualifizieren.

B.1.2 Auswirkungen in der Schweiz

16. Da Deuromedia in der Schweiz einen positiven Umsatz in der Höhe von [...] (Geschäftsjahr 2011) erzielt, hat das Zusammenschlussvorhaben eine Auswirkung in der Schweiz. Das Zusammenschlussvorhaben fällt daher in den Geltungsbereich des Kartellgesetzes und dieses ist folglich anwendbar.

B.1.3 Unternehmenszusammenschluss

17. 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). Gegenstand eines Zusammenschlussvorhabens können auch Teile eines Unternehmens darstellen (vgl. Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG i. V. m. Art. 3 Abs. 2 VKU). Notwendig ist allerdings, dass die betreffenden Unternehmensteile einen Geschäftsbereich mit eigener Marktpräsenz bilden, dem eindeutig ein Marktumsatz zugewiesen werden kann.⁶

³ Meldung vom 21. Februar 2013, S. 6 ff.

⁴ Meldung vom 21. Februar 2013, S. 9 f.

⁵ Meldung vom 21. Februar 2013, S. 10.

⁶ RPW 2008/3 417 Rz 19, *Swisscom AG/Verizon Switzerland*.

18. Vorliegend übernimmt Swisscom die Assets von Deuromedia und damit den gesamten operativen Geschäftsbetrieb. Deuromedia vertreibt die ICT-Plattform DIP. Damit bildet der Geschäftsbereich eine eigene Marktpräsenz, welchem ein Marktumsatz zugewiesen werden kann. Daher ist die Übernahme der Assets von Deuromedia als Unternehmenszusammenschluss im Sinne des Kartellgesetzes zu qualifizieren.

19. Ein Unternehmen erlangt im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG die Kontrolle über ein bisher unabhängiges Unternehmen (Zielunternehmen), wenn es durch den Erwerb von Beteiligungsrechten oder auf andere Weise die Möglichkeit erhält, einen bestimmenden Einfluss auf die Tätigkeit des Zielunternehmens auszuüben (Art. 1 VKU). Swisscom übernimmt die gesamte Geschäftstätigkeit von Deuromedia und erhält so einen bestimmenden Einfluss auf diese. Somit findet ein Kontrollwechsel statt, wobei Swisscom die alleinige Kontrolle über die Geschäftstätigkeit von Deuromedia erhält.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

20. Dem Kartellgesetz sind Vorschriften vorbehalten, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen (Art. 3 Abs. 1 KG). In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine gesetzlich vorbehaltenen Vorschriften im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG. Der Vorbehalt von Art. 3 Abs. 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.3 Meldepflicht

21. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens CHF 2 Mrd. oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

22. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen haben im Jahr 2011 die nachfolgenden Umsätze erzielt:

	Swisscom	Deuromedia	Gesamt
Schweiz	9'243'000'000	[...]	[...]
Weltweit	11'467'000'000	[...]	[...]

Tabelle 1: Umsatz der beteiligten Unternehmen im Geschäftsjahr 2011 (in Franken)

23. Die Umsatzschwellen sind gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG im Falle von Deuromedia nicht erreicht. Gemäss Art. 9 Abs. 4 KG besteht jedoch ungeachtet des Erreichens dieser Umsatzschwellen eine Meldepflicht, wenn am Zusammenschluss ein Unternehmen beteiligt ist, für welches in einem Verfahren nach Kartellgesetz rechtmässig festgestellt worden ist, dass es in der Schweiz auf einem bestimmten Markt eine beherrschende Stellung hat und der Zusammenschluss diesen oder einen solchen Markt betrifft, der ihm vor- oder nachgelagert oder benachbart ist.

24. Im Verfahren Telecom PTT/Blue Window hat die WEKO rechtskräftig festgestellt, dass die Telecom PTT (heute: Swisscom) auf dem schweizerischen Telefonemarkt marktbeherrschend ist.⁷ Da Deuromedia nicht direkt auf diesem Markt aktiv ist und insbesondere selbst keine leitungsgebundenen Datenübertragungsdienstleistungen anbietet, bleibt zu prüfen, ob das Zusammenschlussvorhaben einen dem Markt für Festnetztelefonie vor- oder nachgelagerten oder benachbarten Markt betrifft.

B.3.1 Nachgelagerter Markt

25. Unter vor- oder nachgelagerten Märkten sind Märkte zu subsumieren, die in der Wertschöpfungskette vorher oder nachher kommen. Unter benachbarten Märkten dürften Märkte von Gütern verstanden werden, die bis zu einem gewissen Grad substituierbar sind oder deren Nachfrage parallel verläuft.

26. Im Fall Hospitality Services Plus SA/Wayport Holdings A/S hat die WEKO die Dienstleistungen High Speed Internetzugang in Hotels, Business Center Solutions, Konferenzdienstleistungen und digitale Informationssysteme als dem Markt für Festnetztelefonie nachgelagerte Dienstleistungen angesehen.⁸ Im Fall Swisscom Eurospot AG/Core Communications Corporation kam die WEKO zu demselben Ergebnis und hat Datenkommunikationsdienstleistungen und insbesondere damit verbundene High Speed Internetzugänge in Hotels, Business Center Solutions, Konferenzdienstleistungen und digitale Informationssysteme als dem Markt für Festnetztelefonie sowie den dazugehörigen Diensten ebenfalls als nachgelagerte Bereiche qualifiziert.⁹ In beiden Fällen hat die WEKO allerdings die Marktabgrenzung offen gelassen.

27. Gemäss eigenen Angaben ist Deuromedia auf den Märkten für Internetzugang in Hotels, für Business Solutions in Hotels und vergleichbaren Lokalitäten, für Konferenzdienstleistungen und für digitale Informationssysteme nicht aktiv.¹⁰ Swisscom ist der Auffassung, dass die

⁷ RPW 1997/2 174 Dispositiv Rz 1, *Telecom PTT/Blue Window*.

⁸ RPW 2010/2 239 Rz 4 f., *Hospitality Services Plus SA/Wayport Holdings AS*.

⁹ RPW 2006/2 294 Rz 35 und 45 f., *Swisscom Eurospot AG/Core Communications Corporation*.

¹⁰ Schreiben Swisscom vom 21. Februar 2013, S. 2.

von Deuromedia angebotenen reinen Softwaredienstleistungen (IPTV-Lösungen und Support) und die Angebote im Bereich von VOD-Content für die Hotellerie andere als die von den Wettbewerbsbehörden in den oben genannten Fällen abgegrenzten Märkte betreffen und Deuromedia in diesen Märkten nicht aktiv ist.

28. Gemäss Praxis der WEKO sind unter digitalen Informationssystemen insbesondere digitale Multimedialinformationssysteme zu verstehen, mittels welchen den Hotelgästen Multimediainhalte wie Werbe- und Videoclips, Event- und Konferenzinformationen, Anzeigen, personalisierte Nachrichten, Börsendaten, Wetterinformationen etc. bereitgestellt werden können.¹¹ Unter die Bereitstellung von Multimediainhalten ist ebenfalls das Bereitstellen von Fernsehprogrammen, Radiosendern und VOD-Content zu subsumieren. Aus diesen Gründen ist – entgegen der Annahme von Swisscom (vgl. Rz 27) – die von Deuromedia vertriebene Plattform DIP als digitales Informationssystem zu qualifizieren.

29. Deuromedia vertreibt mit DIP eine Datenkommunikationsplattform für Hotels, über welche digitale Medieninhalte sowie optional der Internet-Zugang für den Hotelgast bereitgestellt und abgerechnet werden. Zwar ist für das Anbieten von VOD sowie für das Funktionieren der DIP ein Internetzugang nicht zwingend notwendig. So können beispielsweise die über DIP dem Hotelgast angebotenen Medieninhalte auch über einen hoteleigenen Server bereitgestellt werden. Hierzu muss allerdings das Hotel eine entsprechende Infrastruktur bereitstellen. Dennoch wird auch bei Vorhandensein eines hoteleigenen Servers zumindest für die Bereitstellung von Internetzugangsdienstleistungen und neuem VOD-Content sowie für die Übertragung von Software-Updates ein Internetzugang als Vorleistungsdienstleistung benötigt.

30. Zudem ist davon auszugehen, dass Swisscom die Dienstleistungen von Deuromedia im Bündel mit dem Internetzugang vermarkten wird oder zumindest diese Dienstleistungen verkaufsfördernd (Cross- und Upselling) genutzt werden. DIP bietet unter anderem als optionale Funktionalität Internetradio sowie „Internet over TV“ an. Letztere erlaubt den Gästen mittels einer drahtlosen Tastatur über das TV-Gerät im Internet zu surfen. Laut Einschätzung der Zusammenschlussparteien handle es sich bei diesen Optionen jedoch lediglich um Dienstleistungen basierend auf einem Internetzugang, wobei der Internetzugang nicht von Deuromedia bereitgestellt wird.¹² Unabhängig davon kann aber festgehalten werden, dass die verschiedenen Funktionen von DIP erst in Verbindung mit einem Internetzugang voll ausgeschöpft werden können.

31. Die WEKO hat in ihrer Praxis bereits digitale Informationssysteme, zu welchen auch DIP gehört, als dem Markt für Festnetztelefonie nachgelagerte Dienstleistungen angesehen (vgl. Rz 28). Zudem wird für verschiedene Funktionalitäten von DIP ein Internetzugang benötigt (vgl. Rz 30). Daher sind auch im vorliegend zu beurteilenden Zusammenschlussvorhaben die Dienstleistungen von Deuromedia als dem Markt für Festnetztelefonie nachgelagerte Dienstleistungen anzusehen.

32. Schliesslich erwähnt die Botschaft zum Kartellgesetz bezüglich Art. 9 Abs. 4 KG, dass darunter 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). Im Zusammenschlussvorhaben Swisscom – Cinetrade ging die WEKO davon aus, dass aufgrund der vertikalen Verflechtung von Inhalten (im Bereich Pay TV, Kinos etc.) und Zugang zum Internet von einem vor- bzw. nachgelagerten Markt auszugehen ist.¹³

33. Im vorliegend zu beurteilenden Zusammenschlussvorhaben beinhalten die Dienstleistungen von Deuromedia einerseits VOD-Content und andererseits digitale Informationssysteme. Dies führt auch vorliegend zu einer vertikalen Verflechtung von Inhalten (insbesondere VOD-Inhalte) bzw. dem Informationssystem DIP und dem von Swisscom flächendeckend bereitgestellten Zugang zum Internet. Daher ist auch aus diesen Gründen von einem vor- bzw. nachgelagerten Markt auszugehen.

34. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Bereiche „IPTV-Lösungen“ und „VOD-Content“ als dem Markt für Festnetztelefonie nachgelagert zu begreifen sind. Das Zusammenschlussvorhaben ist daher aufgrund der marktbeherrschenden Stellung von Swisscom auf dem Markt für Festnetztelefonie unabhängig vom Erreichen der Umsatzschwellen (Art. 9 Abs. 1 KG) gemäss Art. 9 Abs. 4 KG meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

35. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die WEKO, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

36. Gemäss Art. 4 Abs. 2 KG gelten einzelne oder mehrere Unternehmen als marktbeherrschend, wenn sie auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten.

37. 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

38. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren und Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

¹¹ RPW 2006/2 294 f. Rz 45, *Swisscom Eurospot AG/Core Communications Corporation*.

¹² Meldung vom 21. Februar 2013, S. 7.

¹³ RPW 2005/2 365 Rz 32, *Swisscom – Cinetrade*.

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

40. Das Zusammenschlussvorhaben bezieht sich auf den Bereich der (Daten)kommunikations- und Unterhaltungsdienstleistungen für Hotels. Aus Sicht der Nachfrager werden Internetzugangs-, IPTV-Lösungen sowie VOD-Content (und damit zusammenhängende Dienstleistungen) nachgefragt. Daher rechtfertigt es sich für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens einen Endkundenmarkt für Breitbandinternet, einen Markt für digitale Informationssysteme im Hospitality-Bereich und einen Markt für VOD-Content im Hospitality-Bereich abzugrenzen.

B.4.1.1 Endkundenmarkt für Breitbandinternet

41. Zum Surfen im Internet oder für die Datenübertragung zwischen verschiedenen Standorten fragen Endkunden drahtgebundene Datenverbindungen nach. Dabei kann grundsätzlich zwischen Dial-up- und Breitbandverbindungen unterschieden werden, wobei sich diese Verbindungen im Wesentlichen über die Bandbreite unterscheiden. Fernmeldedienstleister erbringen entweder auf einer eigenen Netzwerkinfrastruktur oder über die Netzwerkinfrastruktur eines Dritten entsprechende Datenübertragungsdienstleistungen mit unterschiedlichen Bandbreiten und Eigenschaften.

42. Auf dem Endkundenmarkt für Breitbandinternet fragen Privat- und Geschäftskunden drahtgebundene Datenverbindungen nach. Solche können einerseits für einen Zugang zum Internet und andererseits für die Vernetzung verschiedener Standorte genutzt werden. Auf der Anbieterseite stehen Fernmeldedienstleister, die solche Datenübertragungsdienstleistungen anbieten.

43. Auf eine weitere Unterteilung des Marktes in einen Privatkunden- und Geschäftskundenbereich wird vorliegend verzichtet, da Deuromedia gemäss Meldung auf dem Markt für Breitbandinternet ohnehin nicht aktiv ist. Von den vom Zusammenschluss betroffenen Unternehmen ist lediglich Swisscom auf diesem Markt tätig. Die Beschreibung dieses Marktes ist vorliegend dennoch insofern relevant, als der Internetzugang als Vorleistungs- oder Ergänzungsprodukt für gewisse Dienstleistungen von Deuromedia zu betrachten ist (z. B. Bezug von neuem VOD-Content, Übertragung von Software-Updates, optionale Funktionalität „Internet over TV“, vgl. Rz 30).

44. Da sich die drahtgebundenen Netzwerkinfrastrukturen zur Datenübertragung nur auf das Gebiet der Schweiz erstrecken, ist in räumlicher Hinsicht von einem schweizweiten Markt auszugehen.¹⁴ Auf eine weitere Unterteilung des Marktes in räumlicher Hinsicht wird für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens verzichtet.

B.4.1.2 Markt für digitale Informationssysteme im Hospitality-Bereich

45. In ihrer bisherigen Praxis hat die WEKO im Bereich Datenkommunikationsdienstleistungen und Internetlösungen in Hotellerie und Gastgewerbe folgende vier Geschäftsfelder unterschieden: High Speed Internet-

Zugang in Hotels, Business Center Solutions, Konferenzdienstleistungen und digitale Informationssysteme.¹⁵

46. Hierbei werden digitale Informationssysteme neben den in Rz 28 erwähnten Einsatzmöglichkeiten auch für die Bereitstellung von Paid-Content im Hotelzimmer eingesetzt. Für die Bereitstellung von Medieninhalten gegen Bezahlung können digitale Informationssysteme mit dem hoteleigenen Abrechnungssystem verbunden werden.

47. Digitale Informationssysteme sowie damit zusammenhängende Supportleistungen beinhalten oft auch IPTV-Lösungen und dienen dem Anzeigen von Inhalten. Über die von Deuromedia vertriebene DIP können laut Meldung Hotelgäste über digitale Dienste wie z. B. TV-Kanäle, Video und Musik on Demand verfügen.¹⁶ Zudem dient die Plattform der Vermittlung von folgenden Informationen: Wetterbericht, News, Hotelinfo, Infos zu Konferenzen, Bill Preview sowie Business and Travel etc. Darüber hinaus können kundenspezifische „Welcome Screens“ und weitere kundenspezifische Mitteilungen angezeigt werden. Demzufolge sind die von Deuromedia angebotenen IPTV-Lösungen dem Segment der digitalen Informationssysteme zuzuordnen (vgl. auch Rz 28).

48. Neben Deuromedia gibt es unter anderem folgende weitere Anbieter im Bereich von digitalen Informationssystemen: Quadriga, Acentic (Becom), iBahn, Otrum (Sensiq, Genesis), Hotelmedia, Swisscom Hospitality Services, Hotel2Go und Locatel.

49. Digitale Informationssysteme sind relativ kostspielig und werden vorwiegend von höher klassierten Hotels aus der ganzen Schweiz nachgefragt. Da in der Hotellerie internationale Hotelketten weit verbreitet sind, werden digitale Informationssysteme denn auch international nachgefragt. Der Markt für digitale Informationssysteme ist daher in räumlicher Hinsicht mindestens schweizweit, wenn nicht weltweit abzugrenzen.

B.4.1.3 Markt für VOD-Content im Hospitality-Bereich

50. Im Hospitality-Bereich bieten oft auch Anbieter von digitalen Informationssystemen, wie beispielsweise Deuromedia, zusätzlich VOD-Content an. VOD-Angebote werden im Hospitality-Bereich in der Regel von höher klassierten Hotels aus der ganzen Schweiz nachgefragt.

51. Gemäss Meldung beliefert Deuromedia nicht nur Kunden in der Schweiz, sondern weltweit mit VOD-Inhalten.¹⁷ Zudem hat die Auswertung der Stellungnahmen zum Fragebogen ergeben, dass viele schweizerische bzw. in der Schweiz tätige Hotels VOD-Inhalte von international tätigen Anbietern beziehen. Die Vermutung liegt nahe, dass dies umso mehr für internationale Hotelketten gilt. Daher wird für die Zwecke des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens mindestens von einem schweizweiten, wenn nicht weltweiten Markt ausgegangen.

¹⁴ RPW 2012/1 130 Rz 50, *Apax Partners LLP/Orange Communications S.A.*

¹⁵ RPW 2006/2 293 Rz 33, *Swisscom Eurospot AG/Core Communications Corporation.*

¹⁶ Meldung vom 21. Februar 2013, S. 7 f.

¹⁷ Meldung vom 21. Februar 2013, S. 6.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

52. 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.

B.4.2.1 Endkundenmarkt für Breitbandinternet

53. Aufgrund der starken Marktstellung von Swisscom auf dem Endkundenmarkt für Breitbandinternet sind die Marktanteilsschwellen auf diesem Markt erreicht. Da Deuromedia aber auf diesem Markt keine Geschäftstätigkeit entfaltet, entstehen durch das Zusammenschlussvorhaben keine Marktanteilsadditionen. Vorstellbar wäre, dass Swisscom durch die Übernahme von Deuromedia geringfügig aufgrund von Cross- und Upselling-Möglichkeiten von digitalen Informationssystemen und Breitbandinternet an Marktanteilen gewinnen könnte. Im Ergebnis hat das Zusammenschlussvorhaben auf diesem Markt aber keinen wettbewerblich relevanten Einfluss im Sinne einer Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 10 Abs. 2 Bst. a KG).

B.4.2.2 Markt für digitale Informationssysteme im Hospitality-Bereich

54. Auf dem Markt für digitale Informationssysteme im Hospitality-Bereich ist von einem betroffenen Markt auszugehen, wenn Swisscom einen Marktanteil von 30 % oder mit Deuromedia zusammen einen gemeinsamen Marktanteil von 20 % erreicht.

55. Die beim Sekretariat eingegangenen Stellungnahmen zum Fragebogen haben gezeigt, dass es zahlreiche Anbieter von IPTV-Lösungen gibt wie z.B. Quadriga, Otrum, Acentic, iBahn, Locatel, Cablecom, Nodiq und AVS. Von den befragten Hotels gab lediglich eines an, die Lösung von Deuromedia im Bereich der Kommunikations- und Unterhaltungsdienstleistungen einzusetzen.

56. Wie weiter oben bereits erwähnt (vgl. Rz 49) und wie aus den Fragebogenantworten hervorgeht, beziehen vorwiegend 4- und 5-Sterne Hotels Dienstleistungen im Bereich der digitalen Informationssysteme. Gemäss Meldung zählt Swisscom in der Schweiz [...] Hotelkunden, die sie mit IPTV-Lösungen beliefert. Im Falle von Deuromedia handelt es sich lediglich um [...] Hotelkunden.¹⁸

57. In Ermangelung konkreter Zahlen muss für die Frage, ob vorliegend der Markt für digitale Informationssysteme im Hospitality-Bereich als betroffener Markt zu qualifizieren ist, auf folgende Schätzungen abgestellt werden (unter Berücksichtigung der eingegangenen Stellungnahmen zum Fragebogen): In der Schweiz gibt es 91 5-Sterne Hotels sowie 455 4-Sterne Hotels.¹⁹ Geht man von in einem „Bottom-Szenario“ ohne Berücksichtigung der 3-Sterne Hotels davon aus, dass mindestens [...] %

der 5-Sterne Hotels und [...] % der 4-Sterne Hotels in der Schweiz IPTV-Lösungen beziehen, ergibt dies einen gemeinsamen Marktanteil von SHS und Deuromedia von [0-10] %.²⁰ Auf das Einbeziehen der 3-Sterne Hotels in die Berechnung des Gesamtmarktvolumens wird vorliegend verzichtet, da die meisten Hotels, die den Fragebogen beantwortet haben, ausgeführt haben, dass IPTV-Lösungen vorwiegend von 4- oder 5-Sterne Hotels eingesetzt werden. Der hier ausgerechnete gemeinsame Marktanteil von [0-10] % resultiert aus einer vorsichtigen Marktvolumenberechnung. Würde man noch weitere Hotels in die Berechnung miteinbeziehen, würde sich der gemeinsame Marktanteil von SHS und Deuromedia verhältnismässig verkleinern.

58. Mit einem gemeinsamen Marktanteil in der Schweiz von [0-10] % auf dem Markt für digitale Informationssysteme liegt kein betroffener Markt im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vor.

B.4.2.3 Markt für VOD-Content im Hospitality-Bereich

59. Auf dem Markt für VOD-Content im Hospitality-Bereich ist von einem betroffenen Markt auszugehen, wenn Swisscom einen Marktanteil von 30 % oder mit Deuromedia zusammen einen gemeinsamen Marktanteil von 20 % erreicht.

60. Die Auswertung der Stellungnahmen zum Fragebogen hat ergeben, dass der Grossteil der 4- und 5-Sterne Hotels VOD-Content nachfragt. Auf Anbieterseite ist festzuhalten, dass VOD-Content als Zusatzdienstleistung von denselben Unternehmen vertrieben wird, welche auch digitale Informationssysteme anbieten (vgl. dazu Rz 50). Gemäss Meldung vertreiben SHS und Deuromedia in der Schweiz ihre IPTV-Lösungen an insgesamt [...] Hotelkunden. SHS und Deuromedia bieten den Hotels, die IPTV-Lösungen abnehmen, auch Content für VOD an. Daher kann davon ausgegangen werden, dass die [...] genannten Hotels, die mit IPTV-Lösungen von SHS oder Deuromedia beliefert werden, ebenfalls VOD-Content von denselben Unternehmen beziehen. Aus diesem Grund kann für die Marktvolumenberechnung auf die Ausführungen zum Markt für digitale Informationssysteme verwiesen werden (Rz 57).

61. Swisscom erhält durch die Übernahme der Assets von Deuromedia zusätzlich die [...] Kunden in der Schweiz, die sich im Kundenstamm von Deuromedia befinden. Damit führt das Zusammenschlussvorhaben zu vernachlässigbar kleinen Marktanteilsadditionen, die in keiner Weise geeignet sind, eine allenfalls bestehende marktbeherrschende Stellung zu verstärken oder eine solche zu begründen.

¹⁸ Meldung vom 21. Februar 2013, S. 17.

¹⁹ Anzahl Hotels abrufbar unter: www.swisshotels.ch, zuletzt besucht am 12. März 2013.

²⁰ Swisscom macht in ihrer Meldung vom 21. Februar 2013 (S. 18) geltend, dass ausgehend von einem „Bottom-Szenario“ [...] % der 5-Sterne, [...] % der 4-Sterne und [...] % der 3-Sterne Hotels über eine IPTV-Lösung verfügen. Anhand der Fragebogenantworten konnte diese Einschätzung bestätigt werden. Daher ist vorliegend von diesen Prozentsätzen auszugehen. [...] Davon sind [...] Hotels Kunden von SHS oder Deuromedia. Dies ergibt einen Marktanteil von [0-10] %.

B.5 Schlussfolgerungen

62. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens Swisscom (Schweiz) AG / Deuromedia keine Anhaltspunkte ergeben hat, 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

5. Zurmont/EGSB/Johan G. Olsen/Bauwerk/Boen

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 2. Mai 2013

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 2. Mai 2013

1. Am 9. April 2013 hat die Wettbewerbskommission (nachfolgend: WEKO) die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Demnach soll die Bauwerk Holding AG mit Sitz in Rotkreuz (nachfolgend: Bauwerk), welche heute von der Zurmont Madison Private Equity L.P. mit Sitz in den Channel Islands, Grossbritannien (nachfolgend: Zurmont), und der EGS Beteiligungen AG mit Sitz in Zürich (nachfolgend: EGSB) gemeinsam kontrolliert wird, zukünftig auch noch von der Johan G. Olsen mit Sitz in Kristiansand, Norwegen (nachfolgend: Johan G. Olsen), kontrolliert werden. Gleichzeitig übernimmt die Bauwerk 100 % des Aktienkapitals der Boen SA mit Sitz in Kristiansand, Norwegen (nachfolgend: Boen), von der Johan G. Olsen

2. Die Zurmont ist eine Private Equity Investmentgesellschaft, deren Berater (Zurmont Madison Management AG) in Zürich ansässig ist. Zurmont finanziert als Buy-out Fonds mittelständische Unternehmen, die ihren Hauptsitz in der Schweiz, Deutschland oder Österreich haben.

3. Die EGSB ist eine 100%-ige Tochter der Ernst Göhner Stiftung. Die Ernst Göhner Stiftung mit Sitz in Zug, Schweiz, hat sowohl unternehmerischen als auch philanthropischen Charakter. Die EGSB finanziert Wachstums- und Buy-out Vorhaben von mittleren und grösseren privaten wie auch börsenkotierten Unternehmen in der Schweiz.

4. Die Johan G. Olsen ist eine Holdinggesellschaft, die mehrheitlich im Familienbesitz steht. Zu der Holding gehören die Boen, die JGO Concrete (Herstellung von Pflastersteinen für den Gemeinbedarf in Norwegen) und die Jiffy-Gruppe, welche im Bereich von Zucht und Kultivierung von Pflanzen tätig ist.

5. Die Bauwerk ist über verschiedene Tochtergesellschaften in der Herstellung von Parkett tätig. Bauwerk wurde 1944 in St. Margrethen, Schweiz, gegründet. Bauwerk beschäftigt rund 550 Mitarbeiter und hat Produktionsstandorte in St. Margrethen, Österreich und Frankreich. Zudem lässt Bauwerk Parkett (über einen Partner) in Strizivojna (Kroatien) produzieren.

6. Die Boen ist ein internationaler Lieferant im Parkettgeschäft und verkauft seine Produkte in mehr als 40 Ländern auf vier Kontinenten. Hauptsitz des Unternehmens ist in Norwegen. Boen verfügt über Produktions-

stätten in Russland, Litauen, Norwegen und Deutschland.

7. Mit der Transaktion sollen zwei Wettbewerber (Bauwerk und Boen) zusammengeführt und Kostenersparnisse im Bereich Einkauf und Logistik erzielt werden. Boen soll zu diesem Zweck zu 100 % von Bauwerk übernommen werden, die wiederum nach dem vollzogenem Zusammenschluss der gemeinsamen Kontrolle von Zurmont, EGSB und Johan G. Olsen unterliegen soll.

8. Die beteiligten Unternehmen erreichten im letzten Geschäftsjahr einen weltweiten Umsatz von mehr als CHF 2 Mrd. und einen Schweizer Umsatz von jeweils mehr als CHF 100 Mio. Die gesetzlichen Umsatzschwellen sind demnach erreicht, weshalb das Zusammenschlussvorhaben nach Art. 9 Abs. 1 KG meldepflichtig ist.

9. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

10. Bauwerk, als Tochtergesellschaft von Zurmont und EGSB, ist auf dem Markt für Parkettböden tätig. Boen, die 100%-ige Tochtergesellschaft von Johan G. Olsen, ist ebenfalls auf dem Markt der Herstellung und des Vertriebs von Parkettböden tätig. Darüber hinaus gibt es keine geschäftlichen Überschneidungen.

11. Sowohl Bauwerk als auch Boen verkaufen ihre Produkte europaweit. Daneben wird die Produktion der wesentlichen Wettbewerber zu einem Grossteil in Osteuropa vorgenommen. Ein Vergleich der internationalen Parkett- und Laminatherstellern zeigt, dass diese ebenfalls weltweit, auf jeden Fall europaweit geschäftlich aktiv sind.

12. Aufgrund der Ähnlichkeit zwischen Laminat und Parkett kann man von der Substituierbarkeit aus Sicht des Kunden und somit von einem gemeinsamen Markt sprechen. Holz und Laminat sind aufgrund ihrer ähnlichen Eigenschaften und ihres ähnlichen Aussehens austauschbar.¹ Auch die Wettbewerbskommission sprach dem Laminatboden die grösste Ähnlichkeit mit einem Parkettfußboden zu.² Dies spricht für die Annahme eines sachlich relevanten Marktes von Laminat und Parkett. Nach Auffassung der WEKO kann für die Zwecke

¹ Vgl. Entscheidung EG Kommission, COMP/M.2051 – Nordic Capital / Hiag / Nybron / Bauwerk, Rz 10: Laminat and wooden flooring could be considered as substitutable in demand insofar as they meet the same need as regards function, aesthetics and price. In addition, the optical appearance of laminate flooring resembles wooden flooring and its properties are in many aspects similar. Moreover, the two types of flooring are also substitutable as they are supplied through the same channels. Laminate flooring is distributed in the same manner as wooden flooring i.e. through professional installers, dealers and do-it-yourself home centres.

² RPW 2000/3, 443, *Nordic Capital/Hiag/Nybron*.

des vorliegenden Zusammenschlussverfahrens die exakte Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes jedoch offen gelassen werden, da das geplante Vorhaben selbst bei Annahme einer engen Abgrenzung in separate Märkte für Laminat und Parkett zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken führt.

13. Gemäss der Praxis³ der WEKO und in Übereinstimmung mit der Praxis der EU Kommission⁴ kann für den Zweck des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens die Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes europaweit angenommen werden. Die exakte Abgrenzung des räumlich relevanten Marktes kann jedoch offen gelassen werden, da das geplante Vorhaben selbst bei Annahme einer engen räumlichen Abgrenzung zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken führt.

14. 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 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.

15. Vorliegend wird – wie oben ausgeführt – von einem europaweiten Markt ausgegangen, weshalb mit einer Marktanteilsaddition auf insgesamt [1-10] % in Europa kein betroffener Markt im Sinne von art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU vorliegt und somit der Zusammenschluss als unbedenklich einzustufen ist. Selbst bei einer engen Abgrenzung eines nationalen, schweizweiten Marktes für Parkett, führt das Zusammenschlussvorhaben in der Schweiz zu keinen bedeutenden Marktanteilsadditionen.

16. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Art. 10 KG sind daher nicht gegeben.

³ RPW 2000/3, 443 ff., *Nordic Capital/Hiag/Nybron*.

⁴ Europäische Kommission, COMP/M.2051, 4. August 2000, *Nordic Capital/Hiag/Nybron/Bauwerk*.

B 2.3

6. Swisscom IT Services AG/Entris Banking AG

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

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

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

Mitteilung gemäss Art. 16 Abs. 1 VKU vom 27. März 2013

Stellungnahme der Wettbewerbskommission 27. März 2013

A Sachverhalt

1. Am 19. Februar 2013 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt Swisscom IT Services AG (SITS) einen von der Entris Banking AG (Entris) abzuspaltenden Unternehmensteil Entris Integrator (ENTI) zur alleinigen Kontrolle zu übernehmen.

2. SITS ist ein 100-prozentiges Tochterunternehmen der Swisscom AG mit Sitz in Bern und ist heute in die Geschäftsbereiche Outsourcing Services¹, Workplace Services², SAP Services³ und Finance Services gegliedert. Über den Geschäftsbereich Finance Services bietet SITS der Finanzindustrie IT-Lösungen an, umfassend branchenspezifische Standardsysteme und individuelle Lösungen. Darüber hinaus handelt dieser Geschäftsbereich über die Swisscom IT Services Sourcing AG (SITS Sourcing) als Business-Process-Outsourcing-Partner für Kantonal- und Universalbanken und übernimmt in dieser Funktion die Abwicklung des Wertschriftengeschäfts und des Zahlungsverkehrs (BackOffice-Leistungen).

3. Entris ist eine 100-prozentige Tochter der RBA-Holding AG (RBA), die die Beteiligung an Unternehmen jeder Art, insbesondere jedoch im Finanz- und Dienstleistungsbereich, mit dem Ziel, die Leistungs- und Konkurrenzfähigkeit der angeschlossenen Regionalbanken in der Schweiz zu fördern, bezweckt. An der RBA sind folgende Unternehmen beteiligt: Valiant-Gruppe (58,1 %), Clientis-Gruppe (26,0 %) und restliche RBA-Banken (15,9 %).

4. Der abzuspaltende Teil ENTI umfasst die Geschäftsfelder IT Outsourcing (ITO) inklusive Integratorengeschäft⁴ sowie Teile des Business Process Outsourcing (BPO), die Entris den RBA angeschlossenen Regionalbanken erbringt. Namentlich bezweckt ENTI den Betrieb eines Dienstleistungszentrums für Banken und Unternehmen im banknahen Bereich. Diese Geschäftstätigkeit umfasst insbesondere Leistungen in den Bereichen BackOffice, Informatik, Beratung und Ausbildung von Mitarbeitenden der Kundenbanken im Umgang mit der Businessplattform (auch Kernbankensystem oder Standardsystem/-lösung für Banken genannt) von ENTI⁵.

5. SITS übernimmt keine Geschäftsfelder von Entris, die eine Bankenlizenz bedingen würden. SITS verfügt nicht über eine Bankenlizenz und strebt gemäss Parteiangabe eine solche auch nicht an.

6. Vor dem eigentlichen Unternehmenszusammenschluss wird der von Entris abzuspaltende Unternehmensteil ENTI auf dem Wege einer „klassischen“ zweistufigen Spaltung auf eine neue Aktiengesellschaft übertragen, die von der Verkäuferin RBA zu 100 % gehalten werden wird. Diese (noch) zu gründende Aktiengesellschaft wird dann an SITS übertragen.⁶

7. Die unmittelbaren Ziele des Erwerbs von ENTI durch SITS sind der Erwerb der Businessplattform der Entris Banking AG basierend auf der standardisierten Gesamtbankenstandardlösung Finnova⁷ und der zugehörigen Kundenverträge mit den RBA-Banken. SITS wird dadurch ermöglicht, Business Service Provider-Dienstleistungen (BSP) auf einer eigenen Businessplattform anbieten zu können (dies in Ergänzung der von SITS Sourcing bereits erbrachten BPO-Leistungen) und die technischen und operativen Voraussetzungen zur Realisierung des strategisch angestrebten Verarbeitungszentrums zu schaffen.⁸

8. Zusammen mit der angestrebten, aber noch nicht spruchreifen Übernahme von [...] ⁹ könnte sich SITS als bankfachlicher Ansprechpartner mit umfassendem BSP-Angebot auf einer eigenen Plattform positionieren. Im

¹ Dieser Geschäftsbereich von SITS bietet den Unternehmen die Teil- und Fulloutsourcing der IT-Infrastruktur, den Handelsplatz Conextrade für den Einkauf von Produktions- und Verbrauchsgütern und die Erledigung von Rechnungs- und Zahlungsprozessen an. Zudem betreibt dieser Geschäftsbereich mehrere Rechenzentren.

² Dieser Geschäftsbereich erbringt vollständige Dienstleistungen rund um den Arbeitsplatzrechner (Beratung, Planung, Auslieferung, Installation sowie Support, Wartung und Reparatur im Bereich Soft- und Hardware, Betrieb von Druckersysteme und Netzwerke) und bietet Unterstützung beim Betrieb der Bürokommunikationsinfrastruktur.

³ Dieser Geschäftsbereich befasst sich mit der Planung, Entwicklung, Implementation und dem Betrieb von SAP-Lösungen für mittlere und grössere Unternehmen.

⁴ Gemäss Parteiangabe beinhalten Integratorenleistungen z.B. Servicemanagement und Architekturmanagement. Als Integrator bündelt die Entris Banking AG verschiedene Leistungskomponenten aus unterschiedlichen Stufen der Wertschöpfungskette, unabhängig davon, ob diese Leistungen vom Integrator selber entwickelt/bereitgestellt oder von externen Lieferanten zugekauft werden.

⁵ Die Businessplattform ist eine bereits lauffähige (d.h. parametrisierte) Bankenplattform (Kernbankensystem und 35 Umsysteme) und beinhaltet damit alle Funktionen, die für die Abwicklung von Wertschriften und Zahlungsverkehr (inkl. e-Banking) und das Kreditgeschäft erforderlich sind.

⁶ Dieses Unternehmen wird einstweilen unter Entris Integrator AG firmieren und seinen Sitz bei der Entris Banking AG haben.

⁷ Die finnova AG Bankware zählt sich zu den führenden Schweizer Anbietern von Bankensoftware und vertreibt insbesondere ihre modulare Gesamtbankenstandardlösung Finnova (vgl. www.finnova.ch).

⁸ Leistungen, die im „BPO-Modus“ erbracht werden, werden auf einer Kernbankenplattform erbracht, die unter der Hoheit der jeweiligen Kundenbank steht. Eine Verarbeitung im „BSP-Modus“ erfolgt auf Systemen, die unter der Hoheit eines Outsourcing- bzw. BSP-Dienstleisters stehen.

⁹ [...]

Rahmen einer solchen industriellen Lösung könnte SITS zusätzlich zu den heutigen Teilleistungen in den Bereichen ITO und BPO ein Full-Outsourcing-Angebot bereitstellen und so ihre heutige Stellung als BPO-Anbieterin und Application Service Provider (ASP) erweitern.

9. Das strategisch angestrebte Verarbeitungszentrum würde SITS eine Abdeckung und Steuerung von grösseren Teilen der Wertschöpfungskette von Banken ermöglichen (Leistungen, die eine Banklizenz erfordern, sind von der Transaktion nicht betroffen). Den Banken könnte mittels einer standardisierten Verarbeitung im „outsourceten“ BackOffice-Bereich eine höhere Effizienz, nachhaltige Kostenreduktionen und sinkende Transaktionspreise infolge der Erzielung von Skaleneffekten ermöglicht werden.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

B.1.1 Unternehmen

11. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

Beteiligte Unternehmen	Weltweiter Umsatz Geschäftsjahr 2012
Swisscom	CHF 11'348 Mio.
ENTI	CHF [100 Mio. – 150 Mio.] ¹⁰
Total	CHF [11'448 Mio. – 11'498 Mio.]

Beteiligte Unternehmen	Umsatz Schweiz Geschäftsjahr 2012
Swisscom	CHF 9'268 Mio.
ENTI	CHF [100 Mio. – 150 Mio.]

16. Die Umsatzschwellen von Art. 9 Abs. 1 KG sind damit erreicht. Das Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens im Rahmen der vorläufigen Prüfung

17. Meldepflichtige Zusammenschlüsse unterliegen der vertieften Prüfung durch die Wettbewerbskommission, sofern sich in einer vorläufigen Prüfung (Art. 32 Abs. 1 KG) Anhaltspunkte ergeben, dass sie eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken (Art. 10 Abs. 1 KG).

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

12. Der Zusammenschluss wird durch einen Aktienkauf bewirkt, bei welchem SITS 100 % der Aktien der noch zu gründenden Aktiengesellschaft, die aus dem von Entris abgespaltenen Unternehmensteil ENTI hervorgeht, erwirbt. Bei diesem Zusammenschlussvorhaben handelt es sich somit um einen Kontrollerwerb eines Unternehmens im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG und Art. 1 VKU.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

13. 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

14. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission (WEKO) zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens CHF 2 Mrd. oder einen auf die Schweiz entfallenden Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. aKG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

15. Die beteiligten Unternehmen erzielten im Geschäftsjahr 2012 folgende welt- und schweizweite Umsätze:

18. 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.

¹⁰ ENTI erzielt nur Umsätze in der Schweiz. Bei der Umsatzangabe von ENTI handelt es sich um einen Umsatz-Forecast für 2012 von RBA. Gemäss Parteiangabe liegt der Umsatz von ENTI auf jeden Fall über CHF 100 Mio.

19. Bevor aber das Zusammenschlussvorhaben in diesem Sinn näher beurteilt wird, ist auf folgendes hinzuweisen:

B.4.1 Verzicht auf einlässliche Beschreibung der Telekommunikationsmärkte

20. Die WEKO hat in ihrer bisherigen Rechtsprechung folgende Telekommunikationsmärkte, in welchen der Marktanteil der Swisscom 30 % oder mehr beträgt, abgegrenzt: Markt für Retail-Schmalbanddienste, insbesondere Sprachtelefonie im Festnetz;¹¹ Markt für drahtgebundene Retail-Breitbanddienste;¹² Wholesale-Markt für Breitbanddienste;¹³ Wholesale-Markt für den Zugang zur physischen Glasfasernetzinfrastruktur;¹⁴ Wholesale-Markt für Zugang und Originierung auf Mobilfunknetze;¹⁵ Wholesale-Markt für Terminierung von Anrufen in Mobilfunknetze;¹⁶ Wholesale-Markt für internationales Roaming (Roaming-Markt);¹⁷ Markt für Bezahlfernsehen;¹⁸ Markt für den Vertrieb von Mobilfunkabonnements;¹⁹ Markt für Mobilfunkdienstleistungen²⁰.

21. ENTI ist auf den vorgenannten Telekommunikationsmärkten nicht tätig.²¹ Bei dem vorgenannten sachlich relevanten Telekommunikationsmärkten handelt es sich folglich um betroffene Märkte ohne Anteilsadditionen gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU. Solche Märkte sind allerdings nur dann detailliert zu beschreiben, wenn die in der Mitteilung „Neue Praxis bei Zusammenschlüssen“ der WEKO vom 25. März 2009²² genannten Kriterien erfüllt sind.

22. Gemäss Dafürhalten des meldenden Unternehmens sind diese Kriterien vorliegend nicht gegeben. Zuerst seien die obigen Telekommunikationsmärkte den Märkten, auf welchen ENTI tätig ist, weder vorgelagert noch nachgelagert oder benachbart. Zudem bestätigt das meldende Unternehmen, dass ENTI weder einen Eintritt in oben genannte Telekommunikationsmärkte plant (oder Entris diese Zielsetzung in den vergangenen zwei Jahren verfolgt hat) noch über geistige Eigentumsrechte auf diesen Märkten verfügt oder auf den entsprechenden sachlichen, aber anderen räumlichen Märkten tätig ist.

23. Wie sich allerdings zeigt, kann offengelassen werden, ob tatsächlich keiner der oben genannten Telekommunikationsmärkte den Märkten, auf denen ENTI tätig ist, vorgelagert oder benachbart ist. Berührungspunkte ergeben sich jedenfalls nur insofern, als die Dienstleistungen von ENTI Verbindungen über Telekommunikationsdienste (Breitband-Internet) bzw. Mietleitungen²³ voraussetzen. Hierzu dürften vor allem Mietleitungen im Fernnetz bereitgestellt werden müssen. Gemäss der Feststellung der WEKO gibt es im Markt für Mietleitungen im Fernnetz genügend Wettbewerb, sodass ein unabhängiges Verhalten der Swisscom und damit eine marktbeherrschende Stellung ausgeschlossen werden kann.²⁴ Vor diesem Hintergrund ist nicht zu erwarten, dass das vorliegende Zusammenschlussverfahren Potential zu negativen konglomerale Effekten (z.B. Bundling von Leistungen) eröffnet. Auf Nachfrage hin hat das meldende Unternehmen denn auch bestätigt, dass die Kundenbanken in der Wahl ihrer Provider und der von ihnen gewünschten Leistungen (BPO, Application Management bzw. Software Maintenance Services, ITO / eine Kombination solcher Leistungen / BSP-Leistungen) auch nach dem Zusammenschluss frei blei-

ben werden. Beachtenswert ist in diesem Zusammenhang auch, dass die Kundenbanken die Verträge mit SITS für die BPO-Verarbeitung von Zahlungsverkehr und Wertschriften [innert relativ kurzer Fristen] kündigen können,²⁵ die Banken mithin leicht ausweichen können. Grundsätzlich disziplinierend wirkt zudem, dass die IT-Abteilungen der Banken diese Dienstleistungen ohne weiteres auch weiterhin selber erbringen oder gar selber oder über Tochtergesellschaften als Outsourcing-Anbieter in diesem Bereich tätig werden können.

24. Aus ähnlichen Gründen weckt das Zusammenschlussvorhaben auch keine Bedenken hinsichtlich vertikaler Abschottung. Hinzu kommt, dass eine vertikale Abschottung den mit dem Zusammenschluss verfolgten Zielen, SITS mit Hilfe der über ENTI erworbenen Businessplattform Finnova als umfassenden BSP-Dienstleister für Retailbanken zu positionieren und mittelfristig als führendes Verarbeitungszentrum im Schweizer Bankenmarkt zu etablieren²⁶, diametral widersprechen würde.

B.4.2 Relevante Märkte

B.4.2.1 Einleitende Bemerkungen zur Abgrenzung der relevanten Märkte

25. Die beiden am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen erbringen IT-Dienstleistungen.

26. Aus grundsätzlicher Sicht hat die WEKO bezüglich der Einteilung von IT-Dienstleistungen bisher die Auffassung vertreten, dass sich eine Einteilung der IT-Dienstleistungen in verschiedene Märkte als schwierig erweist, da sich die einzelnen Dienstleistungen teilweise überschneiden bzw. ineinander übergehen.²⁷

¹¹ RPW 2007/2, 314 Rz 27, *Swisscom AG / Fastweb S.p.A.*

¹² *Ibid.*, Rz 28.

¹³ RPW 2010/1, 123 ff. Rz 42 ff., *Preispolitik Swisscom ADSL* (nicht rechtskräftig).

¹⁴ RPW 2012/2, 236 ff. Rz 300 ff., *Glasfaser St. Gallen, Zürich, Bern, Luzern, Basel.*

¹⁵ RPW 2012/1, 132 Rz 72 ff., *Apax Partners LLP/Orange Communications S.A.*

¹⁶ RPW 2007/2, 314 Rz 30, *Swisscom AG / Fastweb S.p.A.*

¹⁷ RPW 2012/1, 133 Rz 80 f., *Apax Partners LLP/Orange Communications S.A.*

¹⁸ RPW 2007/2; 314 Rz 32, *Swisscom AG / Fastweb S.p.A.*

¹⁹ RPW 2008/2, 343 Rz 27 ff., *Swisscom / The Phone House AG.*

²⁰ *Ibid.*, Rz 47 ff.

²¹ Vgl. vorstehend Rz 4.

²² Vgl. dazu www.weko.admin.ch unter Dokumentation > Bekanntmachungen/Erläuterungen > Mitteilung „Neue Praxis bei Zusammenschlüssen“.

²³ Unter Mietleitung wird die Bereitstellung von transparenter Übertragungskapazität über Punkt-zu-Punkt-Verbindungen verstanden. Mietleitungen werden in solche im Bereich des Fern- und solche im Bereich des Anschlussnetzes unterteilt (vgl. dazu RPW 2004/4, 1249 ff. Rz 12 und 25, Gutachten *TDC Switzerland AG/Swisscom Fixnet AG betreffend Mietleitungen*).

²⁴ RPW 2004/4, 1261 Rz 60 ff., Gutachten *TDC Switzerland AG/Swisscom Fixnet AG betreffend Mietleitungen*.

²⁵ Vgl. Meldung, Pkt. 4.1.1.1.4 Bst. c, S. 24; Letter of Intent zwischen RBA/SITS vom 5./7.6.2012, Pkt. 2.2, S. 7 (Beilage 2 [Anhang D] zu Meldung) [nachfolgend: Lol RBA/SITS].

²⁶ Vgl. Lol RBA/SITS, Pkt. 2.2., S. 7. Das meldende Unternehmen hält in diesem Zusammenhang auch fest, dass [...].

²⁷ RPW 2009/2, 161 Rz 26, *Hewlett-Packard Company/Electronic Data Systems Corporation*. Rz. 24 und 26 f. dieses Entscheides enthalten zugleich eine Übersicht über die bisherigen Abgrenzungen von IT-Dienstleistungen.

27. In Anlehnung an die Praxis der EU und des „IT Services Market Definition Guide“ des Industrieanalysten Gartner Inc. hat die WEKO die IT-Dienstleistungen zu meist in folgende Teilmärkte unterteilt:²⁸

- Hardware Maintenance
- Software Maintenance
- Business Management Services (Outsourcing)
- Education and Training
- Development and Integration Services
- IT Management Services
- Consulting

Der Teilmarkt IT Management Services wurde in einem Entscheid der WEKO entsprechend der Marktabgrenzung der beteiligten Unternehmen im Teilmarkt Business Management Services (Outsourcing) integriert.²⁹ Dies allerdings mit dem Vermerk, dass die kartellrechtlichen Auswirkungen auch bei einer engeren Marktabgrenzung nicht anders zu beurteilen wären.

28. Bisher offengelassen wurde, ob zusätzlich noch eine branchenspezifische Segmentierung dieser Teilmärkte nach Gartner zu erfolgen hätte. Im Fall Swisscom/AGI IT Services (2001) wurde dafürgehalten, dass der IT-Dienstleistungs-Teilmarkt für Projektdienstleistungen in verschiedene branchenspezifische Segmente (Manufacturing, Finance, Public Sector, Telecom/Utilities und Retail & Services/Transport) zu unterteilen sei. Dies, weil das Erbringen solcher Dienstleistungen ein hohes Know-how über die jeweilige Branche voraussetze.³⁰ Dieser Entscheid erging allerdings noch bevor die WEKO 2002 begann, IT-Service-Teilmärkte in Anlehnung an die Praxis der EU und des „IT Services Market Definition Guide“ von Gartner zu unterteilen. Die Europäische Kommission machte sich im Fall Atos Origin/Siemens IT Solutions & Services (2011) Gedanken darüber, ob die IT-Dienstleistungs-Teilmärkte nach Gartner noch weiter nach Branchen zu unterteilen wären, hielt aber aufgrund der Ergebnisse einer Marktuntersuchung dafür, dass eine weitere Segmentierung nicht angezeigt ist.³¹ Zudem schloss die Europäische Kommission aus der Marktuntersuchung, dass der IT-Dienstleistungsmarkt dynamischer Natur ist und eine gewisse angebotsseitige Austauschbarkeit der Dienstleistungen besteht, da die grossen IT Service-Provider technisch in der Lage sind, ihre Dienstleistungen branchenübergreifend zu erbringen, und dies auch tun.³²

29. Auch die beteiligten Unternehmen gehen davon aus, dass auf dem Markt für IT-Dienstleistungen grundsätzlich Angebotssubstituierbarkeit besteht. Allerdings halten sie auch dafür, dass angesichts der Besonderheiten der Finanzbranche Branchenkenntnissen in diesem Bereich ein grössere Bedeutung zukommt als in anderen Bereichen der Wirtschaft. Je nachdem ob individuelle oder standardisierte Lösungen nachgefragt würden, könne eine weitere branchenspezifische Segmentierung der oben genannten Teilmärkte angezeigt sein.³³ Entsprechend wurden in der Meldung gewisse der obigen IT-Teilmärkte zusätzlich branchenspezifisch abgegrenzt.

30. Die definitive Abgrenzung des Bereichs IT-Dienstleistungen und seiner Teilmärkte im obigen Sinne

kann auch vorliegend erneut offengelassen werden, da das Zusammenschlussvorhaben unabhängig von der jeweils angenommenen Marktabgrenzung unbedenklich ist, insbesondere auch dort, wo die Annahme des engstmöglichen Marktes und damit einer branchenspezifischen Abgrenzung allenfalls sinnvoll erscheinen könnte.

31. Ganz verzichtet wird nachfolgend auf die Beschreibung von IT-Dienstleistungsmärkten in den Branchen Manufacturing, Public Sector, Telecom/Utilities und Retail & Services/ Transport entsprechend dem Fall Swisscom/AGI IT Services. Gemäss den Angaben der beteiligten Unternehmen verzeichnen diese in solchermassen abgegrenzten Märkten keine nennenswerten Marktanteile bzw. entsprechende IT-Dienstleistungen würden von ihnen nicht angeboten.³⁴

32. Im Bereich IT-Dienstleistungen für die Finanzbranche wurden von der WEKO ausserdem auch folgende Märkte abgegrenzt:

- Im Fall BEKB/RBA wurden mit den Märkten für BackOffice-Dienstleistungen im Bereich Zahlungsverkehrsverarbeitung und im Bereich Wertschriftenverarbeitung zwei spezifische Segmente im Finanzbereich für den oben genannten Teilmarkt Business Management Services abgegrenzt.³⁵
- Im Fall BSI/Avaloq Group AG (Erlangung der gemeinsamen Kontrolle über die zuvor zu 100 % von BSI kontrollierte B-Source AG) wurde im Sinne einer engstmöglichen Abgrenzung ein Markt für Standardbankensysteme erwogen, auf welchem Avaloq als Herstellerin von Kernbankensoftware und Lizenzgeberin Leistungen wie die Entwicklung, Wartung und den Support erbringt, welche einen Zugang zum Source Code der Bankensoftware voraussetzen.³⁶ Weder SITS noch ENTI sind gemäss den Angaben der beteiligten Unternehmen Hersteller von Bankenapplikationssoftware

²⁸ Ibid. An diesem Gartner-Guide hat sich auch die EU erst gerade vor ungefähr zwei Jahren wieder orientiert, weil die dortige Einteilung nach wie vor den Markterhebungen entspricht (vgl. COMP/M.6127, 25.03.2011, Rz 14 ff., *Atos Origin/Siemens IT Solutions & Services*).

²⁹ RPW 2003/2, 297 Rz 23, *Accenture/Systor*.

³⁰ RPW 2001/4, 755 Rz 15, *Swisscom/AGI IT Services*.

³¹ COMP/M.6127, 25.03.2011, Rz 14 ff., *Atos Origin/Siemens IT Solutions & Services*. Eine definitive Marktabgrenzung erfolgte in diesem Fall allerdings nicht bzw. konnte letztlich offengelassen werden.

³² Ibid, Rz 16: "Finally, the market investigation confirmed that the market for IT services is a dynamic market with a degree of supply-side substitutability between the various IT services, as the main IT service providers are technically able to and do provide services to customers active across a large number of sectors."

³³ Vgl. Meldung, Pkt. 4.1.1.1, S. 14 f.

³⁴ Vgl. Meldung, Pkt. 4.1.1.1, S. 16.

³⁵ RPW 2007/4, 644 f. Rz 30 ff., *BEKB/RBA*. Betrachtet wurde dabei die Geschäftstätigkeit der Entris Operations AG (hier: ENTO) als Gemeinschaftsunternehmen von BEKB und RBA, welches BackOffice-Leistungen für BEKB und RBA erbringt. Gemäss Parteiangabe erbringt ENTO die genannten Backoffice-Leistungen für die Entris bzw. für ENTI. Diese Leistungen werden den RBA-Banken aber von der Entris bzw. von ENTI verkauft. Die faktisch von ENTO erbrachten Leistungen werden in der vorliegenden Meldung in den Umsätzen von ENTI berücksichtigt und fliessen somit in die Berechnung von deren Marktanteilen ein.

³⁶ RPW 2011/3, 421 f. Rz 6 ff., *BSI/Avaloq Group AG*.

oder erbringen unmittelbar mit der Bankenanwendersoftware Finnova (= Kernbankenplattform) zusammenhängende Wartungs- und Supportleistungen, für welche es des Zugangs zum Source Code von Finnova bedarf. Nach vollzogenem Zusammenschluss werden die beteiligten Unternehmen allerdings im Sinne eines BSP-Anbieters Bankenanwendersoftware bzw. die Kernbankenplattform von Finnova beziehen und mittels Lizenzen an die Kundenbanken weitergeben. Weder SITS noch ENTI sind somit selber auf dem Markt für Standardbankensysteme tätig. Im vorliegenden Fall erübrigt sich folglich eine entsprechende Marktabgrenzung.

33. Gemäss den beteiligten Unternehmen bündelt ENTI als Gemeinschaftswerk für die RBA-Banken die Frankierung und den Versand von Briefen. Der Umsatz von ENTI enthält somit auch Portokosten für Briefe, welche die Kundenbanken an ihre Endkunden versenden. Die beteiligten Unternehmen grenzen hierzu einen Markt „Postdienstleistungen“ ab und schätzen, dass ihr Anteil an diesem Markt marginal sei. Die WEKO hat für Leistungen, die einen Brief „versandfertig“ machen, also für Dienstleistungen, die der gesamten Beförderungskette („Postweg“) vorgelagert sind, den Markt für Postvorbereitungsdienstleistungen erwogen, wobei letztlich offengelassen wurde, ob dieser Markt noch weiter zu unterteilen wäre.³⁷ Es ist fraglich, ob genau diese Marktabgrenzung der WEKO von den Parteien als Grundlage für ihre Marktanteilsschätzung herangezogen wurde. Dies zu klären, erübrigt sich allerdings, da notorisch sein dürfte, dass ENTI in einem solchen Markt kaum Marktanteile generiert, die in einem Zusammenschlussverfahren näher zu diskutieren wären. Es kommt hinzu, dass es – gemäss Angabe der beteiligten Unternehmen – derzeit unklar ist, ob diese Dienstleistung nach dem Vollzug des beabsichtigten Zusammenschlusses überhaupt weitergeführt werden kann. Hierauf wird im Folgenden daher nicht weiter eingegangen.

34. Bei der nachfolgenden Beschreibung der sachlich relevanten Märkte werden jeweils die engsten, von der WEKO bisher vorgenommenen oder zumindest erwogenen Marktabgrenzungen herangezogen und kurz beschrieben. In gewissen Teilmärkten wird zusätzlich erwogen, ob allenfalls eine weitere branchenspezifische Abgrenzung auf den Finanz-/Bankenbereich angezeigt sein könnte.

B.4.2.2 Sachlich relevante Märkte

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

36. Der **Markt für BackOffice-Dienstleistungen im Bereich Zahlungsverkehrsverarbeitung** wurde – wie bereits erwähnt – im Fall BEKB/RBA abgegrenzt und umfasst namentlich die Dienstleistungen Verwaltung und Abwicklung von Zahlungsein- und -ausgängen (in Landes- oder Fremdwährung, innerhalb der Schweiz oder mit Auslandsbezug, unabhängig der Auftragsart) sowie Verwaltung von Zahlungsmitteln (Formularwesen, e-Banking, Administration, Call-Center/Nachforschun-

gen, Debitkarten, Kreditkarten, übrige Zahlungsmittel, Geldausgabeautomat). Erwogen, aber letztlich offengelassen wurde, ob sich dieser Markt noch in weitere Teilmärkte unterteilen lässt.³⁸

37. Der **Markt für BackOffice-Dienstleistungen im Bereich Wertschriftenverarbeitung** wurde ebenfalls im BEKB/RBA-Entscheid abgegrenzt und umfasst namentlich die folgenden Dienstleistungen: Transaktionsabwicklungen (Ausführung von Handelsaufträgen, Abrechnung und Abwicklung der Geschäfte), Wertschriftenverwaltungsdienstleistungen (Titelein- und -auslieferungen, Verarbeitung von Coupons und Rückzahlungen, Verarbeitung von Corporate Actions) und Nebendienstleistungen administrativer Art (wie Steuerverzeichnisse, -belege erstellen, Portfolio-Management Support, Aktienregisterführung, Depotgebühren, Eintrittskarten für Generalversammlungen, Reconciliation [Depotstellenabstimmung für Banken mit eigenen Lagerstellen]).³⁹ Erwogen, aber letztlich auch offengelassen wurde, ob sich dieser Markt noch in weitere Teilmärkte unterteilen lässt.⁴⁰

38. Der **Markt für Hardware Maintenance** umfasst die Wartung der Hardware und die Unterstützung der Nutzer in Hardware bezogenen Fragen.⁴¹ Im Wesentlichen geht es dabei um die physische Reparatur oder Optimierung der Hardware vor Ort oder zentral in einem Servicecenter sowie um Garantieleistungen.⁴² Es dürfte den beteiligten Unternehmen zugestimmt werden können, dass Hardware Maintenance Dienstleistungen umfasst, die typischerweise von Hardware-Anbietern erbracht werden, und sich die Erbringung dieser Dienstleistungen nicht nach Branchen unterscheidet. Es dürfte mit anderen Worten zutreffen, dass in diesem IT-Dienstleistungsmarkt grundsätzlich standardisierte Leistungen erbracht werden und daher zumindest eine gewisse angebotsseitige Austauschbarkeit der Dienstleistungen besteht. Eine definitive Marktabgrenzung kann im vorliegenden Fall indessen unterbleiben, da der vorliegende Zusammenschluss insoweit unter keiner der möglichen Marktdefinitionen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken gibt.

39. Beim **Markt für Software Maintenance** geht es um die Pflege bestehender Software durch Lieferung von Updates sowie technische Unterstützung.⁴³ In diesem Bereich erbringen die beteiligten Unternehmen insbesondere Leistungen betreffend Unterhalt der Standardbankenplattformen und von bankenspezifischen Einzelapplikationen sowie diversen Umsystemen dazu. Es könnte sich hier mithin um einen Teilmarkt handeln, der

³⁷ RPW 2012/4, 872 Rz 76 ff, *Schweizerische Post/La Poste*.

³⁸ RPW 2007/4, 645 Rz 35, *BEKB/RBA*.

³⁹ *Ibid*, Rz 33.

⁴⁰ *Ibid*, Rz 35.

⁴¹ RPW 2003/2, 300 Rz 22, *Accenture AG/Systor AG*.

⁴² Vgl. <<http://www.gartner.com/it-glossary/hardware-and-software-maintenance-services/>> (15.03.2013).

⁴³ RPW 2003/2, 300 Rz 22, *Accenture AG/Systor AG*.

eine branchenspezifische Betrachtung und folglich eine entsprechende weitere Segmentierung angezeigt erscheinen lassen könnte. Allerdings kann auch hier eine definitive Marktabgrenzung unterbleiben, da der vorliegende Zusammenschluss insoweit unter keiner der möglichen Marktdefinitionen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken gibt.

40. Der **Markt für Business Management Services** bezieht sich auf das Outsourcing von Geschäftsprozessen wie Logistik, Beschaffung, Personal, Buchhaltung oder Customer Relationship Management an Dritte.⁴⁴ Die beteiligten Unternehmen tragen dazu vor, dass solche Dienstleistungen branchenübergreifend angeboten werden können bzw. kein bankenspezifisches Know-how voraussetzen. Diese Sichtweise wird durch eine Internetrecherche bestätigt.⁴⁵ Ob der Markt für Business Management Services allerdings tatsächlich weiter zu unterteilen wäre, kann indessen offenbleiben, da der vorliegende Zusammenschluss insoweit unter keiner der möglichen Marktdefinitionen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken gibt.

41. Der **Markt für Education und Training** umfasst die Ausbildung der Anwender in Bezug auf Hard- und Software. Die beteiligten Unternehmen tragen dazu vor, dass dieser Markt von einer Vielzahl spezialisierter Ausbildungsanbieter bearbeitet werde (dies gelte sowohl für den Gesamtmarkt wie auch für den Finanzbereich). Im Finanzbereich böten bspw. Anbieter von Kernbankplattformen wie Avaloq oder Finnova für die Mitarbeitenden ihrer Kundenbanken Schulungen zu ihren Lösungen an. Die beteiligten Unternehmen jedoch würden nur im Rahmen der Implementierung solcher Plattformen ergänzend zu den Angeboten der Plattformanbieter punktuell Schulungen anbieten. Dieser Service werde jedoch weder im Fall von SITS noch im Fall von Entris/ENTI losgelöst von Implementierungen bzw. als separates Angebot offeriert.⁴⁶ Aus Parteisicht könnte es sich hier somit um einen weiteren Teilmarkt handeln, der eine branchenspezifische Betrachtung und folglich eine entsprechende weitere Segmentierung angezeigt erscheinen lassen könnte. Allerdings kann auch hier eine definitive Marktabgrenzung unterbleiben, da der vorliegende Zusammenschluss insoweit unter keiner der möglichen Marktdefinitionen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken gibt.

42. Der **Markt für Development und Integration Services** bezieht sich auf die Integration von bestehenden Systemen durch die Entwicklung und Implementierung entsprechender Software.⁴⁷ Die beteiligten Unternehmen halten dazu fest, dass auf diesem Markt eine Vielzahl von Anbietern aktiv sei. Im Implementierungsgeschäft rund um die jeweiligen Gesamtbankenlösungen sowie um andere grössere Applikationen für Banken hätten sich Unternehmen positioniert, die für die Einführung entsprechender Lösungen spezialisiert seien. Aus Parteisicht könnte es sich hier somit um einen Teilmarkt handeln, der eine branchenspezifische Betrachtung und folglich eine entsprechende weitere Segmentierung angezeigt erscheinen lassen könnte. Allerdings kann auch hier eine definitive Marktabgrenzung unterbleiben, da der vorliegende Zusammenschluss insoweit unter keiner der möglichen Marktdefinitionen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken gibt.

43. Der **Markt für IT-Management Services** umfasst den Betrieb von IT-Anlagen und -Prozessen.⁴⁸ Gemäss Angaben der beteiligten Unternehmen ist dieser Markt eines ihrer Kerngeschäfte. Erbracht würden vor allem Rechenzentrums-, Storage-, Netzwerk- und Service-Leistungen. Beim IT-Management geht es, kurz gesagt, um das Treffen von Massnahmen und Methoden, damit die IT-Organisation die Geschäftsprozesse einer Unternehmung bestmöglich unterstützt. Es geht mit anderen Worten um die Umsetzung einer an den Geschäftszielen ausgerichteten unternehmensweiten IT-Strategie und – Architektur⁴⁹, die sicher, kostengünstig und hochverfügbar ist. Eine Internetrecherche zeigt, dass die gemäss Meldung grössten Wettbewerber auf diesem Markt ihre Dienstleistungen branchenübergreifend erbringen,⁵⁰ mithin eine angebotsseitige Austauschbarkeit der Dienstleistungen besteht. Im Fall Swisscom/AGI IT Services wurde der „Betrieb von ganzen IT-Systemen und Applikationen für Kunden“ unter dem Begriff „Outsourcing/Processing“ zusammengefasst und dazu festgelegt, dass dieser Bereich keine wesentlichen branchenspezifischen Kenntnisse voraussetzt. Daher könne beim „Outsourcing/Processing“ von einem einzigen relevanten Markt ausgegangen werden.⁵¹ Zusätzlich hat die WEKO auch im Fall Accenture AG/Systor AG eine branchenübergreifende Marktabgrenzung vorgenommen.⁵² Schliesslich hat die Europäische Kommission im Fall Atos Origin/Siemens IT Solutions & Services – wie bereits erwähnt – festgehalten, dass ihre Marktermittlungen ergeben haben, dass die Mehrheit der Befragten eine

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ <<http://h10131.www1.hp.com/public/contract-vehicles/gsa-alliant/aplications/business-management-services/>>; <http://inquiringsystems.org/index.php?option=com_content&view=article&id=52:faqbusinessmanagementservices&catid=34:services&Itemid=60>; <<http://itbm.iwi.unisg.ch/programm/studieninhalt/>> (15.03.2013).

⁴⁶ Gemäss Meldung wird der dabei bei beiden beteiligten Unternehmungen anfallende Umsatz als Teil der jeweiligen Implementierungsleistungen gesehen und sei somit in den Umsatzzahlen im Markt „Development & Integration Services“ enthalten (vgl. Meldung, Pkt. 4.1.1.8, S. 31).

⁴⁷ RPW 2003/2, 300 Rz 22, *Accenture AG/Systor AG*.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Vgl. dazu auch die Definition von IT-Management Services von Gartner: „Management services transfer all or part of the day-to-day management responsibility for a customer's network environment (including LAN hardware and software, WAN — voice and data — and voice network hardware and software) and, in some cases, the ownership of the technology or personnel assets, to an outside vendor. These services may include system operation or support, capacity planning, asset management, availability management, performance management, administration, security, remote monitoring, technical diagnostics/troubleshooting, configuration management, system repair management and generation of management reports. Network remote monitoring and management, and backup and recovery services, also fall into this category when some degree of management is included in the service.“ <<http://www.gartner.com/it-glossary/it-management-services/>> (15.03.2013).

⁵⁰ <<http://www8.hp.com/ch/de/software-solutions/software.html?compURI=1172196>>;

<<http://www.swisscom.com/its/de/it-services/loesungen/outsourcing/it-service-management.html>>;

<<http://www-935.ibm.com/services/de/de/it-services/service-management-strategie-und-design-services.html>>;

<http://www.csc.com/ch/offerings/82954/82978-it_service_management_solutions> (15.03.2013).

⁵¹ RPW 2001/4, 755, Rz 13 und 21, *Swisscom/AGI IT Services*.

⁵² RPW 2003/2, 300 Rz 19 ff., *Accenture AG/Systor AG*.

weitere Unterteilung der einzelnen IT-Dienstleistungsteilmärkte nach Branchen oder nach der Grösse der Kunden nicht als relevant erachten.⁵³ Bezeichnenderweise hat die EU denn auch bei der wettbewerblichen Beurteilung des Falles nur von einem „hypothetical submarket“ für IT Management Services im Finanzbereich gesprochen. Nach alledem spricht vieles dafür, dass die Annahme von sachlich relevanten Branchenmärkten im IT Management Service-Bereich nicht den vorherrschenden wirtschaftlichen Gegebenheiten entsprechen würde, da das Know-how dafür grundsätzlich branchenunabhängig zu sein erscheint. Letztlich kann aber auch hier eine definitive Marktabgrenzung unterbleiben, da der vorliegende Zusammenschluss insoweit unter keiner der möglichen Marktdefinitionen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken gibt.

44. Beim **Markt für Consulting** geht es um Beratung betreffend IT-Strategie und -Planung.⁵⁴ Auch für diesen Markt hat die WEKO im Fall Accenture AG/Systor AG eine branchenübergreifende Marktabgrenzung vorgenommen, jedoch wurde – ohne weitere Begründung – zwischen den Bereichen „Business- und IT-Consulting“ unterschieden.⁵⁵ Dies, nachdem diese Frage im Fall IBM Deutschland GmbH, Berlin et PwC Consulting AG, Zurich diskutiert, letztlich aber offengelassen wurde.⁵⁶ Im diesem Entscheid wurde allerdings u.a. auch auf den Fall Cap Gemini/Ernst & Young, in welchem die Europäische Kommission es nicht als nötig erachtete, den Teilmarkt Consulting weiter zu unterteilen, weil IT- und Business-Consulting eng miteinander verbunden seien⁵⁷, und auf den Gartner-Guide, der IT- und Business-Consulting als Segmente desselben Marktes bezeichnet⁵⁸, verwiesen. Im Fall Atos Origin/Siemens IT Solutions & Services schliesslich hat die Europäische Kommission auch in Bezug auf den Markt für Consulting festgehalten, dass eine weitere Unterteilung der einzelnen IT-Dienstleistungsteilmärkte nach Branchen oder nach der Grösse der Kunden nicht angezeigt erscheint.⁵⁹ Letztlich kann aber auch hier eine definitive Marktabgrenzung unterbleiben, da der vorliegende Zusammenschluss insoweit unter keiner der möglichen Marktdefinitionen Anlass zu wettbewerbsrechtlichen Bedenken gibt.

45. Schliesslich gehen die Parteien von einem sachlich relevanten **Markt für Workplace Management** aus, der die Betreuung von IT-basierten Arbeitsplätzen (Logistik, Hardware, Softwarepaketierung und Distribution sowie Management der Arbeitsplatzrechner, sicherer Betrieb der zentralen BackOffice-Systeme inkl. First- und Second Level Support) umfasst. Zum Workplace Management gehören gemäss den Parteien auch der Betrieb von Druckersystemen und die Abdeckung von Bedürfnissen rund um Firmennetzwerke. Die Tätigkeit eines Workplace Management-Dienstleisters dürfte dahingehend zusammengefasst werden können, dass dieser den Betrieb der Endbenutzerumgebung in Sachen IT und damit die Bürokommunikationsinfrastruktur organisiert und sicherstellt. Die beteiligten Unternehmen halten dafür, dass eine Unterteilung dieses Marktes nach Branchen angesichts der Einheitlichkeit der Leistungen und der Tatsache, dass diese kein spezifisches Branchen-Knowhow voraussetzen, nicht sachgerecht ist. Diese Sichtweise wird durch eine Internetrecherche bestätigt.⁶⁰ Die von den beteiligten Unternehmen genannten Haupt-

konkurrenten auf diesem Markt wie auch weitere Wettbewerber erbringen ihre Dienstleistungen branchenübergreifend und indizieren damit eine angebotsseitige Austauschbarkeit der Dienstleistungen.

46. Schliesslich wäre noch zu klären, ob jene Dienstleistungen im Bereich IT-Services von Banken, welche nicht an eine dritte Partei ausgelagert wurden und somit selbstständig und hausintern abgewickelt werden (sog. Eigenleistungen), ebenfalls zum relevanten Markt hinzuzuzählen sind oder nicht. Diese Frage kann hier allerdings offengelassen werden, da der vorliegende Zusammenschluss auch bei einer engen Marktabgrenzung, d.h. bei Nichtberücksichtigung von Eigenleistungen bzw. kaptiven Umsätzen der übrigen in den jeweiligen Bereichen tätigen Unternehmen, zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken Anlass gibt.

B.4.2.3 Räumlich relevante Märkte

47. 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).

48. Im **Bereich IT-Services** ist die WEKO bisher grundsätzlich von nationalen Märkten ausgegangen.⁶¹ Im Fall Accenture AG/Systor AG hielt die WEKO fest, dass aufgrund des nachfrageseitigen Verhaltens der räumlich relevante Markt unter Umständen auch weiter abgegrenzt werden könnte.⁶² Die definitive Marktabgrenzung wurde in diesem wie auch im Fall Hewlett-Packard Company/Electronic Data Systems Corporation⁶³ jedoch offen gelassen. Auch im vorliegenden Fall kann die Frage der definitiven räumlichen Marktabgrenzung von IT-Services offen gelassen werden, da das Zusammenschlussvorhaben selbst bei einer engen Marktabgrenzung unbedenklich ist.

⁵³ COMP/M.6127, 25.03.2011, Rz 16, *Atos Origin/Siemens IT Solutions & Services*.

⁵⁴ RPW 2003/2, 300 Rz 22, *Accenture AG/Systor AG*.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ RPW 2002/4, 632 f. Rz 16 ff., *IBM Deutschland GmbH, Berlin et PwC Consulting AG, Zurich*.

⁵⁷ COMP/M.1901, 17.05.2000, Rz 9, *Cap Gemini/Ernst & Young*.

⁵⁸ RPW 2002/4, 632 f. Rz 19, *IBM Deutschland GmbH, Berlin et PwC Consulting AG, Zurich*.

⁵⁹ COMP/M.6127, 25.03.2011, Rz 14 u. 16., *Atos Origin/Siemens IT Solutions & Services*.

⁶⁰ <<http://www8.hp.com/ch/de/business-services/it-services.html?compURI=1080719>>; <<http://www-935.ibm.com/services/ch/de/it-services/end-user-services.2.html>>; <<http://www.t-systems.de/solutions/mws>>; <<http://www.t-systems.ch/ueber-t-systems/licht-im-software-dickicht-oder-was-der-user-wirklich-braucht-/521652>>; <<http://www.swisscom.com/its/de/itservices/loesungen/workplace/client.html>>; <<http://ch.bechtle.com/unternehmen/standorte/systemhaeuser/bechtle-it-services>>; <<http://www.econis.ch/econis-services/managed-workplace.html>> (15.03.2013)

⁶¹ RPW 2001/4, 757, Rz 25 f., *Swisscom/AGI IT Services*; RPW 2002/4, 633 Rz 21 f., *IBM Deutschland GmbH, Berlin et PwC Consulting AG, Zurich*.

⁶² RPW 2003/2, 301 Rz 25, *Accenture AG/Systor AG*.

⁶³ RPW 2009/2, 162 Rz 47 f., *Hewlett-Packard Company/Electronic Data Systems Corporation*.

49. Im Fall BEKB/RBA wurden die **Märkte für Back-Office-Dienstleistungen im Bereich Zahlungsverkehrsverarbeitung und Wertschriftenverarbeitung** national abgegrenzt. Die Auslagerung der Produktion sei in der Schweiz auch über die Sprachgrenze hinaus möglich, weshalb sich eine engere Marktabgrenzung nicht rechtfertige.⁶⁴ Vorliegend ist nicht anders zu entscheiden.

B.4.3 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

B.4.3.1 Einleitende Bemerkungen

50. 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.

51. Für die Schätzung von Marktvolumina und Marktanteilen auf den verschiedenen sachlichen IT-(Teil-)Märkten stellen die beteiligten Unternehmen auf die Marktdaten von Pierre Audoin Consultants GmbH, D-80469 München (nachfolgend: PAC) sowie auf eigene Angaben und Schätzungen ab. Zu beachten ist dazu, dass die Marktdaten von PAC nur Leistungen, die Dritten angeboten bzw. von Dritten nachgefragt werden, und somit keine Eigenleistungen und interne Umsätze von Outsourcing-Unternehmen mit ihren Mutterfirmen enthalten.⁶⁵ Die Umsätze von ENTI sind folglich in den Angaben von PAC nicht enthalten. Durch den Kontrollenerwerb von SITS über ENTI zählen deren bisher ausschliesslich kaptive Umsätze aber neu zum nicht-kaptiven Umsatz und damit zum relevanten Markt. Das Abstellen auf die Marktdaten von PAC, die den „nicht-kaptiven“ Markt abbilden, führt daher tendenziell zu einer Überschätzung der tatsächlichen Marktstellung der beteiligten Unternehmen (nach Zusammenschluss) im „nicht-kaptiven“ Markt.

52. Die Umsätze von SITS auf den relevanten Märkten basieren auf den aufs Jahr 2012 hochgerechneten Daten des ersten Halbjahres 2012, diejenigen von ENTI auf den Planzahlen für 2013, die auf den Kundenverträgen mit den angeschlossenen Banken für das Jahr 2013 beruhen.⁶⁶

53. Mit Blick auf die Marktstruktur als solche (nach Zusammenschluss) sei dazu ergänzt, dass die Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite durch das Zusammenschlussvorhaben letztlich kaum tangiert werden, da faktisch kein aktueller Wettbewerber vom Markt verschwindet. Vielmehr werden einfach bisherige Eigenleistungen von ENTI an SITS ausgelagert.

54. Hinsichtlich der Wettbewerbssituation auf dem Gesamtmarkt für IT-Services lässt sich einleitend noch folgendes festhalten: Im Fall Accenture AG/Systor AG (2003) stellte die WEKO fest, dass sich die IT-Märkte durch einen relativ hohe Dynamik, Wachstum und einen

intensiven Wettbewerb auszeichnen sowie – in Anbetracht der verschwindenden Grenzen zwischen den einzelnen Teilmärkten – von einem starken potentiellen Wettbewerb innerhalb derselben auszugehen ist.⁶⁷ Im Fall Hewlett-Packard Company/Electronic Data Systems Corporation (2009) hielt die WEKO dafür, dass zumindest eine gewisse potentielle Konkurrenz auf dem IT-Markt besteht, da das andauernde Wachstum den Eintritt neuer IT-Dienstleister und die Übertragung von Marktanteilen möglich macht.⁶⁸ Die EU hat im Fall Atos Origin/Siemens IT Solutions & Services (2011) ausgeführt, ihre Marktuntersuchung habe bestätigt, dass zahlreiche starke Wettbewerber auf dem Markt für IT-Services existieren, der Marktgegenseite starke Verhandlungsmacht zukommt, die bestehenden Switching Costs die Möglichkeit der Marktgegenseite, den IT-Service-Provider zu wechseln, nicht limitieren und keine substantiellen Markteintrittsbarrieren bestehen.⁶⁹

B.4.3.2 Generelle Übersicht zur Marktstellung

55. Bezüglich der voraussichtlichen Marktstellung der beteiligten Unternehmen (nach Zusammenschluss) kann einleitend festgestellt werden, dass das Transaktionsvorhaben auf einem **Gesamtmarkt für IT-Dienstleistungen** zu keinem vom Zusammenschluss betroffenen Markt führt. Gemäss den Daten von PAC zum gesamten schweizerischen Markt für IT-Services hatte SITS im Jahr 2011 einen Marktanteil von [5-10 %].⁷⁰ Auf einem Gesamtmarkt für IT-Dienstleistungen für Banken beziffert das meldende Unternehmen gestützt auf die Daten von PAC, den bisher kaptiven Leistungen von ENTI und den aktuellen Umsätzen 2012 von SITS ihren Marktanteil auf [10-15 %]. Die Marktanteile der nächst grösseren Anbieter von IT-Dienstleistungen für Banken werden auf [5-10 %] (IBM), [5-10 %] (Accenture), [5-10 %] (HP) und [0-5 %] (Avaloq) beziffert.

56. Wird der Gesamtmarkt für IT-Dienstleistungen nach Art der IT-Dienstleistung in Teilmärkte unterteilt, so wie es der bisher überwiegend geübten Praxis entspricht, bildet der **Markt für Workplace Management** den einzigen vom Zusammenschluss betroffenen Markt mit

⁶⁴ RPW 2007/4, 645 Rz 40, *BEKB/RBA*.

⁶⁵ Insgesamt spielen solche Eigenleistungen in der Bankenwelt aber eine wichtige Rolle (bspw. im Fall von B-Source und der Bank BSI oder von InCore und der Privatbankengruppe Maerki Baumann). Die IT-Abteilungen von Banken können grundsätzlich selber als Outsourcing-Anbieter tätig werden und tun dies in der Praxis teilweise auch (aktive Outsourcing-Anbieter, die im vollständigen oder teilweisen Besitz von Banken stehen, sind Credit Agricole, B-Source [zu 49 % der Bank BSI gehörend] oder SITS Sourcing [zu je 20 % im Eigentum der Kantonalbanken der Kantone Basel Stadt und Basel Landschaft]).

⁶⁶ Diese Verträge beinhalten gemäss Parteiaussage neue Preise und Mengen sowie neue, auf die Finnova-Umgebung abgestimmte Preismodelle, so dass davon ausgegangen werden kann, dass die Planzahlen pro 2013 ein realistisches Bild der Marktstellung von ENTI wiedergeben.

⁶⁷ RPW 2003/2, 303 Rz 30, *Accenture AG/Systor AG*; mit weiteren Verweisen auf die Rechtsprechung.

⁶⁸ RPW 2009/2, 164 Rz 62 f., *Hewlett-Packard Company/Electronic Data Systems Corporation*; mit weiteren Verweisen auf die Rechtsprechung.

⁶⁹ COMP/M.6127, 25.03.2011, Rz 35 ff., *Atos Origin/Siemens IT Solutions & Services*.

⁷⁰ Vgl. Meldung, Pkt. 4.1.1.1.3, S. 17 f.

einem gemeinsamen Marktanteil von [23-28 %]. Da für ENTI nur [0-5 %] Marktanteil ausgewiesen werden, führt der vorliegende Zusammenschluss allerdings nur zu einer geringfügigen Marktanteilsaddition.

57. Werden diese IT-Teilmärkte weiter nach Branche segmentiert, ergeben sich zwei vom Zusammenschluss betroffene (hypothetische) Branchenmärkte. Zum einen der **Markt für IT-Management Services im Finanzbereich** mit einem gemeinsamen Marktanteil von [25-30 %] (vertikale Sicht) bzw. [25-30 %] (horizontale Sicht).⁷¹ Die Marktanteilsaddition bzw. der Marktanteil von ENTI ist dabei [5-10 %] (vertikale Sicht) bzw. [5-10 %] (horizontale Sicht). Und zum anderen der **Markt für Workplace Management im Finanzbereich** mit einem gemeinsamen Marktanteil von [30-35 %] (Marktanteilsaddition/Anteil ENTI: [7-12 %]).

58. Vom Zusammenschluss betroffene Märkte bilden schliesslich der **Markt für BackOffice-Dienstleistungen im Bereich Zahlungsverkehrsverarbeitung** mit einem gemeinsamen Marktanteil von [25-30 %] und der **Markt für BackOffice-Dienstleistungen im Bereich Wertschriftenverarbeitung** mit einem gemeinsamen Marktanteil von [20-25 %]. Die Marktanteilsaddition bzw. der Marktanteil von ENTI beträgt dabei [10-15 %] (Bereich Zahlungsverkehrsverarbeitung) bzw. [5-10 %] (Bereich Wertschriftenverarbeitung).

59. Diese engstmögliche Abgrenzung führt schliesslich auf folgenden branchenspezifischen IT Service-Märkten zu gemeinsamen Marktanteilen von über 10 %:

60. Der gemeinsame Marktanteil auf dem **Markt für Development und Integration Services im Finanzbereich** wird auf [10-15 %] geschätzt. Die durch den Zusammenschluss bewirkte Marktanteilsaddition beträgt allerdings nur [0-5 %] (Marktanteil ENTI), womit der beabsichtigte Zusammenschluss die Struktur dieses Marktes nur unwesentlich verändert. Gemäss Parteiangabe stehen die beteiligten Unternehmen auf diesem Markt überdies mit diversen Unternehmen, so u.a. B-Source, Solutionprovider, Business Solution Group, GFT etc. im Wettbewerb. Hinzu komme, dass die Anzahl an Implementierungsprojekten stark sinkend sei, da mittlerweile die Mehrzahl der Banken auf ein Standardsystem migriert hätten.⁷² Gemäss einem Artikel, der kürzlich in der Handelszeitung erschienen ist und den vorliegenden Zusammenschluss zum Gegenstand hat, haben in der Tat viele Banken in den letzten Jahren auf Standard-Plattformen umgestellt.⁷³ Künftig sinkende Marktanteile der Wettbewerber und entsprechender Konsolidierungsdruck lassen das vorliegende Zusammenschlussverfahren insoweit wettbewerbsrechtlich unbedenklich erscheinen.

61. Die branchenspezifische Betrachtung ergibt auf dem **Markt für Business Management Services im Finanzbereich** einen gemeinsamen Marktanteil von [15-20 %]. Allerdings bestehen starke Anzeichen dafür, dass eine zusätzliche branchenspezifische Unterteilung dieses Marktes nicht den wirtschaftlichen Gegebenheiten entspricht. Auf dem Gesamtmarkt für Business Management Services kommen die beteiligten Unternehmen jedoch nur noch auf einen gemeinsamen Marktanteil [0-5 %]. Hinzu kommt, dass ENTI bei einer branchenspezifischen Betrachtung an den gemeinsamen

Marktanteil von [10-15 %] bisher kaptive Leistungen beiträgt. Dies führt zu einer offensichtlichen Überschätzung der Marktposition der beteiligten Unternehmen auf dem „nicht-kaptiven“ Branchenmarkt. Korrekterweise müsste auch der kaptive Umsatz der übrigen in diesem Marktsegment tätigen Unternehmen, wie z.B. der Unternehmen B-Source und InCore, miteinbezogen werden. Schliesslich stehen die beteiligten Unternehmen gemäss Parteiangabe auf dem Gesamtmarkt mit zahlreichen branchenübergreifend tätigen Wettbewerbern in Konkurrenz. Im Finanzbereich nennt das meldende Unternehmen neben den bereits genannten beiden Wettbewerbern noch Credit Agricole CA-PBS als wichtigen Wettbewerber. Allfällige horizontale Effekte, die insoweit zu kartellrechtlichen Bedenken Anlass geben könnten, sind daher nicht ersichtlich.

62. Ein ähnliches Bild ergibt sich auch im **Markt für Software Maintenance im Finanzbereich**. Eine Besonderheit ergibt sich gemäss Parteiangabe allerdings insofern, als ein Grossteil der Software Maintenance Services, die ENTI den RBA-Banken vertrieben/verkauft hat, von SITS bereitgestellt bzw. als Lieferantin/Unterakkordantin erbracht worden sind. Diese bestehende Geschäftsbeziehung trägt zunächst dazu bei, dass das Zusammenschlussvorhaben an der Wettbewerbssituation auf diesem Markt wenig ändert. Weiter führt dieser Umstand dazu, dass zwischen den beteiligten Unternehmen neben horizontalen auch vertikale Beziehungen bestehen, das Zusammenschlussvorhaben insoweit horizontale wie vertikale Effekte zeitigt und daher je nach Sichtweise zu unterschiedlichen Marktanteilen führen kann. Welchem Unternehmen, der aus dieser Lieferanten- bzw. Unterakkordanten-Beziehung generierte Umsatz zuzurechnen ist, kann allerdings offenbleiben, da sich die gemeinsamen Marktanteile nach beiden Berechnungsmethoden letzten Endes nur geringfügig unterscheiden. Bei vertikaler Sicht betragen die gemeinsamen Marktanteile [5-10 %] (Gesamtmarkt) bzw. [15-20 %] (Finanzbranche), bei horizontaler Sicht [5-10 %] (Gesamtmarkt) bzw. [15-20 %] (Finanzbranche). Auf dem Gesamtmarkt für Software Maintenance nennen die Marktdaten von PAC drei wichtige Wettbewerber, die allesamt markant höhere Marktanteile haben, nämlich IBM [15-20 %], Infosys [10-15 %] und HP [5-10 %]. Hinsichtlich Anbieter von Software Maintenance Services für Banken zeichnen die Angaben von PAC und den beteiligten Unternehmen einen fragmentierten Markt – insgesamt 13 Konkurrenten mit namhaften Marktanteilen werden aufgeführt. Bezeichnenderweise bieten die Hauptkonkurrenten auf dem Gesamtmarkt IBM, Infosys und HP ihre Dienstleistungen auch auf dem Branchenmarkt an, was für eine angebotsseitige Austauschbarkeit der Dienstleistungen spricht. Es zeigt sich somit erneut, dass der IT-Dienstleistungsmarkt dynamischer Natur ist und grosse IT Service-Provider technisch in der Lage

⁷¹ Vgl. zum Grund der Unterscheidung der Marktanteile nach horizontaler und vertikaler Sicht nachfolgend Rz 62.

⁷² Vgl. Meldung, Pkt. 4.1.1.1.9, S. 32.

⁷³ Jorgos Brouzos, Schwierige Eroberung, Handelszeitung v. 14.03.2013, 27.

sind, ihre Dienstleistungen branchenübergreifend zu erbringen (und dies auch tun). Schliesslich überzeichnen auch die hier genannten gemeinsamen Marktanteile die Marktposition der beteiligten Unternehmen im hypothetischen Branchenmarkt, da die kaptiven Umsätze der übrigen in diesem Bereich tätigen Unternehmen in die Marktanteilsberechnung nicht miteinbezogen worden sind. Aufgrund des Vorgesagten weckt das Zusammenschlussvorhaben auch insofern keine kartellrechtlichen Bedenken.

B.4.3.3 Zu den genannten vom Zusammenschluss betroffenen Märkten

63. Unternehmen sehen sich in ihren Verhaltensspielräumen durch ihre aktuellen und potenziellen Konkurrenten beschränkt. Die voraussichtliche Marktstellung der Parteien nach dem Zusammenschluss ergibt sich folglich daraus, ob nach Realisierung ihres Vorhabens genügend aktuelle und potenzielle Konkurrenten verbleiben, die das Verhalten der Parteien nach dem Zusammenschluss disziplinieren werden.

64. Betreffend aller nachfolgend genannten vom Zusammenschluss betroffenen Märkte ist vorauszuschicken, dass alle Leistungen, die die beteiligten Unternehmen an die Banken erbringen, auch von den Banken selber bereitgestellt werden können – und dies traditionell auch in grossem Umfang gemacht wurde und immer noch gemacht wird (z.B. bei den Grossbanken und diversen Kantonalbanken). Es kommt hinzu, dass die IT-Abteilungen von Banken grundsätzlich selber auch als Outsourcing-Anbieter tätig werden können, wie die Beispiele der erfolgreich am Markt tätigen Outsourcing-Anbieter B-Source, Crédit Agricole und InCore zeigen, die im vollständigen oder teilweisen Besitz von Banken stehen. Wie sich schliesslich aus dem bereits erwähnten Artikel in der Handelszeitung (vgl. Fussnote 73) ergibt, führt vor allem der Kostendruck auf Seiten der Banken (insbesondere der kleineren Banken) dazu, dass diese nun „vorsichtig“ prüfen würden, (auch zentrale) IT-Prozesse an spezialisierte Dienstleister auszulagern.⁷⁴ Die grundsätzliche Verhandlungsmacht der Banken und deren Fähigkeit, die entsprechenden IT-Leistungen auch selber bereitzustellen, wird in einem erheblichen Masse disziplinierend auf BPO- und/oder BSP-Dienstleister wirken. Es dürfte den beteiligten Unternehmen nach dem Zusammenschluss daher kaum möglich sein, sich in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig zu verhalten.

B.4.3.3.1. Betroffener Markt für Workplace Management

I. Aktueller Wettbewerb

65. Auf dem Gesamtmarkt für Workplace Management weisen die beteiligten Unternehmen über die Jahre 2010 - 2012 einen konstanten gemeinsamen Marktanteil von [20-30 %] aus, auf dem Branchenmarkt einen gemeinsamen Marktanteil von [30-35 %].⁷⁵ Angesichts der Einheitlichkeit und Austauschbarkeit der Leistung gebietet sich allerdings keine Segmentierung nach Branchen.⁷⁶

66. Bezüglich des Gesamtmarktes fällt zuerst die nur geringfügige Marktanteilsaddition ins Auge, die durch den Zusammenschluss bewirkt wird. Der Marktanteil von SITS wird nur gerade um [0-5 %] erhöht. Zusätzlich ist

gemäss Parteiaussage zu berücksichtigen, dass im Umsatz von ENTI einmalige Aufwände für die Ablösung/Gesamterneuerung der Bankarbeitsplätze (mobile Endnutzengeräte wie Notebooks, Tablets) von [...] enthalten sind.⁷⁷ Werden diese einmaligen Projektkosten aus dem Umsatz herausgerechnet, reduziert sich der Marktanteil von ENTI um mehr als einen Drittel. Es ist nicht zu erwarten, dass diese minime Marktanteilsaddition den Wettbewerb auf dem betroffenen Markt erheblich zu beeinflussen vermag.⁷⁸

67. Dieser Standpunkt wird dadurch gestützt, dass Innovationen in diesem Bereich gemäss Parteiangabe primär auf anderer Marktstufe (Systemlieferanten) erfolgen. Die Kompetenz der beteiligten Unternehmen in diesem Teilmarkt liegt folglich in der Bereitstellung und Kommerzialisierung dieser Innovationen und nicht in der Entwicklung neuer Technologien. Weder SITS noch ENTI verfügen über Patente oder andere Schutzrechte in diesem Teilmarkt.⁷⁹ Durch die Übernahme von ENTI erwirbt SITS keinen potentiell entscheidenden Wettbewerbsvorteil in dieser Hinsicht.

68. Die Marktanteile der wichtigsten Wettbewerber im Gesamtmarkt für Workplace Management werden in den Jahren 2010 – 2012 stabil auf [15-20 %] (HP), [12-17 %] (IBM) und [5-10 %] (T-Systems) beziffert. Diese Anbieter sind gemäss Parteiangabe zugleich auch die bedeutendsten Konkurrenten im Bankenbereich mit Marktanteilen in ungefähr derselben Grössenordnung. Gleichwohl ist auch Bewegung im Markt. Einerseits durch dessen Internationalisierung zufolge Eintritt von Offshore-Anbietern wie z.B. HCL und Satyam, die die Lohnkostenunterschiede ausnützen können. Andererseits durch den Wettbewerb seitens der Hersteller der Workplace-Geräte, die eine automatische Vorkonfiguration ihrer Geräte anbieten und so die individuelle Softwareintegration durch die Workplace Management-Dienstleister überflüssig machen. Weiter besteht Wettbewerb seitens kleinerer Anbieter, welche als Vollsortimenter für kleinere Kunden oder Nischenanbieter für grössere Kunden auftreten und zunehmend in der Lage sind, Marktanteile bei grösseren Kunden zu gewinnen. Dieser aktuelle Wettbewerb wirkt in erheblichem Masse disziplinierend auf SITS.

II. Potentieller Wettbewerb

69. Hinsichtlich der potentiellen Konkurrenz stellt sich die Frage nach den Markteintrittsschranken für neue IT-Dienstleister. Die bereits erwähnte Internationalisierung dieses Teilmarktes macht den Eintritt weiterer Offshore-Anbieter und die Übertragung von Marktanteilen auch an

⁷⁴ Der Artikel führt weiter aus: „Viele Banken würden zu mächtigen Anbietern misstrauen. (...). Die Banken würden sich die Frage stellen, wem ein solches Unternehmen gehört, welche Abhängigkeit bei einer Kooperation entstehen könnte und ob die Banken in einer solchen Zusammenarbeit genügend Vertrauen entwickeln können. Erst dann werden sie ihre Verarbeitung an ein solches Unternehmen abgeben.“

⁷⁵ Vgl. Rz 45 vorstehend.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Vgl. Meldung, Pkt. 4.1.1.1.12, S. 36.

⁷⁸ Vgl. RPW 2004/4, 1152 Rz 31, *Swisscom Systems AG/Itelpro Solutions AG*, mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung.

⁷⁹ Vgl. Meldung, Pkt. 4.6.3 und 4.7.3, S. 48.

kleinere Wettbewerber, die aufgrund ihrer vorteilhaften Kostenstruktur und Flexibilität attraktive Angebote machen können, möglich. Die Markteintrittskosten sind in diesem Bereich relativ niedrig, da gemäss Parteiangabe dazu keine hohen Vorab-Investitionen nötig sind. Der Aufbau einer Logistik- und Supportorganisation im schweizerischen Markt dürfte kein wesentliches Hindernis für einen Markteintritt darstellen. Wie sich aus dem Artikel in der Handelszeitung ergibt, können allenfalls die fehlende Reputation des IT-Dienstleisters und das Einhalten der von den Banken geforderten hohen Sicherheitsstandards den Markteintritt erschweren.⁸⁰

III. Zwischenergebnis

70. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf dem Teilmarkt für Workplace Management eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

B.4.3.3.2. Betroffener (hypothetischer) Markt für IT-Management im Finanzbereich

I. Aktueller Wettbewerb

71. Während sich der Marktanteil von SITS im Markt für IT-Management im Finanzbereich in den Jahren 2010 - 2012 von [15-25 %] entwickelt hat, ist der Marktanteil von ENTI stabil bei [5-10 %] geblieben. Bezogen auf die Anzahl Kunden ändert sich an der Marktstellung von SITS im Markt für IT-Management Services im Finanzbereich durch den Zusammenschluss allerdings nichts, da die Kunden von ENTI (RBA-Banken) die entsprechenden Leistungen über ENTI bereits heute von SITS beziehen.

72. Gemäss Parteiangabe sind im schweizerischen IT-Outsourcing-Markt vor allem internationale Konzerne tätig. Die grössten Wettbewerber von SITS seien IBM, CSC, HP, Unisys, Siemens und T-Systems. Als Marktführer ist IBM mit [15-20 %] zu nennen, gefolgt von SITS mit [10-15 %], CSC mit [5-10 %] und HP mit [5-10 %]. Bezogen auf den Bankenmarkt ist SITS mit [20-25 %] Marktführerin, gefolgt von CSC mit [10-15 %], IBM mit [10-15 %] und HP mit [5-10 %]. Zusätzlich zu diesen von PAC identifizierten Wettbewerbern führt das meldende Unternehmen Econis, Inventx und B-Source als weitere Konkurrenten an, die schätzungsweise um die [25-30 %] Marktanteil auf sich vereinen.⁸¹ Eine signifikante Veränderung der Marktanteile auf dem ITO-Markt hat sich nach Einschätzung des meldenden Unternehmens in den vergangenen drei Jahren nicht ergeben. Zusätzlich zu den bereits genannten Unternehmen gibt es verschiedene weitere kleine Konkurrenten mit Marktanteilen unter [0-5 %] wie Avaloq, Accenture, TCS (Tata Consultancy Services), Wipro und Infosys. Es ergibt sich daraus, dass der Markt unter vielen Wettbewerbern aufgeteilt ist und dieser aktuelle Wettbewerb in erheblichem Masse disziplinierend auf SITS einwirkt. Weiter ist zu beachten, dass das Angebot von IT-Management Services hauptsächlich auf dem Betrieb von Rechenzentren und den damit verbundenen Dienstleistungen basiert. Dass der Markt in diesem Bereich spielt, zeigt sich darin, dass in den letzten Jahren verschiedene Anbieter von Rechenzentrums-Dienstleistungen aus dem In- und Ausland in den Schweizer Markt eingetreten sind und neue Rechenzentren aufgebaut haben. Bisherige Anbieter

haben ihre Kapazitäten teilweise massiv ausgebaut oder haben einen solchen Ausbau angekündigt.⁸²

II. Potentieller Wettbewerb

73. Hinsichtlich der potentiellen Konkurrenz stellt sich die Frage nach den Markteintrittsschranken für neue IT-Dienstleister. Die verschiedenen in den letzten Jahren neu aufgebaute Rechenzentren zeigen, dass der schweizerische Markt aufgrund seiner politischen Stabilität und zentralen Lage in Europa für den Betrieb eines Rechenzentrums als sehr attraktiv gilt. Die hohen Vorab-Investitionen für den Aufbau und den Betrieb eines Rechenzentrums scheinen mit anderen Worten keine Eintrittsbarriere zu bilden. Das für den Aufbau und Betrieb notwendige Knowhow kann auf dem Schweizer Markt gefunden werden und stellt damit kein Hindernis dar. Die beteiligten Unternehmen rechnen damit, dass die Rechenzentrumskapazitäten in den nächsten drei Jahren weiter ausgebaut werden (z.B. durch Equinix). Bezogen auf branchenübergreifendes Cloud Computing sei zu erwarten, dass die schweizweiten Grenzen aufgeweicht und gerade internationale Wettbewerber globale Clouds aufbauen werden.

74. Wie sich aus dem Artikel in der Handelszeitung ergibt, können allenfalls die fehlende Reputation des IT-Dienstleisters und das Einhalten der von den Banken geforderten hohen Sicherheitsstandards den Markteintritt erschweren.⁸³

III. Zwischenergebnis

75. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf dem (hypothetischen) Teilmarkt für IT Management Services im Finanzbereich eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

B.4.3.3.3. Betroffene Märkte für BackOffice-Dienstleistungen in den Bereichen Zahlungsverkehrsverarbeitung und Wertschriftenverarbeitung

I. Aktueller Wettbewerb

76. Diese Märkte wurden im Fall BEKB/RBA bereits beschrieben.⁸⁴

77. Im genannten Fall erfolgten die Marktanteilsberechnungen für den Markt für BackOffice-Dienstleistungen im Bereich Zahlungsverkehr anhand des Transaktionsvolumens bzw. der Anzahl der abgewickelten Inlands-Zahlungsverkehrstransaktionen. Wird im vorliegenden

⁸⁰ Siehe vorstehend Fn 73.

⁸¹ Vgl. Meldung, Pkt. 4.1.1.1.10, S. 35.

⁸² Die dynamische Entwicklung bei den Rechenzentren schildern die folgenden beiden Zeitungsartikel: Handelszeitung vom 18.10.2012 <<http://cmo.argus.ch/cmo20121/Q4/1000033/47628623.pdf>> und Tages Anzeiger vom 25.1.2013 <<http://cmo.argus.ch/cmo20121/Q1/1000033/48653543.pdf>>.

⁸³ Siehe vorstehend Fn 73.

⁸⁴ RPW 2007/4, 645 Rz 42 ff., BEKB/RBA.

Fall dieser Methodik gefolgt, ergibt sich ein gemeinsamer Marktanteil von [12-17 %], womit der Schwellenwert für einen vom Zusammenschluss betroffenen Markt nicht erreicht wird. Grund hierfür ist, dass diese Methodik nicht zwischen einem „kaptiven Markt“ und einem „nicht-kaptiven Markt“ unterscheidet und die Mehrzahl der schweizerischen Banken den Zahlungsverkehr nach wie vor selber abwickeln. Der aktuelle „nicht-kaptive Markt“ für BackOffice-Dienstleistungen im Bereich Zahlungsverkehrsverarbeitung ist mit anderen Worten nur von beschränkter Grösse. Dies führt bei der Marktanteilsberechnung abgestützt auf die Marktdaten von PAC, die den (hier grossen) „kaptiven Markt“ nicht berücksichtigen, zu einem gemeinsamen Marktanteil von [25-30 %]. Dieser Wert entspricht kaum den effektiven Marktanteilen der Parteien, da das Marktvolumen gemäss PAC um die von ENTI erzielten Umsätze erhöht wird, vergleichbare kaptive Umsätze anderer Unternehmen wie B-Source, InCore, Postfinance und Credit Agricole jedoch nicht in den Markt eingerechnet werden. Es kann den Parteien daher zugestimmt werden, dass der effektive gemeinsame Marktanteil zwischen den beiden angegebenen Werten liegen dürften.

78. Beim Markt für BackOffice-Dienstleistungen im Bereich Wertschriftenverarbeitung wurde im Fall BEKB/RBA bei der Abschätzung der Marktanteile davon aus-

gegangen, dass der Anteil des Kommissionsertrages aus dem Wertschriften- und Anlagegeschäft ungefähr dem Anteil des Verarbeitungsvolumens entspricht⁸⁵. Nach dieser Methodik ergibt sich ein gemeinsamer Marktanteil von ungefähr [0-5 %], womit der Schwellenwert für einen vom Zusammenschluss betroffenen Markt bei weitem nicht erreicht wird. Grund für diesen tiefen Marktanteil ist wiederum, dass beim Marktvolumen auch der grosse „kaptive Markt“ in diesem Bereich berücksichtigt wird. Wird die in vorstehender Randziffer beschriebene alternative Methodik der Parteien angewandt, ergibt sich hingegen ein gemeinsamer Marktanteil von [20-25 %]. Wiederum dürfte der effektive gemeinsame Marktanteil der Parteien zwischen den beiden angegebenen Werten liegen.

79. Die wichtigsten Komplettwettbewerber auf den Märkten für BackOffice-Dienstleistungen und übrige BPO-Leistungen für Banken sind B-Source und Credit Agricole CA-PBS.⁸⁶ Zusätzlich existieren Spezialisten wie Postfinance als Marktführer für Zahlungsverkehrsabwicklung oder InCore für den Bereich der Wertschriftenabwicklung. Zusammen haben alle vier Wettbewerber sowie SITS und ENTI einen Marktanteil von knapp [50-65 %] am BPO-Markt im Bankenbereich, wie sich aus nachfolgender Tabelle ergibt:

Wettbewerber	Marktanteile für alle BPO-Leistungen im Bankenumfeld (WS, ZV u. übrige BPO-Leistungen); „nicht-kaptiv“ Quelle: BPO Monitor for the banking industry in Switzerland, Dez. 2012 von mas market intelligence	Marktanteile (Umsätze) für alle BPO-Leistungen im Bankenumfeld (WS, ZV u. übrige BPO-Leistungen) Quelle: BPO Monitor for the banking industry in Switzerland, Dez. 2012 von mas market intelligence
B-Source	[10-15 %, CHF 20-25 Mio.]	CHF [60-65 Mio.]
Credit Agricole CA-PBS	[15-20 %, CHF 30-35 Mio.]	CHF [50-55 Mio.]
Postfinance	[10-15 %, CHF 20-25 Mio.]	CHF [20-25 Mio.]
Incore Bank	[0-5 %, CHF 5-10 Mio.]	CHF [10-15 Mio.]
SITS	[0-5 %, CHF 5-10 Mio.]	CHF [15-20 Mio.]
ENTI	[10-15 %, CHF 20-25 Mio.]	CHF [20-25 Mio.]
Gesamtmarkt	100 % CHF [150-200 Mio.]	n/a

Als Marktführer gemäss den Angaben in der zweiten Spalte ist B-Source zu qualifizieren, gefolgt von Credit Agricole CA-PBS. An dritter Stelle folgen die Zusammenschlussparteien. Postfinance ist nur im Teilmarkt Zahlungsverkehr tätig, hat dort aber die Marktführerschaft inne. Wird auf den „nicht-kaptiven“-Markt fokussiert, hat Credit Agricole CA-PBS die Marktführerschaft inne, gefolgt von den Zusammenschlussparteien sowie B-Source an dritter Stelle. Die restlichen Marktanteile teilen sich gemäss Parteiangabe weitere Wettbewerber wie z.B. Incore, FinanzLogistik, LombardOdier oder Services4Banks unter sich auf. Weiter böten auch die Grossbanken UBS und CS in der Wertschöpfungskette den BackOffice-Leistungen nachgelagerte Dienstleistungen aus dem Bereich der Street-Side-Leistungen an, mit punktuell überlappenden Dienstleistungen auch im Bereich der Wertschriften- und Zahlungsverkehrsab-

wicklung. Insgesamt ergibt sich daraus, dass der BPO-Markt im Bankenbereich stark fragmentiert ist.

⁸⁵ Ibid, Rz 43 f.

⁸⁶ Die Markteinschätzung von mas market intelligence im BPO Monitor for the Banking Industry in Switzerland vom Dezember 2012 lässt eine Aufteilung der Umsätze der Wettbewerber nach Zahlungsverkehrs-, Wertschriftenverarbeitung und übrigen BPO-Dienstleistungen im Bankenumfeld nicht zu.

80. Marktdaten zur Konkurrenzsituation auf den Märkten für BackOffice-Dienstleistungen im Bereich Zahlungsverkehr- und Wertschriftenverarbeitung fehlen. Das meldende Unternehmen schätzt basierend auf seinen

Kenntnissen der Kundenstrukturen und der Leistungsangebote der wichtigsten Wettbewerber deren Marktanteile wie folgt ein:

Wettbewerber	Marktanteile (Umsätze) für Wertschriftenabwicklung	Marktanteile (Umsätze) für Zahlungsverkehrsabwicklung
B-Source	[20-25 %]	[5-10 %]
Credit Agricole CA-PBS	[30-35 %]	[5-10 %]
Postfinance	0 %	[25-30 %]
Incore Bank	[5-10 %]	[0-5 %]
SITS ⁸⁷	[10-15 %]	[10-15 %]
ENTI	[5-10 %]	[10-15 %]
Gesamtmarkt⁸⁸	100 % CHF [65-75 Mio.]	100 % CHF [65-75 Mio.]

81. Nach Meinung der Parteien bilden die oben aufgeführten Marktanteile auch in etwa die Konkurrenzsituation in den vergangenen Jahren ab. Gemäss HandelsZeitung gelang es dem Konkurrenten B-Source in den vergangenen zwei Jahren allerdings regelmässig, neue Kunden zu gewinnen, sowohl im Retail- als auch im Private Banking.⁸⁹ Zumindest eine gewisse Bewegung scheint im Markt zu sein. Das meldende Unternehmen weist bezüglich der Wettbewerbsverhältnisse ferner darauf hin, dass die Laufzeiten der Verträge mit den Banken sehr kurz sind (eine Kündigung ist [innert relativ kurzer Fristen] möglich). Somit können Kundenbanken leicht ausweichen, sofern sie mit den BPO-Dienstleistungen von SITS nicht zufrieden sind.

82. Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die Märkte für BackOffice-Dienstleistungen in den Bereichen Zahlungsverkehrsverarbeitung und Wertschriftenverarbeitung, obwohl im „nicht-kaptiven Bereich“ noch klein, bereits unter vielen Wettbewerbern aufgeteilt sind. Es kommt hinzu, dass die Prozesse auf diesen Märkten hoch standardisiert sind und bahnbrechende Innovationen in den nächsten Jahren folglich nicht zu erwarten sind. Durch die Übernahme von ENTI erwirbt SITS keinen potentiell entscheidenden Wettbewerbsvorteil in dieser Hinsicht. Schliesslich wirkt die Fähigkeit der Banken, die entsprechenden IT-Leistungen (weiterhin) selber bereitzustellen, würde die Auslagerung für sie nicht zu Effizienzgewinnen und Kosteneinsparungen führen, in einem erheblichen Masse disziplinierend auf die Zusammenschlussparteien und alle anderen BPO- und/oder BSP-Dienstleister. Es dürfte den beteiligten Unternehmen nach dem Zusammenschluss daher kaum möglich sein, sich in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig zu verhalten.

II. Potentieller Wettbewerb

83. Nach Meinung der Parteien bildet der heute noch kleine „nicht-kaptive“ Markt für BackOffice-Dienstleistungen einen Wachstumsmarkt, da sich die Banken künftig vermehrt dazu entschliessen dürften, solche standardisierte Leistungen auszulagern. Dass die Markteintrittsbarrieren tief sind, wurde bereits im Fall BEKB/RBA festgestellt.⁹⁰ Es sind keine grossen Vorab-Investitionen notwendig und die Technologie dafür ist problemlos erhältlich. Es ist daher damit zu rechnen, dass weitere

Wettbewerber in den schweizerischen Markt eintreten. Gemäss Parteiangabe führen derzeit [weitere, in der Meldung benannte Banken bzw. Bankengruppen] Gespräche über ein Business Process Outsourcing. Sind diese Gespräche erfolgreich, wäre die Grundlage für einen führenden BPO-Anbieter mit hohen Transaktionsvolumina geschaffen. Darüber hinaus wird darauf hingewiesen, dass vermehrt ausländische globale Outsourcing-Unternehmen einen Markteintritt in der Schweiz prüfen bzw. diesen bereits vollzogen haben; dazu zählen die global tätigen Unternehmen Cognizant, Wipro, Tata und HCL. Einen Markteintritt allenfalls erschweren könnten eine fehlende Reputation im Markt und die spezifischen Outsourcing-Auflagen im Bankenbereich der Finanzmarktaufsicht FINMA.

III. Zwischenergebnis

84. Aus den oben dargelegten Gründen bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss auf den Märkten für BackOffice-Dienstleistungen im Bereich Zahlungsverkehrsverarbeitung und im Bereich Wertschriftenverarbeitung eine beherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

B.4.4 Ergebnis

85. 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.

⁸⁷ Die Marktanteilsangaben umfassen die Umsätze von SITS Sourcing mit den beiden Minderheitsaktionären BKB und BLKB, während z.B. bei B-Source der Umsatz mit dem Minderheitsaktionär BSI nicht berücksichtigt ist. Tendenziell dürfte die Marktstellung von SITS daher eher überschätzt worden sein. Ohne Berücksichtigung der Umsätze mit den Minderheitsaktionären würden sich die Anteile von SITS gemäss Parteiangabe nur auf [0-5 %] (Wertschriftenverarbeitung) bzw. [5-10 %] (Zahlungsverkehrsverarbeitung) belaufen.

⁸⁸ In Klammern sind die Marktvolumina unter Hinzurechnung der Umsätze von SITS Sourcing mit den Minderheitsaktionären angegeben. Bezüglich des erstgenannten Wertes vgl. die Gesamtvolumina in Ziffer 4.2 der Meldung.

⁸⁹ Siehe vorstehend Fn 73.

⁹⁰ RPW 2007/4, 645 Rz 54 ff., BEKB/RBA.

B 3	Bundesverwaltungsgericht Tribunal administratif fédéral Tribunale amministrativo federale
B 3	1. Zwischenentscheid vom 17. April 2013 in Sachen Verfügung der WEKO vom 30. November 2009 im Untersuchungsverfahren betreffend GABA wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG

Zwischenentscheid B-506/2010 des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung II, vom 17. April 2013 in der Beschwerdesache Gaba International AG, vertreten durch [...] gegen Wettbewerbskommission WEKO - Gegenstand: Verfügung der WEKO vom 30. November 2009 im Untersuchungsverfahren 22-0349 betreffend GABA wegen unzulässiger Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG.

Stellt das Bundesverwaltungsgericht fest:

A.

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (im Folgenden: Sekretariat) eröffnete am 10. Mai 2006 auf Anzeige de eine Vorabklärung gemäss Art. 26 des Kartellgesetzes vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) u.a. gegen die Gaba International AG (GABA, Beschwerdeführerin). Mit Schreiben vom 8. Februar 2007 teilte das Sekretariat der Beschwerdeführerin und der Anzeigerin die Eröffnung einer Untersuchung im Einvernehmen mit einem Mitglied der Wettbewerbskommission (WEKO; im Folgenden: Vorinstanz) gemäss Art. 27 KG mit. Die amtliche Publikation der Eröffnung der Untersuchung im Sinne von Art. 28 KG erfolgte im Schweizerischen Handelsamtsblatt am 2. März 2007 und im Bundesblatt am 13. März 2007. Gegenstand der Untersuchung ist eine allfällige Behinderung von Parallelimporten der Zahnpasta Elmex rot in die Schweiz.

B.

Im Rahmen der Untersuchung versandte das Sekretariat Fragebögen u.a. an die Beschwerdeführerin und die Anzeigerin. Mit Schreiben vom 16. Dezember 2008 stellte das Sekretariat der Beschwerdeführerin seinen der Vorinstanz gemäss Art. 30 Abs. 1 KG unterbreiteten Antrag zur Stellungnahme zu. Die Beschwerdeführerin äusserte sich am 25. März 2009 zum Verfügungsentwurf. Am 8. Juni 2008 wurde die Beschwerdeführerin von der Vorinstanz angehört und ihr wurde die Gelegenheit zur mündlichen Stellungnahme eingeräumt. Die Anzeigerin wurde am 6. Juli 2009 in den Räumlichkeiten der Vorinstanz und im Beisein der Beschwerdeführerin als Zeugin einvernommen. Mit Schreiben vom 7. Juli 2009 wurde der Beschwerdeführerin das entsprechende Protokoll zur Stellungnahme zugestellt. Mit Schreiben vom gleichen Tag wurde die Beschwerdeführerin zudem aufgefordert, Stellung zu nehmen für den Fall, dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden könnte.

C.

Mit Verfügung vom 30. November 2009 sanktionierte die Vorinstanz die Beschwerdeführerin mit einem Betrag von Fr. 4'820'580.00 aufgrund einer unzulässigen Gebietsabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 KG. Hiergegen reichte die Beschwerdeführerin am 25. Januar 2010 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht ein. Sie beantragt die Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung. Eventualiter habe das Bundesverwaltungsgericht in der Sache neu zu entscheiden, subeventualiter begehrt die Beschwerdeführerin eine Rückweisung zur Neuurteilung an die Vorinstanz an. In verfahrensrechtlicher Hinsicht stellt die Beschwerdeführerin den Antrag auf Durchführung einer Verhandlung, falls das Bundesverwaltungsgericht in der Sache entscheide.

D.

Nachdem die Vorinstanz am 19. April 2010 eine Vernehmlassung einreichte und die Beschwerdeführerin am 25. August 2010 replizierte, ersuchte das Bundesverwaltungsgericht die Vorinstanz mit Zwischenverfügung vom 11. November 2010 um Einreichung einer allfälligen Duplik. Gleichzeitig verfügte es die Sistierung des vorliegenden Verfahrens ab Eingang der Duplik der Vorinstanz bis zur schriftlichen Eröffnung der Entscheide des Bundesgerichts in den Verfahren gegen die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-2050/2007 (Swisscom [Schweiz] AG) sowie B-2977/2007 (Publigroupe SA). Die Vorinstanz duplizierte am 24. Januar 2011.

E.

Mit Urteil vom 11. April 2011 entschied das Bundesgericht über die Beschwerde gegen den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts in der Sache B-2050/2007 (Swisscom [Schweiz] AG). Nach öffentlicher Beratung vom 29. Juni 2012 stellte es zudem in der Beschwerdesache gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2977/2007 (Publigroupe SA) den Parteien das schriftliche Urteil am 28. Januar 2013 zu.

F.

Das Bundesverwaltungsgericht hob mit Verfügung vom 6. Februar 2013 die Sistierung des vorliegenden Verfahrens auf. Des Weiteren setzte es der Beschwerdeführerin Frist, um dem Bundesverwaltungsgericht mitzuteilen, ob sie an ihrem Verfahrensantrag auf Durchführung einer öffentlichen Parteiverhandlung festhalte. Schliesslich ersuchte das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerdeführerin sowie die Vorinstanz um Stellungnahme zur Frage, ob bzw. welche Auswirkungen das Urteil des Bundesgerichts 2C_424/2010 vom 29. Juni 2012

(Publigroupe SA) auf das vorliegende Beschwerdeverfahren habe.

G.

Mit Eingabe vom 18. Februar 2013 nahm die Vorinstanz Stellung zu allfälligen Auswirkungen des Urteils des Bundesgerichts 2C_424/2010 vom 29. Juni 2012 (Publigroupe SA) auf das vorliegende Beschwerdeverfahren.

H.

H.a Die Beschwerdeführerin hielt in ihrer Stellungnahme vom 13. März 2013 an ihren rechtsbegehren fest und stellte folgende Verfahrensanhträge:

- „1. a) *Es sei eine Instruktionsverhandlung im Sinne von Art. 57 Abs. 2 VwVG durchzuführen.*
- b) *Eventualiter: Es sei eine öffentliche Parteiverhandlung im Sinne von Art. 40 Abs. 1 VGG durchzuführen.*
2. *Die WEKO sei unter Fristansetzung durch das Bundesverwaltungsgericht zu verpflichten, der Beschwerdeführerin den „fil rouge“ auszuhändigen.“*

H.b Zum Antrag auf Durchführung einer Instruktionsverhandlung macht die Beschwerdeführerin geltend, bei kartellrechtlichen Bussgeldverfahren seien regelmässig komplexe Wirtschaftssachverhalte und Sanktionen mit strafähnlichem Charakter zu beurteilen, weswegen nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts eine solche Verhandlung angezeigt sei. Auf jeden Fall habe die Beschwerdeführerin gemäss art. 40 Abs. 1 VGG Anspruch auf Durchführung einer öffentlichen Parteiverhandlung, da i.c. strafrechtliche Anklagen im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) zu beurteilen seien.

H.c Bezüglich der Einsicht in den „fil rouge“ trägt die Beschwerdeführerin vor, das Sekretariat der Vorinstanz habe im Wettbewerbsverfahren die Funktion einer Untersuchungsbehörde, während der Vorinstanz selbst die Funktion eines „Richters“ mit Strafkompentenz zukomme. Das Sekretariat habe die Vorinstanz mit vertraulichen Akten, dem sog. „fil rouge“ instruiert, in welche die Beschwerdeführerin bis heute keine Einsicht erhalten habe. Sie wisse deshalb nicht, ob und wie sich die Vorinstanz mit ihren Argumenten auseinandergesetzt habe. Gemäss Art. 6 EMRK müsse die Beschwerdeführerin in der Lage sein, ihre Rechte im Strafverfahren wirksam wahrzunehmen, was Kenntnis der Beschuldigungen, des Beweisergebnisses und auch der zur Verfügung stehenden Verteidigungsrechte voraussetze. Deswegen sei das Anlegen von Geheimakten durch die Strafbehörden unzulässig.

H.d Schliesslich führt die Beschwerdeführerin zum Entscheid des Bundesgerichts 2C_424/2010 vom 29. Juni 2012 aus, die EMRK-Konformität des vorliegenden Verfahrens könne nur dadurch hergestellt werden, dass das Bundesverwaltungsgericht sämtliche Einwände der Beschwerdeführerin „Punkt für Punkt“ prüfe. Dabei dürfe es sich nicht auf die Ausführungen des Bundesgerichts zum Beweismass in Wettbewerbsverfahren stützen, da es im vorliegenden Fall um eine Würdigung der Beweislage

gehe, namentlich um die tatsächliche Frage, ob die Beschwerdeführerin durch eine angebliche Parallelimportbeschränkung den Wettbewerb in der Schweiz beschränkt habe. Wie bereits in der Beschwerde vom 25. Januar 2010 dargelegt, habe die Vorinstanz den Sachverhalt ungenügend untersucht. Weil es bei der Frage der Beschränkung von Parallelimporten um „harte Fakten“ gehe, sei eine hypothetische Beweisführung aufgrund ökonomischer Annahmen per se ausgeschlossen.

I.

Das Bundesverwaltungsgericht ersuchte mit Verfügung vom 20. März 2013 die Vorinstanz um Einreichung einer Kopie des vollständigen „fil rouge“ unter Bezeichnung allfälliger Geheimhaltungsinteressen bzw. Geschäftsgeheimnisse. Zudem wurde die Vorinstanz aufgefordert, zur Frage Stellung zu nehmen, ob der Beschwerdeführerin Einsicht in den „fil rouge“ zu gewähren sei.

J.

J.a Mit Eingabe vom 8. April 2013 reichte die Vorinstanz beim Bundesverwaltungsgericht den „fil rouge“ ein und stellte folgende Anträge:

„Der Beschwerdeführerin sei keine Einsicht in den „fil rouge“ zu gewähren.“

Eventualantrag:

„Sollte das Gericht entscheiden, dass einzelne Elemente aus dem „fil rouge“ keine verwaltungsinternen Informationen darstellen, sei der Beschwerdeführerin lediglich auszugsweise Einsicht in diese Elemente des „fil rouge“ zu gewähren.“

J.b Zur Begründung führt die Vorinstanz aus, es seien drei Versionen des „fil rouge“ erstellt worden: (i) für die Eintretensdebatte und die Anhörung der Beschwerdeführerin vom 8. Juni 2009, (ii) für die erste Entscheiddebatte der Vorinstanz, sowie (iii) für die verfahrensabschliessende Entscheiddiskussion. Während die ersten beiden Versionen in erster Linie der Strukturierung der Diskussion anlässlich der Plenarsitzung der Vorinstanz gedient hätten, habe die dritte Version den Inhalt des vom Sekretariat zu Händen der Vorinstanz verfassten Verfügungsentwurfs zusammengefasst. Beim „fil rouge“ handle es sich um eine verwaltungsinterne Akte, welcher kein Beweischarakter zukomme. Im Sinne der bisherigen Rechtsprechung zur Einsichtnahme in verwaltungsinterne Akten sei der Beschwerdeführerin keine Einsicht in den „fil rouge“ zu gewähren. Sollte das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss kommen, dass einzelne Elemente im „fil rouge“ eine „objektive Bedeutung für die verfassungswesentliche Sachverhaltsfeststellung“ hätten, sei der Beschwerdeführerin lediglich auszugsweise Einblick in diese Elemente zu gewähren.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich gemäss Art. 37 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das VGG und das Kartellgesetz vom 6. Oktober 1995 (KG, SR 251) nichts anderes bestimmen (Art. 39 KG). Nach Art. 31 VGG beurteilt

das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG, sofern keine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG vorliegt und eine Vorinstanz gemäss Art. 33 f. VGG entschieden hat. Als Verfügungen gelten autoritative, einseitige, individuell-konkrete Anordnungen der Behörde, die in Anwendung von Verwaltungsrecht ergangen, auf Rechtswirkungen ausgerichtet sowie verbindlich und erzwingbar sind (vgl. BGE 135 II 38 E. 4.3, m.w.H.). Die Verfügung der Schweizerischen Wettbewerbskommission (WEKO, hiernach: Vorinstanz) vom 30. November 2009 im Untersuchungsverfahren Nr. 22-0349 stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG dar. Die WEKO ist eine Vorinstanz gemäss Art. 33 Bst. F VGG i.V.m. Art. 47 Abs. 1 Bst. B VwVG. Eine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG ist nicht gegeben. Demnach ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der am 25. Januar 2010 erhobenen Beschwerde gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 30. November 2009 zuständig. Die vorliegende Zwischenverfügung über die Akteneinsicht fällt gemäss Art. 39 Abs. 1 VGG in die Kompetenz des Instruktionsrichters.

2.

Der Beschwerdeführerin steht als Verfahrenspartei das Akteneinsichtsrecht vorbehaltlos und ohne Geltendmachung eines besonderen Interesses an der Einsichtnahme zu (vgl. BERNHARD WALDMANN/MAGNUS OESCHGER, in: Bernhard Waldmann/Philipp Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2009 [hiernach: Praxiskommentar zum VwVG], Art. 26 N. 48).

3.

Nach ständiger Rechtsprechung umfasst der Anspruch auf rechtliches Gehör im Sinne von Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) als Teilgehalt auch das Akteneinsichtsrecht (siehe statt vieler BGE 129 I 85 E. 4.1; BGE 121 I 225 E. 2a, m.w.H.). Im Kartellrecht richtet sich das Akteneinsichtsrecht nach den Art. 26 ff. VwVG, soweit das KG keine abweichende Regelung vorsieht (vgl. Art. 39 KG). Gemäss Art. 26 Abs. 1 VwVG hat jede Partei oder ihr Vertreter Anspruch darauf, in ihrer Sache die Verfahrensunterlagen am Sitz der verfügenden Behörde einzusehen. Dazu gehören u.a. die Eingaben von Parteien und Vernehmlassungen von Behörden (Bst. a), sowie alle als Beweismittel dienenden Aktenstücke (Bst. b). Die Behörde darf die Einsichtnahme in die Akten nur verweigern, wenn wesentliche öffentliche oder private Interesse im Sinne von Art. 27 Abs. 1 VwVG es gebieten. Die Verweigerung der Einsichtnahme darf sich lediglich auf die Aktenstücke erstrecken, für die Geheimhaltungsgründe bestehen (Art. 27 Abs. 2 VwVG). Im Falle der Verweigerung der Einsichtnahme in ein Aktenstück darf auf dieses gemäss Art. 28 VwVG zum Nachteil der Partei nur abgestellt werden, wenn ihr die Behörde von seinem für die Sache wesentlichen Inhalt mündlich oder schriftlich Kenntnis und ihr ausserdem Gelegenheit gegeben hat, sich zu äussern und Gegenbeweismittel zu bezeichnen.

4.

Vorliegend ist streitig, ob der Beschwerdeführerin Einsicht in die verwaltungsinternen Akten der Vorinstanz (sog. „fil rouge“) zu gewähren ist. Nach der Praxis des Bundesgerichts, des Bundesverwaltungsgerichts und der früheren Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF) lässt sich weder aus dem VwVG noch aus dem KG oder aus Art. 29 Abs. 2 BV ein Anspruch auf Einsicht in verwaltungsinternen Akten ableiten. Als verwaltungsinterne Akten gelten dabei Unterlagen, denen für die Behandlung eines Falles kein Beweischarakter zukommt, welche vielmehr ausschliesslich der verwaltungsinternen Gebrauch bestimmt sind (z.B. Entwürfe, Anträge, Notizen, Mitberichte, Hilfsbelege usw.). Mit dem Ausschluss des Einsichtsrechts der Verwaltung über die entscheidenden Aktenstücke und die erlassenen begründeten Verfügungen hinaus vollständig vor der Öffentlichkeit ausgebreitet wird (siehe BGE 129 IV 141 E. 3.3.1, m.w.H.). Bei der Bestimmung des Umfangs des Akteneinsichtsrechtes kommt es auf die objektive Bedeutung eines Aktenstückes im konkreten Fall für die entscheidungswesentliche Sachverhaltsfeststellung an und nicht auf die Einstufung des Beweismittels durch die Behörden als internes Papier. Keine internen Akten sind daher zum Beispiel verwaltungsintern erstellte Berichte und Gutachten zu streitigen Sachverhaltsfragen. Je stärker das Verfahrensergebnis von der Stellungnahme der Betroffenen zum konkreten Dokument abhängt und je stärker auf ein Dokument bei der Entscheidungsfindung (zum Nachteil der Betroffenen) abgestellt wird, desto intensiver ist dem Akteneinsichtsrecht Rechnung zu tragen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-73422/2010 vom 5. März 2013 E. 3.4; STEFAN C. BRUNNER in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich/St. Gallen 2008 [hiernach: VwVG-Kommentar], Art. 26 Rz 33 und 38, WALDMANN/OESCHGER, Praxiskommentar zum VwVG, Art. 26 N. 64).

5.

Die Beschwerdeführerin macht in ihrer Eingabe vom 13. März 2013 geltend, das Sekretariat der Vorinstanz habe die Funktion einer Untersuchungsbehörde, während die Vorinstanz die Funktion eines Richters mit Strafkompetenz inne habe. Das Sekretariat habe die Vorinstanz mit vertraulichen Akten (dem sog. „fil rouge“) instruiert, in welche die Beschwerdeführerin keine Einsicht erhalten habe. Sie wisse demnach nicht, ob und wie sich die Vorinstanz mit ihren Argumenten auseinandergesetzt habe. Dem in Art. 6 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) niedergelegten Fairnessgrundsatz zufolge müsse die Beschwerdeführerin in der Lage sein, ihre Rechte im Strafverfahren wirksam wahrzunehmen. Dies setze die Kenntnis der Beschuldigungen, des Beweisergebnisses und auch der zur Verfügung stehenden Verteidigungsrechte voraus. Deswegen sei das Anlegen von Geheimakten durch die Strafbehörden unzulässig. Um zu vermeiden, dass der Beschwerdeführerin EMRK-widrig Einblick in die Anklage verweigert werde, sei ihr Einsicht in den „fil rouge“ zu gewähren. Das sei bereits in einem anderen Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht veranlasst worden.

6.

Die Vorinstanz trägt demgegenüber in ihrer Stellungnahme vom 8. April 2013 vor, es seien drei Versionen des „fil rouge“ erstellt worden: (i) für die Eintretensdebatte und die Anhörung vom 8. Juni 2009 von u.a. der Beschwerdeführerin, (ii) für die erste Entscheiddebatte der Vorinstanz, sowie (iii) für die Verfahrensabschliessende Entscheiddiskussion. Während die ersten beiden Versionen in erster Linie der Strukturierung der Diskussion anlässlich der Plenarsitzung der Vorinstanz gedient hätten, habe die dritte Version den Inhalt des vom Sekretariat zu Händen der Vorinstanz verfassten Verfügungsentwurfs zusammengefasst. Beim „fil rouge“ handle es sich um eine verwaltungsinterne Akte, welcher kein Beweischarakter zukomme. Wie bereits die REKO/WEF und auch das Bundesgericht entschieden hätten, erstrecke sich das Akteneinsichtsrecht nur auf entscheidrelevante Unterlagen. Für Akten, welche ausschliesslich der verwaltungsinternen Meinungsbildung dienten, bestehe hingegen kein Anspruch auf Einsicht. Bei der Beurteilung, ob es sich um eine verwaltungsinterne Akte handelt, komme es nicht auf die Einstufung des Dokuments durch die Verwaltung als internes Papier an, sondern auf seine objektive Bedeutung für die verfassungswesentliche Sachverhaltsfeststellung. Dies habe auch das Bundesverwaltungsgericht in seiner Zwischenverfügung vom 18. Juli 2011 im Verfahren B-831/2011 festgehalten. Im Sinne der bisherigen Praxis zur Einsichtnahme in verwaltungsinterne Akten sei der Beschwerdeführerin keine Einsicht in den „fil rouge“ zu gewähren. Sollte das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss kommen, dass einzelne Elemente im „fil rouge“ eine „objektive Bedeutung für die verfassungswesentliche Sachverhaltsfeststellung“ hätten, sei der Beschwerdeführerin lediglich auszugswise Einblick in dieses Elemente zu gewähren.

7.

Vorliegend hat das Bundesverwaltungsgericht demnach zu prüfen, ob die Vorinstanz die drei Versionen des „fil rouge“ zu Recht als verwaltungsinterne Akten klassifiziert hat.

7.1 Der „fil rouge“ wird nicht durch die Vorinstanz selbst, sondern durch dessen Sekretariat erstellt. Im Kartellverfahren amtet das Sekretariat als Untersuchungs- und die WEKO als Entscheidinstanz. Das Sekretariat bereitet gemäss Art. 23 Abs. 1 KG u.a. die Geschäfte der Vorinstanz vor und führt die Untersuchungen durch. Nach Art. 7 Abs. 2^{bis} des Geschäftsreglements der Wettbewerbskommission vom 1. Juli 1996 (GR WEKO, SR 251.1) bereitet das Präsidium der Kommission mit dem Direktor/der Direktorin des Sekretariats sowie den von diesem/r bestimmten Mitarbeitenden die Kommissionssitzung vor. Der Direktor oder die Direktorin sorgt gestützt auf ein Konzept der Kommission für den Informationsfluss innerhalb der Kommission. Das Sekretariat informiert die Entscheidorgane so, dass diese ihre Aufgaben wahrnehmen können. Es erteilt den Kommissionsmitgliedern auf Verlangen jederzeit Auskünfte über laufende Geschäfte, die in die Entscheidkompetenz der Kommission oder des Präsidiums fallen (Art. 14 GR WEKO). Der Direktor oder die Direktorin nimmt ohne gegenteiligen Beschluss der Kommission zusammen mit den von ihm oder ihr bestimmten Mitarbeitern und Mitar-

beiterinnen an den Beratungen über den Antrag teil (Art. 13 Abs. 1 Bst. d GR WEKO). Der „fil rouge“ dient somit der gesetzlich vorgesehenen, internen Vorbereitung der Kommissionsverfügung durch das Sekretariat. In diesem Sinne gewährt er einen summarischen Überblick über die bisherigen Untersuchungsergebnisse und fasst die Erkenntnisse der Kommissionssitzung zusammen.

7.2 So erläutert die erste Version des „fil rouge“ vom 8. Juni 2009 kurz die Parteien und den relevanten Markt. Im Anschluss werden die aus der Untersuchung gewonnenen Erkenntnisse zusammengefasst und wird das weitere Vorgehen in groben Zügen dargestellt. Die zweite Version des „fil rouge“ vom 21. September 2009 ist mit der ersten Version inhaltsgleich. Die dritte Version des „fil rouge“ vom 30. November 2009, schliesslich, enthält weitgehend dieselben Angaben wie die ersten beiden Versionen. Ergänzend werden die neusten sachverhaltlichen Erkenntnisse und die Argumente der Parteien dargestellt. Zudem wird eine abschliessende Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse präsentiert. Dieselben Ergebnisse bzw. Erkenntnisse finden sich sowohl im Antrag des Sekretariats als auch in der angefochtenen Verfügung in weitaus grösserer Detailliertheit wieder. Dem „fil rouge“ kommt insofern kein Beweischarakter zu. Vielmehr diene er in casu – wie die Vorinstanz zu Recht ausgeführt hat – der Vorbereitung und Strukturierung der Kommissionssitzungen sowie der verwaltungsinternen Meinungsbildung. Die „fil rouge“-Versionen sind somit verwaltungsinterne Akten, in welche die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf Einsicht hat.

7.3 Daran vermögen auch die Ausführungen der Beschwerdeführerin in ihrer Eingabe vom 13. März 2013 nichts ändern. Die Beschwerdeführerin macht geltend, das Sekretariat habe die Funktion eines Richters mit Strafkompetenz innehabend. Die Beschwerdeführerin wisse nicht, ob und wie sich die Vorinstanz mit ihren Argumenten auseinandergesetzt habe, da das Sekretariat die Vorinstanz mit vertraulichen Akten („fil rouge“) instruiert habe. Ihr sei es demnach unmöglich gewesen, ihre Rechte im Strafverfahren in Konformität mit Art. 6 EMRK zu wahren. Die Frage, ob das Kartellverfahren als reines Strafverfahren zu qualifizieren ist, ist für die Beurteilung des Akteneinsichtsgesuches unerheblich. Sie kann in casu offen bleiben. Denn selbst wenn man annähme, dass das vorinstanzliche Verfahren als strafrechtliches Verfahren zu qualifizieren ist, kann nicht gesagt werden, die Beschwerdeführerin habe ihre Rechte ungenügend wahrend können, wie der nachfolgende Überblick über das Verfahren zeigt. Der Beschwerdeführerin wurde am 10. Mai 2006 mitgeteilt, dass eine Vorabklärung im Sinne von Art. 26 KG gegen sie eröffnet worden sei. Im selben Brief wurde die Beschwerdeführerin darüber informiert, dass die Eröffnung der Vorabklärung gestützt auf eine Anzeige der Denner AG erfolgte wegen angeblichen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung sowie Behinderung von Parallelimporten. Der Beschwerdeführerin wurde sodann ein Fragebogen betreffend Informationen zum Vertriebssystem, zur Preispolitik und zu Parallelimporten zugestellt. Am 12. Juli 2006 beantwortete die Beschwerdeführerin den Fragebogen mit einer 34-seitigen Eingabe, und reichte 31 Beilagen ein. Am 1. November 2016 reichte die Beschwerdeführe-

rin weitere Beilagen nach und erläuterte erneut ihren Standpunkt. Aus besagtem Schreiben geht zudem hervor, dass der damalige Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin zumindest einmal telefonischen Kontakt mit dem Sekretariat hatte. Sodann teilte das Sekretariat der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 8. Februar 2007 die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 27 KG mit. Dies wurde ausdrücklich damit begründet, dass die Vorabklärung Anhaltspunkte für das Bestehen unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen im Sinne von Art. 5 und 7 KG aufgezeigt habe. Weiter wird im Schreiben ausgeführt: „Mit der Untersuchung soll geprüft werden, ob unzulässige Wettbewerbsabreden gemäss Art. 5 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 4 KG in Form von Preisvorgaben der Gaba AG für den Verkauf der Elmex Kariesschutz Zahnpasta rot [...] oder einer Behinderung von Parallelimporten der Elmex rot vorliegen. Gleichzeitig wird analysiert, ob die Nichtbelieferung der Denner AG mit Elmex rot ein Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 KG oder Art. 7 KG darstellt.“ Zwischen dem Datum der Eröffnung der Untersuchung am 8. Februar 2007 und der Zustellung des Antrags des Sekretariats am 16. Dezember 2008 korrespondierte die Beschwerdeführerin regelmässig mit dem Sekretariat und nahm jeweils umfangreich Stellung zu den Fragen des Sekretariats (vgl. z.B. Act. 265, 268 oder 291). Aus dem Verfügungsantrag des Sekretariats geht ausserdem klar hervor, welches Verhalten der Beschwerdeführerin vorgeworfen wird und wie die bisher erhobenen Beweise durch das Sekretariat gewürdigt wurden. Die Beschwerdeführerin nahm in der Folge mit einer 66-seitigen Eingabe inkl. 13 Beilagen (wovon alleine das RBB-Gutachten rund 30 Seiten umfasst) am 25. März 2009 Stellung zu besagtem Verfügungsantrag. Am 8. Juni 2009 wurde die Beschwerdeführerin von der Vorinstanz mündlich angehört. Zudem nahm sie an der Zeugeneinvernahme der Anzeigerin am 6. Juli 2009 teil und konnte sich schriftlich zu den entsprechenden Protokollen äussern. Mit Schreiben vom 7. Juli 2009 wurde die Beschwerdeführerin aufgefordert, schriftlich Stellung zu nehmen für den Fall, dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden könne. Damit konnte sich die Beschwerdeführerin sowohl im Verfahren vor dem Sekretariat als auch in demjenigen vor der Vorinstanz selbst mehrmals schriftlich und mündlich eingehend äussern.

7.4 Es ist nach dem Gesagten nicht nachvollziehbar, wenn die Beschwerdeführerin geltend macht, sie habe mangels Kenntnis der Beschuldigungen, des Beweisergebnisses und der ihr zur Verfügung stehenden Verteidigungsrechte ihre Verfahrensrechte nicht wirksam wahren können. Nach Eröffnung der Vorabklärung am 10. Mai 2006 wusste die Beschwerdeführerin um die gegen sie erhobenen Beschuldigungen. Auch aus den an sie gestellten Fragen konnte sie erkennen, in welche Richtung die Vorabklärung durch das Sekretariat verlief. Mit der Untersuchungseröffnung am 8. Februar 2007 wurde der Beschwerdeführerin zudem das bisherige Beweisergebnis mitgeteilt. Auch aus der weiteren Korrespondenz mit dem Sekretariat war für sie erkennbar, was Gegenstand der Untersuchung war. Sodann ergab sich aus dem Verfügungsantrag des Sekretariats, wie die erhobenen Beweise gewürdigt wurden. Spätestens jedoch als die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin aufgefordert wurde, Stellung zu nehmen für den Fall,

dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs widerlegt werden könne, muss ihr klar geworden sein, in welcher Hinsicht die Vorinstanz die erhobenen Beweise zu würdigen gedachte. Die Beschwerdeführerin hat demnach ihre Verteidigungsrechte in voller Kenntnis der Beschuldigung und des Beweisergebnisses der Vorinstanz ausüben können, was sich nicht zuletzt an ihren umfangreichen Eingaben zeigt.

7.5 Für die Beurteilung des Akteneinsichtsgesuchs der Beschwerdeführerin im vorliegenden Fall ist schliesslich unerheblich, dass das Bundesverwaltungsgericht in einem anderen Kartellverfahren teilweise Einsicht in den „fil rouge“ gewährt hat. Sofern die Beschwerdeführerin mit ihrem Vorbringen indirekt geltend macht, das Bundesverwaltungsgericht vollziehe durch Verweigerung der Akteneinsicht eine Praxisänderung, ist zum einen festzuhalten, dass ein einzelner Fall noch keine Praxis darstellt. Zum anderen kann die Qualifikation einer Akte als intern nicht pauschal geschehen, sondern ist immer im konkreten Einzelfall zu treffen (vgl. statt vieler WALDMANN/OESCHGER, Praxiskommentar zum VwVG, Art. 26 N. 67).

7.6. Nach dem Gesagten ist der Antrag der Beschwerdeführerin vom 13. März 2013 auf Einsicht in den „fil rouge“ der Vorinstanz abzuweisen.

8.

Wie oben (siehe E. C und H.a) ausgeführt, hat die Beschwerdeführerin Antrag auf Durchführung einer Instruktionsverhandlung im Sinne von Art. 57 Abs. 2 VwVG, eventualiter einer öffentlichen Parteiverhandlung im Sinne von Art. 40 Abs. 1 VGG gestellt. Über diesen Antrag wird mit separater Verfügung entschieden.

9.

Über die Kosten dieses Zwischenentscheids sowie allfällige Parteientschädigungen wird im Entscheid über die Hauptsache zu befinden sein.

10.

Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass der vorliegende Zwischenentscheid mit Blick auf Art. 93 Abs. 1 Bst a des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) sowie die Praxis des Bundesgerichts bei der Abweisung von Akteneinsichtsgesuchen für die Beschwerdeführerin nicht selbständig anfechtbar sein dürfte (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_1071/2009 vom 9. April 2010 E. 3.2 f., m.w.H., sowie den Nichteintretensentscheid des Bundesverwaltungsgerichts A-7975/2008 vom 22. Juni 2009). Da die Beurteilung der Eintretensvoraussetzungen bei einer allfälligen Beschwerde dem Bundesgericht selber obliegt, muss es hier bei diesem Hinweis sein Bewenden haben. Die nachfolgend dem Dispositiv angehängte Rechtsmittelbelehrung ist aber mit dieser Präzisierung zu verstehen.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1. Das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin vom 13. März 2013 wird abgewiesen.
2. Zustellung der Eingabe der Vorinstanz vom 8. April 2013 an die Beschwerdeführerin.

-
3. Über die Verfahrenskosten und allfällige Partei-
entschädigungen wird mit der Hauptsache ent-
schieden.
4. Weitere Verfahrensanordnungen ergehen mit
separater Verfügung.
5. Dieser Zwischenentscheid geht an:
- die Beschwerdeführerin
 - die Vorinstanz
- [Rechtsmittelbelehrung]
-

Abkürzungsverzeichnis

Registre des abréviations

Indice delle abbreviazioni

		GebrV	and Trade Verordnung über Gebrauchsgegenstände
		GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
		GU	Gemeinschaftsunternehmen
A		H	
AF	Arrêté fédéral	HGer	Handelsgericht
AIMP	Accord intercantonal sur les marchés publics	HMG	Heilmittelgesetz
AJP	Aktuelle juristische Praxis (=PJA)	I	
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin	IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts	IVöB	Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel	J	
B		JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
BA	Bundesamt	JdT	Journal des Tribunaux
BB	Bundesbeschluss	K	
BBI	Bundesblatt	KG	Kartellgesetz
BG	Bundesgesetz	KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
BGBM	Bundesgesetz über den Binnenmarkt	KSG	Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung	KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung
BGer	Bundesgericht	L	
BOCE	Bulletin officiel du Conseil des Etats	LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents
BOCN	Bulletin officiel du Conseil national	LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie
BoeB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen	LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance
BR	Bundesrat	LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
BR/DC	Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction	LCD	Loi fédérale contre la concurrence déloyale
BUCN	Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale	LCsl	Legge federale contro la concorrenza sleale
BUCSt	Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati	LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur
BV	Bundesverfassung	LDIP	Loi fédérale sur le droit international privé
BZP	Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess	LETC	Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce
C		LF	Loi fédérale / Legge federale
CC	Code civil	LL	Legge federale sul lavoro
CE	Communauté Européenne	LMG	Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände
CE	Conseil des Etats	LMI	Loi fédérale sur le marché intérieur
CF	Conseil fédéral	LMP	Loi fédérale sur les marchés publics
FR.	Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri	LOTG	Legge federale sugli ostacoli tecnici commercio
CO	Code des obligations	LPM	Loi fédérale sur la protection des marques
Cost.	Costituzione federale	LRFP	Loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits
CPC	Code (cantonal) de procédure civile	LSPr	Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi
CPS	Code pénal suisse	M	
cst.	Constitution fédérale	N	
D		O	
DCP	Diritto e politica della concorrenza (=RPW)	O	Ordonnance
DPC	Droit et politique de la concurrence (=RPW)	OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economique
DG	Direction Générale (UE)	OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico
E			
EU	Europäische Union		
F			
FF	Feuille fédérale		
FMG	Fernmeldegesetz		
G			
GATT	General Agreement on Tariffs		

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)
OFAP	Office fédéral des assurances privées	SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
OGer	Obergericht	StR	Ständerat
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OMC	Organisation mondiale du commerce	T	
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	TA	Tribunal administratif
OR	Obligationenrecht	TApp	Tribunale d'Appello
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
P		TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)	U	
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	UE	Union Européenne
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
Publ.CCSPr	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
PüG	Preisüberwachungsgesetz	URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
Q		UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
R		V	
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
REKOWEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	W	
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
RR	Regierungsrat	X	
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)	Y	
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	Z	
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
S		ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs	ZPO	Zivilprozessordnung
SHAB	Schweizerisches Handels-amtsblatt	ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
SJ	La semaine judiciaire		
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)		

Index

- A**
- abgestimmtes Verhalten -
 - abgestimmte Verhaltensweise 153 f.
 - Abrede 142 ff., 147, 149 ff., 165, 169, 181 ff.
 - Acquiring 192
 - Anhörung 152 f., 276, 278
 - Apotheker/innen -
 - Ärzte(-Verband) 182
- B**
- Banken 262 ff.
 - Befristung des Entscheids -
 - Breitbanddienste 264
 - Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- Debitkarten 266
 - Domestic Interchange Fee -
- E**
- Effizienzgründe 143, 195
 - Effizienzprüfung -
 - Einstellung einer Untersuchung -
 - einvernehmliche Regelung -
 - Erheblichkeit 153, 194 f., 201
 - Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
 - Grosskunden-Märkte 178, 193
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -
- I**
- Indizienbeweis -
 - Interchange Fee 227
 - Internalisierung eines Kostenfaktors -
- J**
- K**
- kollektive Marktbeherrschung 211
 - Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 183, 198 f., 225, 230, 236, 244 f., 254
 - Koppelungsgeschäft -
 - Kostenraster -
- Krankenversicherer -
 - Kreditkarten 266
 - Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -
- L**
- legitimate business reasons -
- M**
- Marktaufteilung -
 - marktbeherrschende Stellung 210, 213, 220, 237, 242, 246, 251 f., 256, 258 f., 260 f., 263 f., 274
 - Marktgegenseite 143, 183 f., 192 ff., 203, 218, 237, 239 f., 246, 248, 256 f., 266, 268 f.
 - Marktorganisation -
 - Marktstruktur 230 f., 269
 - Marktzutrittsschranken -
 - Meldepflicht 222 ff., 229 ff., 246, 255 f., 260, 263
 - Missbrauch 210, 213, 235., 278
- N**
- Netzwerk 147, 237 ff., 253, 257, 262, 267 f.
 - Netzwerkkosten -
 - Nichtdiskriminierungsklausel -
- O**
- P**
- Parallelverhalten -
 - potenzieller Wettbewerb 143, 187
 - Preisabrede 143, 150, 182 f., 195 f., 201
 - Preisbindung zweiter Hand -
- Q**
- Quersubventionierung -
- R**
- Rabatte -
 - Reduktion der Sanktion 204 ff., 222
- S**
- Sanktionen 189, 195, 197 ff., 232, 276
 - Senkung Herstellkosten -
 - Submission -
 - Submissionskartell -
- T**
- Tarife 147, 177, 182, 217
 - Tarifvertrag -
 - Tierärzte/innen -
 - Transparenzmassnahmen -
- U**

Umstossung der Vermutung -	vorgezogene Recyclinggebühren -	
Untersuchung 142, 144 ff., 174, 181, 183 ff., 195 ff., 220 ff., 239, 247, 265, 269, 275 ff.		W
unzulässige Wettbewerbsabrede 142, 153, 195, 197, 207, 279	Wettbewerb um den Markt -	X
		Y
V		Z
vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -		
Veröffentlichung -	Zahlungsmittel 266	
Verschulden -	zweiseitige Märkte -	
Vierparteiensysteme -		
vorbehaltene Vorschriften 142, 153, 212, 236, 245, 255, 263		
