

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

*2005/3*

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Wettbewerbskommission

CH-3003 Bern  
(Herausgeber)

Vertrieb:  
BBL  
Vertrieb Publikationen  
CH-3003 Bern

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

Preis Einzelnummer:  
CHF 30.-  
Preis Jahresabonnement:  
CHF 104.-  
(Form: 701.000.05/3)

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commission de la con-  
currence  
CH-3003 Berne  
(Editeur)

Vente:  
OFCL  
Diffusion publications  
CH-3003 Berne

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

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

ISSN 1421-9158

© Copyright by:

Commissione della con-  
correnza  
CH-3003 Berna  
(Editore)

Vendita:  
UFCL  
Distribuzione pubblicazioni  
CH-3003 Berna

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

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

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

2005/3

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

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

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

Oktober/octobre/ottobre 2005

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

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

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

*Inhaltsübersicht / Sommaire / Indice*

2005/3

<b>B</b>	<b>Verwaltungsrechtliche Praxis</b> <i>Pratique administrative</i> <i>Prassi amministrativa</i>	
B 1	<b>Sekretariat der Wettbewerbskommission</b> Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza	
1.	<b>Vorabklärungen</b> <i>Enquêtes préalables</i> <i>Inchieste preliminari</i>	
	1. Reorganisation des Biomilchmarktes	458
	2. Vergabe von Lagerungsaufträgen für Speisekartoffeln	470
B 2	<b>Wettbewerbskommission</b> Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
3.	<b>Unternehmenszusammenschlüsse</b> <i>Concentrations d'entreprises</i> <i>Concentrazioni di imprese</i>	
	1. Migros/Valora	476
	2. EQT III/Carl Zeiss/SOLA	483
	3. Stora Enso/Schneider	490
	4. JCI/Bosch - Europäisches Starterbatteriegeschäft von Delphi	496
B 3	<b>Rekurskommission für Wettbewerbsfragen</b> Commission de recours pour les questions de concurrence Commissione di ricorso in materia di concorrenza	
	1. Atel, BKW FMB Energie AG, Centralschweizerische Kraftwerke AG, Elektrizitäts-Gesellschaft Laufen- burg AG, ewz, EOS SA, Nordostschweizerische Kraftwerke AG/Weko	502
	2. Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG/Weko	505
	3. Telekurs Multipay AG/Weko	530
B 4	<b>Bundesgericht</b> Tribunal fédéral Tribunale federale	
	1. Etablissements Ed. Cherix et Filanosa S.A./Edipresse S.A., Comco, Commission de recours pour les questions de concurrence	567
	2. Cablecom GmbH/CT Cinetrade AG, Swisscom AG, Weko, Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	574
	3. Cablecom GmbH/CT Cinetrade AG, Swisscom AG, Weko, Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	576
	4. Atel, BKW FMB Energie AG, Centralschweizerische Kraftwerke AG, Elektrizitäts-Gesellschaft Laufen- burg AG, EOS SA, ewz, Nordostschweizerische Kraftwerke AG/Weko, Rekurskommission für Wettbe- werbsfragen	578
	5. Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement/Betosan AG, Hela AG, Renesco AG, Weiss+Appetitio AG, Reko, Weko	580
<b>D</b>	<b>Entwicklungen</b> <i>Développements</i> <i>Sviluppi</i>	
D 2	<b>Bibliografie</b> Bibliographie Bibliografia	584
<b>E</b>	<b>Diverses</b> <i>Divers</i> <i>Diversi</i>	
E 2	<b>Gutachten</b> Avis Pareri	
	1. Vergabe von Konzessionen für den drahtlosen Breitbandanschluss (Broadband Wireless Access)	586
	2. Cablecom GmbH vs. Swisscom Fixnet AG betreffend Portierung von Einzelnummern	589
	<b>Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)</b>	594
	<b>Index (deutsch, français e italiano)</b>	596

## **B** *Verwaltungsrechtliche Praxis* *Pratique administrative* *Prassi amministrativa*

B 1

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

B 1	1. <i>Vorabklärungen</i> <i>Enquêtes préalables</i> <i>Inchieste preliminari</i>
B 1.1	1. <i>Reorganisation des Biomilchmarktes</i>

#### *Unzulässige Wettbewerbsabrede; Art. 5 und 7 KG*

*Accord illicite; art. 5 et 7 LCart*

*Accordo illecito; art. 5 e 7 LCart*

*Schlussbericht vom 4. Mai 2005 in Sachen Vorabklärung gemäss Artikel 26 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz; KG; SR 251) betreffend Reorganisation des Biomilchmarktes wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Artikel 5 und 7 KG*

#### **A SACHVERHALT**

1. Die BIO-SUISSE Vereinigung Schweizer Bio-Landbauorganisationen, Basel (nachfolgend Bio Suisse), ist ein Verein im Sinne von Artikel 60 ff. ZGB, der namentlich bezweckt, das Angebot und die Nachfrage von schweizerischen Produkten aus biologisch-ökologischem Landbau zu fördern, Richtlinien für die Produktion und Verarbeitung von Erzeugnissen aus biologisch-ökologischem Landbau zu erarbeiten und deren Einhaltung zu kontrollieren. Bio Suisse vergibt das Knospe-Label, nach dessen Richtlinien in der Schweiz im Jahr 2004 ca. 6'500 Landwirtschaftsbetriebe Bio-produkte - namentlich Biomilch - herstellten.

2. An der Bio Suisse-Delegiertenversammlung vom 17. November 2004 wurde ein Grundsatzentscheid bezüglich einer Reorganisation des Biomilchmarktes gefällt. An der Delegiertenversammlung vom 20. April 2005 verabschiedeten die Knospe-Produzenten die Detailbestimmungen zum Grundsatzentscheid. Die Änderung trat per 1. Mai 2005 in Kraft. Die Grundzüge der Reorganisation sind die Folgenden: Biomilch, die das Knospe-Label von Bio Suisse trägt (nachfolgend Knospe-Biomilch), darf ausschliesslich von Biomilchhandelsorganisationen gehandelt werden, die hierzu eine Bewilligung von Bio Suisse eingeholt haben. In den Statuten von Bio Suisse soll festgelegt werden, dass die Knospe-Biomilchproduzenten Mitglied in einer dieser Biomilchhandelsorganisation sind, respektive ihr Produkt über eine dieser Organisationen vermarkten. Die Knospe-Biomilchproduzenten müssen die

Bedingungen der gewählten Organisation akzeptieren. Knospe-Biomilchproduzenten werden sanktioniert oder verlieren die Berechtigung, das Knospe-Label zu verwenden, wenn sie Milch unabhängig von einer zugelassenen Biomilchhandelsorganisation verkaufen. Bio Suisse legt die Anforderungen an die Erteilung einer Bewilligung zum Handel mit Knospe-Biomilch sowie die Sanktionen im Fall von Zuwiderhandlungen fest. Biomilchhandelsorganisationen werden bei Übertretungen sanktioniert oder verlieren die Bewilligung zum Handel mit Knospe-Biomilch. Zugelassene Biomilchhandelsorganisationen agieren selbstständig und entscheiden, ob und wie sie an einer gesamtschweizerischen Koordination teilnehmen. Bio Suisse legt fest, welche Milch nicht über die zugelassenen Biomilchhandelsorganisationen verkauft werden muss (z.B. Direktvermarktung oder Käsereimilch).

3. Am 15. Dezember 2004 ersuchte Bio Suisse das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend Sekretariat) um eine Beratung im Sinne von Artikel 23 Absatz 2 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz; KG; SR 251). Mit Schreiben vom 11. Januar 2005 wurde Bio Suisse über die kartellrechtlichen Vorbehalte des Sekretariats informiert. Darauf hin beantragte Bio Suisse, der geschilderte Sachverhalt sei im Rahmen einer Meldung gemäss Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe a KG zu beurteilen. Auf dieser Grundlage eröffnete das Sekretariat am 27. Januar 2005 eine Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG. Im Rahmen der Vorabklärung wurde geprüft, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Reorganisation des Biomilchmarktes zu einer allenfalls unzulässigen Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 KG führt, und ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass Bio Suisse - namentlich durch die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung gemäss Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe e KG - eine allfällige marktbeherrschende Stellung missbrauchen könnte.

4. Adressat des vorliegenden Schlussberichts ist Bio Suisse. Im Laufe der Vorabklärung beantworteten Bio



Suisse, die Emmi Schweiz AG, Luzern, die AZM Aargauer Zentralmolkerei AG, Suhr, der Migros-Genossenschafts-Bund, Zürich, und Coop, Basel, je einen Fragebogen.

## **B ERWÄGUNGEN**

### **B.1 Geltungsbereich**

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

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

7. Auf die Frage, ob die betroffenen Unternehmen Wettbewerbsabreden treffen, wird nachstehend unter Artikel 5 KG (Rz. 33 ff.) eingegangen.

8. Die Prüfung der Marktbeherrschung der Unternehmen erfolgt unter Artikel 4 Absatz 2 KG (Rz. 82 ff.). Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form von Marktmacht dar (Vgl. RPW 2001/2, S. 268, Rz. 79; Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 80 f.; BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, Art. 2, Rz. 14). Falls eine marktbeherrschende Stellung verneint werden sollte, ist die Prüfung der Marktmacht obsolet, da in diesem Fall kein kartellrechtsrelevantes Verhalten im Sinne von Artikel 7 KG vorliegen kann.

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

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

10. In seinem Schreiben vom 28. Februar 2005 macht Bio Suisse geltend, dass die einschlägigen Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 29. April 1998 über die Landwirtschaft (Landwirtschaftsgesetz; LwG; SR 910.1) als vorbehaltene Vorschriften gemäss Artikel 3 Absatz 1 KG in Betracht kommen.

11. Zumindest dann, wenn das betroffene Unternehmen das Vorhandensein vorbehaltener Vorschriften rechtzeitig, substantiiert und nicht offensichtlich unbegründet behauptet, ist die Frage der vorbehaltenen Vorschriften vorab zu klären, weil davon einerseits die Zulässigkeit weiterer Untersuchungsmassnahmen und andererseits die allfällige Zuständigkeit anderer Behörden abhängt (BGE 2A.492/2002, 17.6.2003, E. 5.2.3).

12. Bio Suisse nennt als mögliche vorbehaltene Vorschriften sowohl die Bestimmungen zu den Selbsthilfemassnahmen von Branchen- und Produzentenorga-

nisationen (Art. 8 und 9 LwG) als auch die Bestimmungen zur Aufhebung der Milchkontingentierung (Art. 36a und 36b LwG). Bio Suisse beruft sich dabei auf die Botschaft zur Weiterentwicklung der Agrarpolitik (Agrarpolitik 2007) vom 29. März 2002 (BBl 2002, S. 4721 ff.): "Mit der Liberalisierung der Agrarmärkte erlangen die Organisationsformen und der Kooperationsgrad eine zunehmende Bedeutung. Mit dem neuen LwG sind horizontale und vertikale Zusammenschlüsse an die Stelle der staatlichen Garantien getreten. Diese erwünschten Entwicklungen sollen insbesondere angesichts der bestehenden asymmetrischen Marktstrukturen nicht unterbunden werden. Landwirtschaftsrechtliche Selbsthilfemassnahmen der Produzenten- oder Branchenorganisationen sollen deshalb nicht als wettbewerbsrechtliche Verstösse im Sinne des Kartellgesetzes geahndet werden."

13. Die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes gegenüber landwirtschaftlichen Produzenten- oder Branchenorganisationen ist nur bezüglich solcher Sachverhalte eingeschränkt, für die das Landwirtschaftsgesetz eine klare gesetzliche Grundlage bietet. Das Bestehen vorbehaltener Vorschriften ist im Einzelfall zu prüfen (vgl. Vernehmlassung zur Agrarpolitik 2007, RPW 2002/1, S. 175, und Vernehmlassung zu den Ausführungsbestimmungen, RPW 2003/3, S. 611). Mit der Liberalisierung der Agrarmärkte verfolgte der Gesetzgeber gerade das Ziel, Wettbewerb in diesem Bereich zuzulassen. Der geltende regulatorische Rahmen im Agrarsektor sieht keinen generellen Ausschluss des Wettbewerbs vor, sondern beinhaltet punktuelle staatliche Eingriffe in den Wettbewerb, namentlich die Übertragung ehemals öffentlicher Aufgaben an Branchen- und Produzentenorganisationen.

14. Nur wenn sich tatsächlich die Schaffung einer ganzheitlichen Markt- und Preisordnung feststellen lässt, kann ein Vorbehalt bezogen auf einem bestimmten Markt angenommen werden. In allen übrigen Fällen beschränkt sich der Vorbehalt auf die Zuweisung bestimmter öffentlicher Aufgaben an einen bestimmten Unternehmensträger, der zur Erfüllung dieser Aufgaben mit besonderen Rechten ausgestattet ist. Nur für den engen Bereich dieser spezifischen Aufgabenerfüllung kann sich dieser Unternehmensträger auf den Vorbehalt im Kartellgesetz berufen. Soweit für die Erfüllung dieser Aufgabe jedoch noch Raum für die Anwendung wettbewerbsrechtlicher Prinzipien bleibt, ist das Kartellgesetz uneingeschränkt anwendbar (BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Orell Füssli, 1998, n. 5 ad art. 3; BGE 129 II 497, E. 3.3.1). Im Folgenden wird geprüft, inwieweit die einzelnen landwirtschaftsrechtlichen Vorschriften im vorliegenden Fall die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes einschränken.

### **Artikel 8 LwG**

15. Gemäss Artikel 8 Absatz 1 LwG ist die Förderung der Qualität und des Absatzes sowie die Anpassung der Produktion und des Angebotes an die Erfordernisse des Marktes Sache der Organisationen der Produzenten und Produzentinnen oder der entsprechenden Branchen.

16. Bei Bio Suisse handelt es sich um eine Produzentenorganisation im Sinne des Landwirtschaftsgesetzes. Es ist nicht ersichtlich, inwieweit die Reorganisation des Biomilchmarktes mit der Förderung der Qualität oder des Absatzes von Biomilch im Zusammenhang steht. Zu prüfen ist deshalb im vorliegenden Zusammenhang, ob die Reorganisation des Biomilchmarktes als Massnahme zur Anpassung der Produktion und des Angebotes an die Erfordernisse des Marktes im Sinne von Artikel 8 Absatz 1 LwG zu qualifizieren ist.

17. Gemäss Artikel 1 Absatz 2 der Verordnung über die Ausdehnung der Selbsthilfemassnahmen von Branchen- und Produzentenorganisationen (Verordnung über die Branchen- und Produzentenorganisationen; SR 919.117.72) beschränken sich die Massnahmen zur Anpassung der Produktion und des Angebots an die Erfordernisse des Marktes auf:

- a. eine absatzgerechte Produktionsplanung und -koordination;
- b. Qualitätsförderungsprogramme, die unmittelbar zu einer Begrenzung des Produktionsvolumens oder der Produktionskapazitäten führen;
- c. Marktentlastungsmassnahmen im Falle von ausserordentlichen Entwicklungen, die nicht durch strukturelle Probleme bedingt sind.

18. Die Reorganisation des Biomilchmarktes geht über eine absatzgerechte Produktionsplanung und -koordination hinaus, da zusätzlich Restriktionen hinsichtlich der Absatzkanäle für Knospe-Biomilch festgelegt werden (vgl. Rz. 2). In einem bedingt vergleichbaren Fall (Interprofession Emmentaler, RPW 2002/3, S. 424 ff.) kam das Sekretariat zum Schluss, dass das Landwirtschaftsgesetz in Verbindung mit der Verordnung über die Branchen- und Produzentenorganisationen keine Grundlage dafür bietet, den Mitgliedern von Emmentaler Switzerland den Handel und den Verkauf Emmentaler ähnlichem Käse zu untersagen. Selbst wenn die Reorganisation des Biomilchmarktes zur Koordination der Produktion beitragen sollte, ist nicht ersichtlich, inwiefern sich daraus eine vorbehaltene Vorschrift gemäss Artikel 3 Absatz 1 KG ableiten sollte. Artikel 1 Absatz 2 Buchstabe a der Verordnung über die Branchen- und Produzentenorganisationen bietet somit keine Grundlage für einen Vorbehalt gemäss Artikel 3 Absatz 1 KG.

19. Bei der Reorganisation des Biomilchmarktes handelt es sich nicht um ein Qualitätsförderungsprogramm. Artikel 1 Absatz 2 Buchstabe b der Verordnung über die Branchen- und Produzentenorganisationen bietet im vorliegenden Zusammenhang somit keine Grundlage für einen Vorbehalt gemäss Artikel 3 Absatz 1 KG.

20. Als Grund für die Reorganisation des Biomilchmarktes nannte Bio Suisse den Ausgleich von saisonalen Schwankungen, die mit Hilfe von Marktentlastungsmassnahmen ausgeglichen werden können. Einerseits stellt sich die Frage, ob die Reorganisation des Biomilchmarktes auch zur Beseitigung struktureller Überschüsse eingesetzt werden kann. Andererseits fragt sich, inwieweit regelmässig wiederkehrende

saisonale Schwankungen als ausserordentliche Entwicklungen im Sinne von Artikel 1 Absatz 2 Buchstabe c der Verordnung über die Branchen- und Produzentenorganisationen bezeichnet werden können. Zudem können Marktentlastungsmassnahmen auf dem Biomilchmarkt grundsätzlich auch ohne die Reorganisation durchgeführt werden. Solche Massnahmen im Sinne des Landwirtschaftsgesetzes werden bereits heute durchgeführt. Die Reorganisation des Biomilchmarktes stellt im Einzelfall allenfalls ein Mittel dar, um die Durchführung der Marktentlastungsmassnahmen zu erleichtern. Der Zusammenhang zwischen der Reorganisation des Biomilchmarktes und Artikel 1 Absatz 2 Buchstabe c der Verordnung über die Branchen- und Produzentenorganisationen ist nicht hinreichend klar, so dass auch diese Norm im vorliegenden Fall nicht einen generellen Vorbehalt gemäss Artikel 3 Absatz 1 KG zu begründen vermag.

21. Artikel 8 LwG bietet somit keine Grundlage dafür, die Anwendbarkeit des Kartellgesetzes bei der Reorganisation des Biomilchmarktes einzuschränken. Der Vorbehalt von Artikel 3 Absatz 1 KG gilt auch im Zusammenhang mit der Reorganisation des Biomilchmarktes nur für solche Verhaltensweisen, die der Gesetzgeber explizit vom Wettbewerbsprozess ausnehmen wollte (namentlich Marktentlastungsmassnahmen im Falle von ausserordentlichen Entwicklungen).

#### **Artikel 9 LwG**

22. Gemäss Artikel 9 Absatz 1 LwG kann der Bundesrat befristete Vorschriften erlassen, sofern die Selbsthilfemassnahmen gemäss Artikel 8 Absatz 1 LwG durch Unternehmen gefährdet werden oder werden könnten, die sich nicht an den kollektiv beschlossenen Massnahmen beteiligen. Folgende Voraussetzungen müssen hierfür erfüllt sein: Die Organisation muss repräsentativ sein (Bst. a); die Organisation darf weder in der Produktion noch in der Verarbeitung noch im Verkauf tätig sein (Bst. b); die Selbsthilfemassnahmen müssen mit grossem Mehr beschlossen worden sein (Bst. c).

23. Gemäss Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe e der Verordnung über die Branchen- und Produzentenorganisationen können namentlich Massnahmen zur Anpassung der Produktion und des Angebotes an die Erfordernisse des Marktes ausgedehnt werden. Gemäss Artikel 2 Absatz 2 der Verordnung über die Branchen- und Produzentenorganisationen können Produzentenorganisationen Begehren um Ausdehnung von Selbsthilfemassnahmen stellen, wenn sie ein körperchaftlich organisierter Zusammenschluss von Produzenten oder Produzentengemeinschaften ist.

24. Gemäss Artikel 9 Absatz 2 LwG kann der Bundesrat Nichtmitglieder einer Organisation verpflichten, Beiträge zur Finanzierung von Selbsthilfemassnahmen nach Artikel 8 Absatz 1 LwG zu leisten, wenn die Bedingungen nach Artikel 9 Absatz 1 LwG erfüllt sind und die Organisation von ihren Mitgliedern Beiträge für die Finanzierung von Selbsthilfemassnahmen erhebt. Artikel 9 Absatz 3 LwG hält fest, dass die Beitragspflicht zu befristen ist und dass mit den Beiträgen nicht die Verwaltung der Organisation finanziert

werden darf. Gemäss Artikel 9 Absatz 4 LwG gelten Artikel 9 Absätze 1 und 2 LwG nicht für die Direktvermarktung.

25. Artikel 9 LwG an sich kommt nicht als vorbehaltenen Vorschrift im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG in Betracht. Ein Vorbehalt bezüglich einer konkreten Verhaltensweise wäre erst dann gegeben, wenn der Bundesrat gestützt auf Artikel 9 LwG entsprechende Vorschriften erlassen würde. Die Organisationen, deren Begehren stattgegeben wurden, sind in Anhang 1 der Verordnung über die Branchen- und Produzentenorganisationen aufgeführt. Bio Suisse figuriert nicht unter den genannten Organisationen.

26. Artikel 9 LwG in Verbindung mit Artikel 8 LwG und der Verordnung über die Branchen- und Produzentenorganisationen stellt im vorliegenden Fall somit keine vorbehaltene Vorschrift gemäss Artikel 3 Absatz 1 KG dar. Dies könnte sich allenfalls ändern, wenn Bio Suisse ein Begehren um Ausdehnung von Selbsthilfemassnahmen stellen und der Bundesrat entsprechende Vorschriften erlassen würde. Zu berücksichtigen hierbei ist, dass es bei der Ausdehnung von Selbsthilfemassnahmen insbesondere darum geht, diese auf Nichtmitglieder auszuweiten. Eine Ausdehnung auf Nichtmitglieder scheint im Zusammenhang mit der Reorganisation des Biomilchmarktes ohnehin nicht relevant zu sein. Nach heutigem Stand besteht im vorliegenden Fall keine Grundlage dafür, Artikel 9 LwG (in Verbindung mit Artikel 8 LwG und der Verordnung über die Branchen- und Produzentenorganisationen) als vorbehaltene Vorschrift gemäss Artikel 3 Absatz 1 KG in Betracht zu ziehen.

#### **Artikel 36a LwG**

27. Die Reorganisation des Biomilchmarktes steht im Zusammenhang mit der Aufhebung der Milchkontingentierung, die im Rahmen der Agrarpolitik 2007 beschlossen wurde. Die Aufhebung der Milchkontingentierung tritt per 1. Mai 2009 in Kraft. Gemäss Artikel 36a LwG kann der Bundesrat Produzenten und Produzentinnen, die Mitglied einer Organisation nach Artikel 9 LwG sind oder zusammen mit einem bedeutenden regionalen Milchverwerter in einer Organisation zusammengeschlossen sind, frühestens per 1. Mai 2006 von der Milchkontingentierung ausnehmen, wenn die Organisation:

- a. eine Mengenregelung auf Stufe der Milchproduktion beschlossen hat;
- b. Sanktionen für den Fall festgelegt hat, dass die individuell vereinbarten Mengen überschritten werden und
- c. Gewähr dafür besteht, dass das Wachstum der produzierten Milchmenge nicht grösser ist als jenes des Mengenbedarfs der hergestellten Produkte.

28. Gemäss Verordnung über den Ausstieg aus der Milchkontingentierung (VAMK; SR 916.350.4) kann ein Milchproduzent nicht alleine, sondern nur gemeinsam mit anderen Milchproduzenten als Mitglied einer Organisation, deren Mitglieder jährlich mindestens 50 Mio. kg Milch vermarkten, aus der staatlichen Milchkontingentierung aussteigen. Bis 30. April 2009

haben sich diese Produzenten an die Mengenregelung ihrer Organisation zu halten.

29. Sofern Bio Suisse die oben genannten Bedingungen erfüllt und der Bundesrat aufgrund dessen die Knospe-Biomilchproduzenten frühestens per 1. Mai 2006 von der Milchkontingentierung ausnimmt, ist davon auszugehen, dass bezüglich der in Artikel 36a LwG aufgeführten Verhaltensweisen (Mengenregelung, Sanktionen) der Vorbehalt von Artikel 3 Absatz 1 KG ab diesem Termin zum Tragen kommt. Allerdings ist auch in diesem Fall der direkte Zusammenhang zur Reorganisation des Biomilchmarktes (vgl. Rz. 2) nicht ersichtlich. Artikel 36a LwG stellt im vorliegenden Zusammenhang somit keine vorbehaltene Vorschrift gemäss Artikel 3 Absatz 1 KG dar.

#### **Artikel 36b LwG**

30. Artikel 36b LwG sieht vor, dass die Milchproduzenten ihre Milch nur einem Verwerter der eigenen Branchenorganisation, einer Produzentengemeinschaft oder einem regionalen Milchverwerter verkaufen dürfen. Sie müssen dazu einen Vertrag von mindestens einem Jahr abschliessen. Wendet die Branchenorganisation oder die Produzentengemeinschaft eine Mengenregelung mit Exklusivverträgen an, so kann der Bundesrat die bei Verstössen gegen diese Bestimmung vorgesehenen Sanktionen auf Gesuch hin verbindlich erklären. Artikel 36b LwG gilt ab 1. Mai 2009 oder, soweit die Mitglieder nach Artikel 36a Absatz 2 LwG von der Milchkontingentierung befreit wurden, ab 1. Mai 2006, und ist bis 30. April 2012 anwendbar.

31. Artikel 36b LwG regelt das Verhältnis zwischen Milchproduzenten und Verwertern. Sofern die Knospe-Biomilchproduzenten von der Milchkontingentierung befreit werden, dürften die Bestimmungen von Artikel 36b LwG in dieser Hinsicht einen Vorbehalt gemäss Artikel 3 Absatz 1 KG begründen. Die Reorganisation des Biomilchmarktes betrifft indes das Verhältnis zwischen Milchproduzenten und -handelsorganisationen. Artikel 36b LwG vermag deshalb im vorliegenden Zusammenhang keinen Vorbehalt im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG zu begründen.

#### **Fazit**

32. Eine staatliche Markt- oder Preisordnung gemäss Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a KG, deren Absicht es ist, das Wettbewerbsprinzip für den fraglichen Wirtschaftsbereich auszuschalten, besteht bei der Produktion und Vermarktung von Biomilch nicht. Die Reorganisation des Biomilchmarktes steht zwar in einem engen Zusammenhang mit der in Artikel 8 Absatz 1 LwG genannten Anpassung des Angebotes an die Erfordernisse des Marktes. Das vorliegend zu beurteilende konkrete Vorhaben wird allerdings vom Landwirtschaftsgesetz nicht erfasst. Artikel 8, 9, 36a und 36b LwG kommen zwar grundsätzlich als vorbehaltene Vorschriften gemäss Artikel 3 Absatz 1 KG in Betracht. Dieser Vorbehalt gilt allerdings nur bezüglich der in diesen Artikeln geregelten Sachverhalte und unter den dort gestellten Bedingungen. Es bestehen keine vorbehaltenen Vorschriften, welche bezüglich der Reorganisation des Biomilchmarktes generell ei-

nen Vorbehalt im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG begründen würden.

**B.3 Allenfalls unzulässige Wettbewerbsabreden**

33. 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**

34. 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).

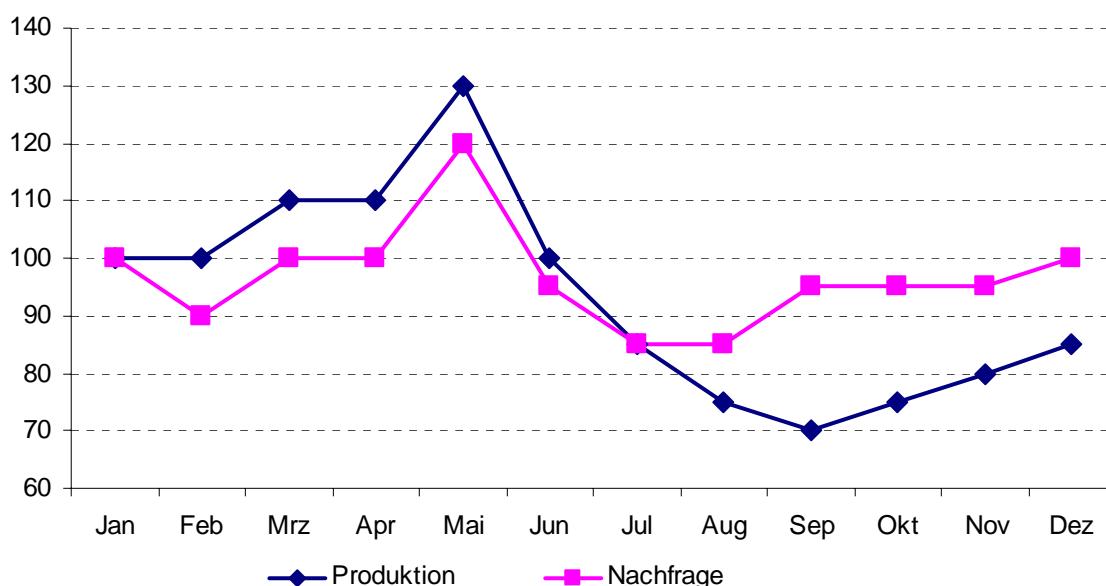
35. Eine Wettbewerbsabrede definiert sich daher durch folgende Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung.

**Wirtschaftlicher Hintergrund**

36. Der Milchkonsum ist tendenziell rückläufig. Im Durchschnitt der Jahre 1990 bis 1992 wurden in der Schweiz 104,37 kg Milch pro Kopf konsumiert, im Jahr 1998 91 kg Milch und im Jahr 2003 noch 81,4 kg (Quelle: Agrarberichte 2001 und 2004). Mit Biomilch wird ein jährlicher Umsatz von ca. CHF 87 Mio. generiert. Der wertmässige Anteil am gesamten Milchmarkt betrug im Jahr 2003 12,7% (verglichen mit 9,3% im Jahre 2001 und 10,7% im Jahre 2002). Auf dem Biomilchmarkt werden jährlich ca. 160 Mio. kg Industriemilch und ca. 20 Mio. kg bis 25 Mio. kg Käse- reimilch hergestellt.

37. Die Milchproduktion, besonders die biologische, ist naturgemäss saisonal schwankend. Die Reorganisation des Biomilchmarktes dient nach Aussagen von Bio Suisse dem Ausgleich von saisonalen Schwankungen bei Industriemilch. Bei Käse- reimilch können diese Schwankungen durch eine entsprechende Lagerhaltung abgefedert werden. Im ersten Halbjahr übersteigt die Milchproduktion tendenziell die Nachfrage. Zu berücksichtigen ist dabei, dass aufgrund des insbesondere aus der Ökonometrie bekannten Identifikationsproblems nur die konsumierte Menge und nicht die Nachfrage an sich bekannt ist. Grafik 1 zeigt die von Bio Suisse angegebenen saisonalen Knappheitsverhältnisse.

38. Wie bei anderen landwirtschaftlichen Erzeugnissen ist das Angebot von Milch und Milchprodukten hinsichtlich des Preises kurzfristig tendenziell unelastisch (vgl. Markt für Schlachtschweine - Teil A, RPW 2004/3, S. 675, Rz. 1). Es ist zu erwarten, dass die Preiselastizität der Nachfrage nach Milch eher gering sein dürfte. Im Falle eines Preisrückgangs bei einem Produkt wie Milch ist - zumindest in Bezug auf den Gesamtmilchmarkt - nicht zu erwarten, dass sich eine deutliche Nachfragesteigerung einstellt. Daraus ergibt sich, dass kleine Mengenüberschüsse zu überproportional grossen Preissenkungen führen. Aufgrund der verzögerten Wirkung von Investitionen in die Produktionsanlagen auf die angebotene Menge kann sich in einem dynamischen Kontext auf Märkten wie dem Biomilchmarkt ein so genannter Schweinezyklus ergeben. Ohne regulierende Einwirkung können sich Perioden mit einem Angebotsüberschuss mit solchen mit einem Nachfrageüberschuss abwechseln. Im Agrarsektor ergeben sich in diesem Umfeld in vielen Fällen branchenweite Vereinbarungen, die namentlich unter dem Gesichtspunkt der Gegenmachtbildung von staatlicher Seite gefördert werden (vgl. Rz. 12).



Grafik 1: Angebot und Nachfrage von Biomilch (Januar = 100)

### **Abrede respektive Mittel zur Ermöglichung und Stabilisierung einer Abrede**

39. Mit der Reorganisation des Biomilchmarktes soll ein mögliches Trittbrettfahrerverhalten der Biomilchproduzenten eingedämmt werden. Ein solches Trittbrettfahrerverhalten könnte darin bestehen, dass sich einzelne Produzenten nicht an Massnahmen zur Mengenreduktion (beispielsweise Degradierung von Biomilch zu konventioneller Milch resp. Milchpulver) beteiligen und ihre Knospe-Biomilch anderweitig vermarkten oder - sofern dies möglich ist - ihre eigene Produktion erhöhen. Durch die Bindung der Knospe-Biomilchproduzenten an eine Biomilchhandelsorganisation verändert sich die Anreizstruktur der Akteure. Eine Vereinbarung zwischen wenigen Biomilchhandelsorganisationen dürfte viel eher durchzusetzen sein als eine Vereinbarung zwischen einer grossen Zahl von Knospe-Biomilchproduzenten. Ein abweichendes Verhalten einer Biomilchhandelsorganisation ist für diese - im Gegensatz zum abweichenden Verhalten eines einzelnen Knospe-Biomilchproduzenten - kostspielig, sofern sie im Biomilchmarkt über einen bedeutenden Marktanteil verfügt. Hinzu kommt, dass die Entdeckungswahrscheinlichkeit bei einer Vielzahl von Akteuren geringer ist als bei einer überschaubaren Anzahl von Akteuren.

40. Zu prüfen ist, ob die Reorganisation des Biomilchmarktes eine Wettbewerbsabrede zwischen den Biomilchproduzenten darstellt. Die Reorganisation des Biomilchmarktes wurde an der Delegiertenversammlung von Bio Suisse beschlossen. Es handelt sich somit um ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der Knospe-Biomilchproduzenten. Die Reorganisation soll die Umsetzung von Massnahmen zur Stützung des Biomilchpreises erleichtern. Bio Suisse beabsichtigt nach eigenen Aussagen, mit der Reorganisation des Biomilchmarktes Markttransparenz zu schaffen, die Koordination der Organisationen, die mit Biomilch handeln, zu übernehmen und die Entwicklung gemeinsamer Strategien für Menge und Preis zu unterstützen. Somit wird eine Wettbewerbsbeschränkung zumindest bezweckt und - nach erfolgter Umsetzung - möglicherweise bewirkt (vgl. Rz. 39). Gegenstand dieser Wettbewerbsabrede ist nicht direkt der Preis, sondern die Einschränkung der Absatzkanäle für Knospe-Biomilch (vgl. Rz. 2). Diese Einschränkung kann unter Umständen dazu führen, dass die Menge künstlich verknappt und der Preis erhöht wird.

41. Zudem könnte die Reorganisation des Biomilchmarktes eine Wettbewerbsabrede zwischen den Biomilchhandelsorganisationen ermöglichen oder stabilisieren. Die wichtigsten Biomilchhandelsorganisationen im Bereich Industriemilch sind gemäss Bio Suisse die Folgenden:

- Biomilchpool GmbH, Nassen
- Biomilchring Zentralschweiz, Rickenbach
- Bio-Milchring Biedermann/Züger, Speicher
- IG Biomilch MIBA, Wislikofen
- Coopérative PROGANA, Belprahon

42. Allfällige Wettbewerbsabreden zwischen diesen oder anderen Biomilchhandelsorganisationen sind nicht direkt Gegenstand der vorliegenden Vorabklärung. Ein Element der Reorganisation des Biomilchmarktes stellt die "Kooperation" zwischen den Biomilchhandelsorganisationen dar. Die im Rahmen der Vorabklärung befragten Unternehmen vermuten Wettbewerbsabreden zwischen den Biomilchhandelsorganisationen zum Teil bereits heute. Anhaltspunkte für Wettbewerbsabreden zwischen den Biomilchhandelsorganisationen, die möglicherweise durch die Reorganisation des Biomilchmarktes ermöglicht oder stabilisiert werden, könnten Gegenstand eines neuen Verfahrens sein.

#### **Fazit**

43. Es bestehen Anhaltspunkte dafür, dass die Reorganisation des Biomilchmarktes als Wettbewerbsabrede zwischen den Knospe-Biomilchproduzenten zu qualifizieren ist.

#### **B.3.2 Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs**

44. Gemäss Artikel 5 Absatz 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 Abrede über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen**

45. Eine vermutungsweise Beseitigung wirksamen Wettbewerbs liegt vor, wenn der Absatz künstlich verknappt wird. Als Abreden über Bezugs- und Liefermengen könnten unter anderem die vorherige Festlegung der Marktanteile und die Festlegung von Mengenzielen in gewissen Gebieten bezeichnet werden. Auch Gruppenboykotte erfüllen den vorliegenden Vermutungstatbestand. In welcher Weise und für welche Marktstufen die Mengen festgelegt werden, ist für die Anwendung der Vermutung ohne Bedeutung (Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 100 f.).

46. Die Reorganisation des Biomilchmarktes kommt als Abrede über die Einschränkung von Produktions-, Bezugs- oder Liefermengen in Betracht, da diese darauf abzielt, zumindest saisonal die Biomilchmenge zu verringern. Die Knospe-Biomilchproduzenten stehen miteinander im Wettbewerb, weshalb Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Reorganisation des Biomilchmarktes - nach erfolgter Umsetzung - den Wettbewerb gemäss Artikel 5 Absatz 3 KG vermutungsweise beseitigen würde.

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

47. Um festzustellen, ob die Vermutung der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs umgestossen werden kann, ist vorab der relevante Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abzugrenzen.

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

#### **B.3.2.2.1 Relevanter Markt**

##### **B.3.2.2.1.1 Sachlich relevanter Markt**

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

50. Die Marktgegenseite besteht primär in den Endverbrauchern, im Sinne einer abgeleiteten Endverbrauchernachfrage aber auch in den Milchverarbeitern, Gross- und Detailhändlern. In der bisherigen Praxis wurde die Milchproduktion als eigener relevanter Markt abgegrenzt (Emmi Gruppe/Swiss Dairy Food [Sortenkäsegeschäft], RPW 2003/3, S. 538, Rz. 53), wobei auf die Frage, ob Biomilch einen eigenen sachlich relevanten Markt bildet, nicht eingegangen wurde. Die Frage der Abgrenzung des relevanten Marktes zwischen Bio-, Label- und konventionellen Produkten wurde in der Untersuchung über den Markt für Schlachtschweine - Teil A (RPW 2004/3, S. 683 ff., Rz. 30 ff.) tangiert. Dort konnte die Frage, ob der Biobereich einen eigenen sachlich relevanten Markt darstellt letztlich offen gelassen werden. Die Unterschiede zwischen den beiden Märkten (z.B. die Bedeutung von Labelprodukten beim Schweinefleisch) würden ohnehin keine eindeutigen Rückschlüsse auf die Marktabgrenzung auf dem Milchmarkt zulassen. Allerdings ist die in der oben aufgeführten Untersuchung angewandte Methodik grundsätzlich auch auf den Milchmarkt anwendbar (vgl. Rz. 58).

51. Bei der Entscheidung, ob eine Umstellung von konventioneller Milch- auf Biomilchproduktion erfolgen sollte, ist nicht nur die aktuelle und zukünftig zu erwartende Preisdifferenz zwischen Biomilch und konventioneller Milch massgebend. Gemäss Artikel 6 der Verordnung über die biologische Landwirtschaft und die Kennzeichnung biologisch produzierter Erzeugnisse und Lebensmittel (Bio-Verordnung; SR 910.18) muss der gesamte Biobetrieb biologisch bewirtschaftet werden. Produziert ein Landwirtschaftsbetrieb neben Milch auch andere Produkte, sind bei der Entscheidung über die Umstellung auf biologische Landwirtschaft auch die Marktverhältnisse bei diesen Produkten zu berücksichtigen. Gemäss bestehenden

Schätzungen ist in Bezug auf die Milchproduktion eine Umstellung von konventioneller auf biologische Produktion ab einer Preisdifferenz von ca. CHF 0.15 pro kg Milch rentabel. Die Umstellung auf Knospe-Bioproductio n dauert mindestens zwei volle Kalenderjahre. Während dieser Zeit sind die Richtlinien von Bio Suisse einzuhalten. Ein nach schweizerischer Bio-Verordnung zertifizierter Landwirtschaftsbetrieb kann mit einem zusätzlichen Umstelljahr als Knospe-Biobetrieb anerkannt werden. Biobetriebe, die mindestens gleichwertige Richtlinien eines anderen Labels einhalten, können ohne Umstellzeit als Knospe-Biobetriebe zertifiziert werden (vgl. Richtlinien für die Erzeugung, Verarbeitung und den Handel mit Knospe-Produkten vom 1.1.2005).

52. Bei Biomilch ist zwischen Knospe-Biomilch, M-Bio-Milch, Demeter-Biomilch und Biomilch, welche gemäss der Bio-Verordnung, aber ohne Knospe-Label produziert wird, zu unterscheiden.

a. Die Migros-Bio-Richtlinien für die inländische landwirtschaftliche Produktion (M-Bio) sind gleichwertig mit denen von Bio Suisse (Knospe). Die Landwirtschaftsbetriebe werden von denselben Organisationen kontrolliert und zertifiziert. Bio-Betriebe, die bereits als Bio Suisse-Betriebe zertifiziert wurden oder gleichwertige Richtlinien eines anderen Labels einhalten, können bei Bedarf ohne zusätzliche Kontrollen ins M-Bio-Programm aufgenommen werden. Die Modalitäten der Umstellung auf M-Bio sind identisch mit denen auf das Knospe-Label (vgl. Richtlinien Migros-Bio Landwirtschaft vom 1.4.2003).

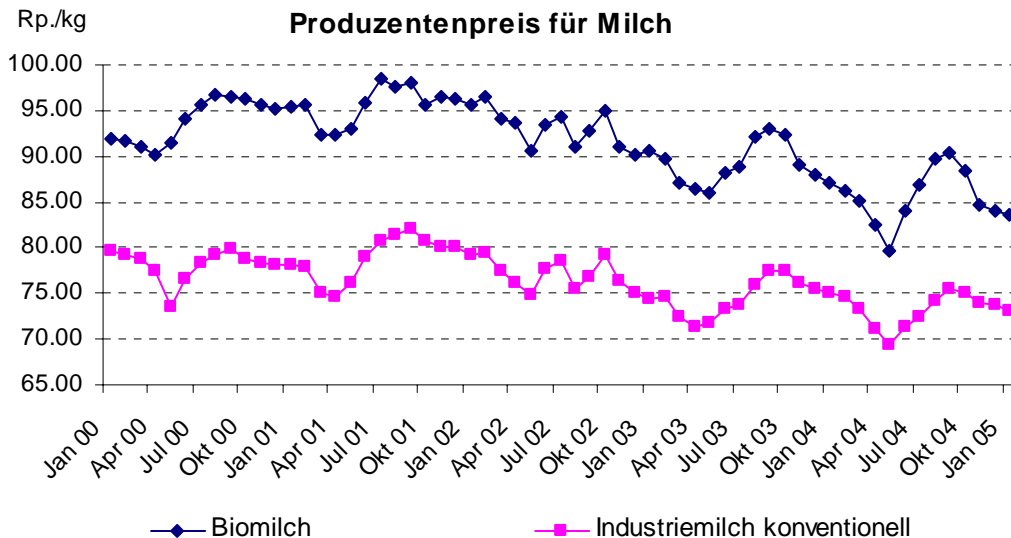
b. Demeter-Biomilch wird nach den Richtlinien des Schweizerischen Demeter-Verbandes, Arlesheim, produziert. Diese Richtlinien sehen eine biologisch-dynamische Landwirtschaft nach anthroposophischen Grundlagen vor. Gemäss den Demeter-Richtlinien ist zum Beispiel die Homogenisierung der Milch nicht erlaubt. Zusätzlich zu den Demeter-Richtlinien gelten auch die Richtlinien von Bio Suisse. Die mengenmässige Bedeutung von Demeter-Biomilch ist als gering einzustufen.

c. Rund 4% der Biobetriebe verzichten auf ein Label und produzieren nach den Vorschriften der Bio-Verordnung. Die Vorschriften von Bio Suisse gehen teilweise über diejenigen der Bio-Verordnung hinaus. Bio-Produzenten, die gemäss Bio-Verordnung produzieren, profitieren von punktuell weniger strengen Anforderungen und einem geringeren Kontrollaufwand. Dafür nehmen sie eine Einschränkung der Absatzkanäle in Kauf, da zahlreiche Abnehmer ausschliesslich Bioproducte mit dem Knospe-Label nachfragen. Die Umstellung eines Biobetriebes gemäss Bio-Verordnung auf einen Knospe-Biobetrieb oder einen M-Biobetrieb dauert ein Jahr.

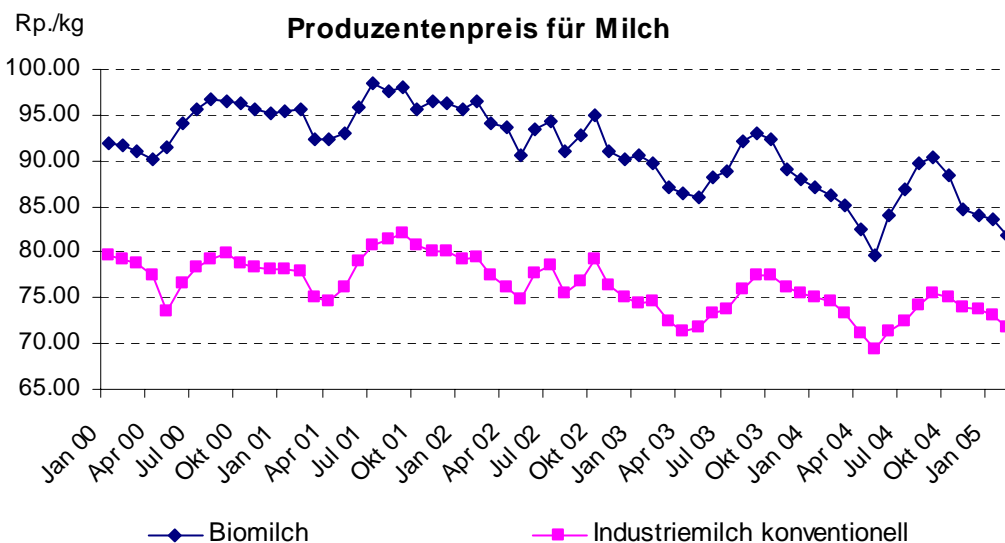
53. Wie Bio Suisse im Schreiben vom 28. Februar 2005 ausführte, ist der Anteil Biomilch, der mit dem Knospe-Label vermarktet wird - zumindest heute noch - sehr hoch. Gemäss dem Biomilch-Bericht zum Knospe-Milchmarkt 2004/2005 vom 14. November 2004 werden 88% der zu Bioproducten verarbeiteten Milch mit dem Knospe-Label verkauft. Gemäss diesem Bericht

hat sich die Bedeutung der Knospe-Biomilch in den vergangenen Jahren gegenüber den anderen Biomilchsorten eher erhöht. Insbesondere aufgrund der hohen Produktionsumstellungsflexibilität scheint es gerechtfertigt, Knospe-Biomilch, M-Biomilch, Demeter-Biomilch und Biomilch, die gemäss der Bio-Verordnung produziert wird, demselben sachlich relevanten Markt zuzuordnen.

54. Wie aus den Grafiken 2 und 3 hervorgeht, beträgt die Preisdifferenz zwischen Biomilch und konventioneller Milch ca. 10% bis 15% bei den Konsumentenpreisen und ca. 13% bis 18% bei den Produzentenpreisen.



Grafik 2: Produzentenpreisentwicklung (Quelle: Marktberichte Milch BLW)



Grafik 3: Konsumentenpreisentwicklung (Quelle: Marktberichte Milch BLW)

55. Biomilch weist gegenüber konventioneller Milch ein beachtliches Mass an vertikaler Produktdifferenzierung auf, wodurch Preissetzungsspielräume im Vergleich zu konventioneller Milch entstehen. Auch wenn die Unterschiede zwischen Biomilch und konventioneller Milch hinsichtlich der physischen Produkteigenschaften gering sein mögen, besteht eine Produktdifferenzierung aufgrund der mit dem Knospe-Label verbundenen Glaubhaftmachung einer hohen Qualität und Produktsicherheit sowie einer um-

weltgerechten Anbauweise (zur Bedeutung von Labels vgl. Markt für Schlachtschweine - Teil A, S. 683, Rz. 29). Als Marktentlastungsmassnahme bei Biomilch wird die Deklassierung zu konventioneller Milch angewandt, woraus deutlich wird, dass sich die physischen Produkteigenschaften von Biomilch und konventioneller Milch nur wenig voneinander unterscheiden. Es besteht somit in dieser Hinsicht eine einseitige Beziehung zwischen Biomilch und konventioneller Milch. Aufgrund der geringer gewordenen Preisdiffe-



renz war gemäss Bio Suisse die Zahl der Produzenten, die von konventioneller Milch auf Biomilch umgestiegen sind, in den letzten Jahren rückläufig. Aus Grafik 2 ist ersichtlich, dass sich die Produzentenpreise für Biomilch und konventionelle Milch zwischen 2000 und 2005 angenähert haben. Für die Konsumentenpreise gilt dies nicht. Grafik 3 zeigt auch, dass die Konsumentenpreise weitaus stabiler sind als die Produzentenpreise und sich Veränderungen der Produzentenpreise nur bedingt auf die Konsumentenpreise auswirken.

56. Konventionelle Milch und Biomilch dienen generell demselben Verwendungszweck. Die im Rahmen der Vorabklärung durchgeführte Befragung der Unternehmen ergab, dass im Fall einer grösser werdenden Preisdifferenz zwischen Biomilch und konventioneller Milch Abwanderungsbewegungen von bisherigen Biomilchkonsumenten hin zu konventioneller Milch zu erwarten wären. Daraus, im Sinne des SSNIP-Tests, zu schliessen, dass Biomilch und konventionelle Milch demselben relevanten Markt zuzuordnen sind, könnte sich als Fehlschluss herausstellen. Falls Bio Suisse effektiv über Marktmacht verfügen würde, könnte sie die Biomilchmenge und damit indirekt den Biomilchpreis so steuern, dass sich eine weitere Preiserhöhung auch für einen hypothetischen Monopolisten nicht mehr lohnen würde. Daraus könnte sich eine zu weite Marktabgrenzung ergeben (Cellophane Fallacy).

57. Biomilch wird vermehrt in denselben Verkaufsräumlichkeiten angeboten wie konventionelle Milch. Die im Rahmen der Vorabklärung durchgeführte Befragung ergab, dass nur ein kleiner Teil der Konsumenten entweder ausschliesslich konventionelle Milch oder ausschliesslich Biomilch kauft. Gemäss Bio Suisse kaufen ca. 70% der Konsumenten sowohl Biomilch als auch konventionelle Milch. Dies ist allerdings hinsichtlich der Frage, inwieweit die Konsumenten die beiden Produkte effektiv als substituierbar erachten, nur bedingt aussagekräftig. Diese Zusammenhänge müssten im Rahmen einer allfälligen Untersuchung nach Artikel 27 KG vertieft analysiert werden.

58. Es kann bei der Marktabgrenzung hilfreich sein, einige statistische Kennzahlen zu Rate zu ziehen. Der Korrelationskoeffizient zwischen den Produzentenpreisen konventioneller Milch und Biomilch beträgt im Beobachtungszeitraum 0.899. Diese an sich hohe Korrelation deutet nicht zwingend auf eine enge wettbewerbliche Beziehung zwischen Biomilch und konventioneller Milch hin. Eine positive Korrelation zwischen den Preisen für Biomilch und konventionelle Milch ergibt sich insbesondere aufgrund derselben saisonalen Muster, weshalb sich aus dieser Korrelation schwerlich Rückschlüsse auf die vorzunehmende Marktabgrenzung ziehen lassen (vgl. Markt für Schlachtschweine - Teil A, RPW 2004/3, S. 690, Rz. 47). Ein fundierteres Verfahren um festzustellen, ob eine Beziehung zwischen den Preisen für Biomilch und konventioneller Milch existiert, besteht in der Cointegrationsanalyse. Sowohl bei den Produzentenpreisen für konventionelle Milch als auch bei denjenigen für Biomilch handelt es sich um nicht stationäre Zeit-

reihen der Ordnung I(1), was beispielsweise mit Hilfe des Augmented Dickey-Fuller Tests ermittelt werden kann. Das Johansen-Testverfahren führt zum - aufgrund der in Grafik 2 abgebildeten Preisentwicklungen zu erwartenden - Ergebnis, dass die Produzentenpreise von Biomilch und konventioneller Milch im Beobachtungszeitraum nicht cointegriert sind, was als Indiz dafür interpretiert werden kann, dass Biomilch einen eigenen relevanten Markt darstellt (vgl. zur angewandten Methodik Markt für Schlachtschweine - Teil A, RPW 2004/3, S. 691 ff., Rz. 49 ff. sowie Empirische Analyse auf dem schweizerischen Schlachtschweinemarkt - Erläuterungen des Sekretariats, RPW 2004/3, S. 753 ff.). Es erscheint indes im vorliegenden Fall nicht gerechtfertigt, aufgrund des Fehlens einer Cointegrationsbeziehung eine abschliessende Beurteilung über die Marktabgrenzung vornehmen zu wollen. Der betrachtete Zeitraum erstreckte sich von Januar 2000 bis Februar 2005. Wie in Randziffer 51 ausgeführt, dauert eine Umstellung von konventionell auf Bio mindestens zwei Jahre. Der betrachtete Zeitraum dürfte somit zu kurz sein, um klare Aussagen über die Beziehung zwischen den Preisen von Biomilch und konventioneller Milch zu machen. Es ist durchaus denkbar, dass sich über längere Frist eine stabile Gleichgewichtsbeziehung zwischen den Preisen von Biomilch und konventioneller Milch einstellt.

#### **Fazit**

59. Aus Sicht der Nachfrager sind konventionelle Milch und Biomilch bis zu einem gewissen Grade miteinander substituierbar. Wie stark diese Substitutionsbeziehung ist, und ob konventionelle Milch und Biomilch demselben sachlich relevanten Markt zuzuordnen sind, lässt sich anhand der vorhandenen Informationen nicht abschliessend beurteilen (vgl. zur Problematik der Marktabgrenzung bei differenzierten Produkten Berner Oberland Medien AG/Kooperation der Berner Oberland AG mit der Berner Zeitung AG, RPW 2000/3, S. 429, Rz. 68). Die Produktionsumstellungsflexibilität zwischen konventioneller Milch und Biomilch ist eher als gering einzustufen. Die Umstellung des gesamten Betriebes auf biologischen Landbau erfordert bedeutende Investitionen und dauert mindestens zwei Jahre. Auch wenn wettbewerbliche Interdependenzen zwischen konventioneller Milch und Biomilch bestehen, zeigt die Analyse der Preisentwicklung, dass die Produzentenpreise für Biomilch im betrachteten Zeitraum einen anderen Verlauf nahmen als diejenigen für konventionelle Milch.

60. Aufgrund der vorangegangenen Erwägungen lässt sich nicht abschliessend beurteilen, ob von einem sachlich relevanten Markt für die Produktion von Milch oder von einem sachlich relevanten Markt für die Produktion von Biomilch auszugehen ist. In den nachfolgenden Erwägungen werden beide Möglichkeiten berücksichtigt.

#### **B.3.2.2.1.2 Räumlich relevanter Markt**

61. 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).

62. Aufgrund des Abkommens zwischen der Europäischen Union und der Schweiz über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen (Agrarabkommen) vom 21. Juni 1999, das am 1. Juni 2002 in Kraft getreten ist, wurde der gegenseitige Marktzutritt für landwirtschaftliche Produkte verbessert. Das Agrarabkommen sieht Zollreduktionen und -abbau auf ausgewählten Produkten sowie Handelsvereinfachungen vor. Insbesondere sieht das Agrarabkommen eine vollständige Öffnung der Käsemärkte bis 2007 vor.

63. Einerseits führt ein Abbau von Handelsschranken nicht in jedem Fall zu einer weiteren Marktabgrenzung. Massgebend hierfür ist vielmehr das effektive Nachfrage- und Angebotsverhalten. Andererseits sieht das Agrarabkommen keine Marktöffnung bei Milch, sondern nur bei Käse und anderen Produkten, die im vorliegenden Zusammenhang nicht relevant sind, vor.

64. Insbesondere aufgrund des bestehenden Grenzschutzes für Milch - und zum Teil für Milchprodukte - kann somit davon ausgegangen werden, dass der räumlich relevante Markt das Gebiet der Schweiz umfasst.

65. Aufgrund der vorangegangenen Erwägungen lässt sich nicht abschliessend beurteilen, ob als relevanter Markt der schweizerische Markt für die Produktion von Milch oder der schweizerische Markt für die Produktion von Biomilch abzugrenzen ist. Diese Frage müsste in einer allfälligen Untersuchung gemäss Artikel 27 KG definitiv geklärt werden. In den nachfolgenden Erwägungen werden beide Möglichkeiten berücksichtigt.

#### **B.3.2.2.2 Aktueller Wettbewerb**

66. Bei einer Marktabgrenzung, die den gesamten Milchmarkt umfasst, betragen die kumulierten Marktanteile der Knospe-Biomilchproduzenten ca. 10%. In diesem Falle wäre davon auszugehen, dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs umgestossen werden könnte.

67. Bei einer Marktabgrenzung, die nur den Biomilchmarkt umfasst, beträgt der Marktanteil des Knospe-Labels ca. 88% (vgl. Rz. 53). M-Bio, Demeter und Biomilch, die gemäss der Bio-Verordnung produziert wird, spielen demgegenüber eine vergleichsweise bescheidene Rolle.

68. Die Reorganisation des Biomilchmarktes ist für alle Knospe-Biomilchproduzenten verbindlich. Wie viele Knospe-Biomilchproduzenten auf M-Bio, Demeter oder Biomilch gemäss Bio-Verordnung umsteigen werden, lässt sich im Voraus nicht beurteilen. Inwieweit aktueller Wettbewerb besteht, hängt somit davon ab, ob die Reorganisation des Biomilchmarktes flächendeckend durchgesetzt werden kann.

#### **B.3.2.2.3 Potenzieller Wettbewerb**

69. Die folgenden Ausführungen zum potenziellen Wettbewerb sind nur dann relevant, wenn als relevanter Markt der Markt für die Produktion von Biomilch abgegrenzt wird. Gemäss eigenen Angaben

befürchtet Bio Suisse, dass es im Zuge der Reorganisation des Biomilchmarktes zu Abspaltungen und zur Bildung von neuen Biolabels kommen könnte. Als potenzielle Konkurrenten kämen Unternehmen auf den nachgelagerten Stufen (Milchverarbeitung, Detailhandel) in Frage. Inwiefern diese - sollte es aufgrund der Reorganisation des Biomilchmarktes tatsächlich zu Angebotsverknappungen kommen - in der Lage und willens wären, in der Produktion von Biomilch (und allenfalls anderen Bioprodukten) tätig zu werden, lässt sich aufgrund des heutigen Kenntnisstandes nur schwer abschätzen. Die im Rahmen der Vorabklärung durchgeführte Befragung deutet nicht darauf hin, dass solche Markteintritte wahrscheinlich sind. Als Gründe dafür wurde der Bekanntheitsgrad des Knospe-Labels und die geringe Grösse des Biomilchmarktes genannt, die den Markteintritt eines neuen Biolabel-Inhabers kaum profitabel machen dürfte. Hinzu kommt, dass ein Markteintritt eines neuen Biolabel-Inhabers auf dem Biomilchmarkt allein kaum Sinn machen dürfte, sondern auch andere Bioprodukte beinhalten müsste.

70. Markteintritte von neuen Knospe-Milchproduzenten sind unter den in Randziffer 51 genannten Bedingungen möglich. Wohl aufgrund der geringer gewordenen Preisdifferenz zwischen Biomilch und konventioneller Milch hat die Zahl der neuen Knospe-Milchproduzenten in der jüngsten Vergangenheit stagniert. Gemäss dem Knospe-Milchmarkt 2004/2005 Biomilchbericht vom 24. November 2004 sank die Zahl der Landwirtschaftsbetriebe, die auf biologische Produktion umgestellt haben, von 30 im Jahr 2002 auf 11 im Jahr 2005. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass Bio Suisse neuen Knospe-Milchproduzenten den Zugang zum Knospe-Label verwehren würde. Auch neue Knospe-Milchproduzenten unterliegen der Reorganisation des Biomilchmarktes und dürften zum Teil aus dem Markt austretende Knospe-Milchproduzenten ersetzen. Inwieweit aufgrund der Reorganisation des Biomilchmarktes Markteintritte im Rahmen der in Randziffer 52 genannten Biomilchsorten erfolgen, lässt sich im Voraus schwer abschätzen.

71. Aufgrund des heutigen Kenntnisstandes ist die potenzielle Konkurrenz hinsichtlich der Bildung eines bedeutenden neuen Biolabels eher als gering einzustufen. Eintritte von neuen Biomilchproduzenten sind möglich. Inwieweit diese Eintritte zu einer Belebung des Wettbewerbs führen, ist hingegen offen.

#### **B.3.2.2.4 Zwischenergebnis**

72. Sofern als relevanter Markt der Markt für die Produktion von Biomilch abzugrenzen ist, lässt sich im Voraus nicht abschliessend beurteilen, ob die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs umgestossen werden kann. Bei einer Marktabgrenzung, die den gesamten Milchmarkt umfasst, wäre davon auszugehen, dass die Vermutung der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs umgestossen werden kann.

#### **B.3.2.3 Allenfalls erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs**

73. Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich be-

einträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sind unzulässig (Art. 5 Abs. 1 KG).

74. Die Teilnahme an Marktentlastungsmassnahmen ist für die einzelnen Biomilchhandelsorganisationen nicht obligatorisch. Es liegt indes auf der Hand, dass die Anreize für eine Biomilchhandelsorganisation, sich abweichend (im Sinne des eingangs erwähnten Trittbrettfahrerverhaltens) zu verhalten, geringer sind als für einen einzelnen Biomilchproduzenten. Falls die Einschränkung des Handels mit Biomilch tatsächlich zu einer Reduktion der Menge und zu einer Stützung (d.h. zu einer Erhöhung oder zur Verhinderung einer Senkung) des Biomilchpreises führen würde, wäre davon auszugehen, dass eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt. Der Umstand, dass es sich um eine saisonal beschränkte Stützung des Milchpreises handelt, ist kartellrechtlich nicht von Belang.

75. Die Frage, ob die Reorganisation des Biomilchmarktes den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt, lässt sich im Voraus nicht in zuverlässiger Weise beurteilen. Massgebend für die Beurteilung ist die Auswirkung auf den Wettbewerb, die von der Reorganisation des Biomilchmarktes ausgeht.

#### **B.3.2.3.2.1 Ergebnis**

76. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Reorganisation des Biomilchmarktes zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs führt.

#### **B.3.2.4 Allfällige Rechtfertigung aus Effizienzgründen**

77. Gemäss Artikel 5 Absatz 2 KG sind Wettbewerbsabreden durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt, wenn sie:

a. notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen; und

b. den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen.

78. Bio Suisse brachte vor, dass sich die Reorganisation des Biomilchmarktes aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lasse. Die Reorganisation des Biomilchmarktes führe:

a. zu einer Senkung der Herstellungs- und Vertriebskosten und zu einer rationelleren Nutzung von Ressourcen. Durch die Konzentration auf eine geringere Zahl von Biomilchhandelsorganisationen würden Grössenvorteile realisiert und die Transaktionskosten der Abnehmer reduziert.

Es mag zutreffend sein, dass durch eine geringe Zahl von Biomilchhandelsorganisationen Grössenvorteile realisiert und Transaktionskosten gesenkt werden können. Die Konzentration auf der Stufe Biomilchhandel scheint sich aber auch ohne die Reorganisation

des Biomilchmarktes einzustellen. Die in den von Bio Suisse eingereichten Unterlagen dargelegten Gründe für die Reorganisation des Biomilchmarktes stehen nicht im Zusammenhang mit einer Verringerung der Zahl der Biomilchhandelsorganisationen an sich, sondern mit der verbesserten Durchführung von Marktentlastungsmassnahmen. Eine Rechtfertigung unter dem Gesichtspunkt einer Senkung der Herstellungs- und Vertriebskosten oder einer rationelleren Nutzung von Ressourcen durch eine geringere Zahl von Biomilchhandelsorganisationen erscheint somit insgesamt gesehen fraglich.

b. zu einer Produktverbesserung. Dadurch, dass der Handel mit Biomilch auf wenige Biomilchhandelsorganisationen beschränkt werde, könne die Produktqualität der Knospe-Biomilch gewährleistet werden.

Inwiefern die Reorganisation des Biomilchmarktes ein geeignetes oder gar ein notwendiges Mittel darstellen sollte, um die Qualität der Knospe-Biomilch zu verbessern, erscheint unklar. Die Reorganisation des Biomilchmarktes soll die Mengensteuerung unterstützen. Zur Sicherstellung der Qualität stehen andere Instrumente zur Verfügung. So steht es Bio Suisse frei, Biomilchhandelsorganisationen, welche den Qualitätsanforderungen nicht genügen, vom Handel mit Knospe-Biomilch auszuschliessen.

79. Die Reorganisation des Biomilchmarktes dient namentlich der Stützung des Biomilchpreises im Falle saisonaler Schwankungen. Ein Ausgleich saisonaler Preisunterschiede mag für die Biomilchproduzenten wünschenswert erscheinen. Es erscheint indes fraglich, ob sich ein derartiger Ausgleich saisonaler Preisschwankungen unter die im Kartellgesetz abschliessend aufgezählten Effizienzgründe subsumieren liesse.

80. Die summarische Überprüfung der in Frage kommenden Rechtfertigungsgründe ergibt somit, dass - sofern sich eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs ergeben sollte - eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz eher unwahrscheinlich erscheint.

#### **B.3.2.5 Fazit**

81. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Reorganisation des Biomilchmarktes zu einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung gemäss Artikel 5 KG führen könnte, die sich nicht aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen liesse.

### **B.4 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen**

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

#### **B.4.1 Marktbeherrschende Stellung**

83. Als marktbeherrschende Unternehmen gelten einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind,

sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten (Art. 4 Abs. 2 KG).

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

#### **B.4.1.1 Relevanter Markt**

##### **B.4.1.2.1 Sachlich relevanter Markt**

85. 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 VKU, der hier analog anzuwenden ist).

86. Es lässt sich nicht abschliessend beurteilen, ob von einem sachlich relevanten Markt für die Produktion von Milch oder von einem sachlich relevanten Markt für die Produktion von Biomilch auszugehen ist (vgl. Rz. 60). Eine marktbeherrschende Stellung kommt nur bei der engeren, das heisst nur den Biomilchmarkt umfassenden Markt abgrenzung in Frage.

##### **B.4.1.2.2 Räumlich relevanter Markt**

87. 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).

88. Es lässt sich nicht abschliessend beurteilen, ob als relevanter Markt der schweizerische Markt für die Produktion von Milch oder der schweizerische Markt für die Produktion von Biomilch abzugrenzen ist (vgl. Rz. 65). Eine marktbeherrschende Stellung kommt nur bei der engeren, das heisst nur den Biomilchmarkt umfassenden Markt abgrenzung in Frage.

#### **B.4.1.2 Marktstellung**

89. Ein Unternehmen wird sich auf dem relevanten Markt von anderen Marktteilnehmern nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können, wenn es sich ausreichend starker aktueller oder potenzieller Konkurrenz gegenüber sieht.

##### **B.4.1.2.1 Aktueller Wettbewerb**

90. Anlässlich der Analyse einer Wettbewerbssituation ist abzuklären, wer Wettbewerber ist und welches Kräfteverhältnis zwischen diesen Wettbewerbern besteht.

91. Hinsichtlich des aktuellen Wettbewerbs gelten die Ausführungen in Randziffer 66 ff.

##### **B.4.1.2.2 Potenzieller Wettbewerb**

92. Hinsichtlich des potenziellen Wettbewerbs gelten die Ausführungen in Randziffer 69 ff.

#### **B.4.1.3 Zwischenergebnis**

93. Unter der Voraussetzung, dass der relevante Markt den schweizerischen Markt für die Produktion von Biomilch umfasst, bestehen Anhaltspunkte dafür, dass

Bio Suisse auf diesem Markt eine marktbeherrschende Stellung einnimmt.

#### **B.4.2 Allfällige unzulässige Verhaltensweisen**

94. Gemäss Artikel 7 Absatz 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Als solche Verhaltensweise kommt namentlich die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung in Betracht (Art. 7 Abs. 2 Bst. e KG).

95. Sofern mit der Reorganisation des Biomilchmarktes eine Mengenreduktion bewirkt wird, könnte dies allenfalls als missbräuchliche Verhaltensweise gemäss Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe e KG qualifiziert werden. Missbräuchlich in diesem Sinne ist eine "künstliche Verknappung". Die Verknappung kann das marktbeherrschende Unternehmen entweder selbst betreffen oder darin bestehen, dass ein drittes Unternehmen zu einem entsprechenden Verhalten veranlasst wird. Künstlich ist die Verknappung dann, wenn sie nicht durch Veränderungen des Angebots oder der Nachfrage ausgelöst wird, sondern durch das Bestreben des marktbeherrschenden Unternehmens, die Preise in die Höhe zu treiben oder sie hoch zu halten. Die Verknappung oder Einschränkung kann sich auf Produkte, Mengen, Gebiete oder Abnehmer beziehen (vgl. Botschaft zum Kartellgesetz vom 23.11.1994, S. 107). Das vorliegend betrachtete Verhalten dient in erster Linie dazu, einen temporären Preiszerfall bei Biomilch zu verhindern, weshalb eine missbräuchliche Verhaltensweise gemäss Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe e KG vorliegenden könnte.

#### **B.4.3 Fazit**

96. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Reorganisation des Biomilchmarktes zu einer missbräuchlichen Verhaltensweise eines marktbeherrschenden Unternehmens im Sinne von Artikel 7 KG führen könnte.

### **C SCHLUSSFOLGERUNGEN**

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

1. stellt fest, dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Reorganisation des Biomilchmarktes zu einer möglicherweise unzulässigen Wettbewerbsbeschränkung im Sinne von Artikel 5 respektive 7 KG führen wird;
2. beschliesst, die Vorabklärung einzustellen;
3. teilt Bio Suisse das Ergebnis der Vorabklärung mit;
4. gibt Bio Suisse Gelegenheit, dem Sekretariat mit Frist bis 17. November 2005 mitzuteilen, ob Bio Suisse an der Reorganisation des Biomilchmarktes festhält;
5. behält sich vor, im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung gemäss Artikel 27 KG zu eröffnen.

B 1.1

## 2. Vergabe von Lagerungsaufträgen für Speisekartoffeln

*Unzulässige Wettbewerbsabrede; Art. 5 KG*

*Accord illicite; art. 5 LCart*

*Accordo illecito; art. 5 LCart*

*Schlussbericht vom 4. Mai 2005 in Sachen Vorabklärung gemäss Artikel 26 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz; KG; SR 251) betreffend Vergabe von Lagerungsaufträgen für Speisekartoffeln wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Artikel 5 KG*

### A SACHVERHALT

1. Seit dem Jahr 2000 beauftragt das Bundesamt für Landwirtschaft (nachfolgend BLW) gestützt auf Artikel 5 Absatz 1 der Verordnung über die Verwertung sowie die Ein- und Ausfuhr von Kartoffeln (Kartoffelverordnung; SR 916.113.11) die Branchenorganisation Swisspatat, Bern (nachfolgend Swisspatat), mit der Durchführung des Ausschreibverfahrens zur Vergabe der Aufträge für die Lagerung von Speisekartoffeln. Diese Massnahme dient der Stützung des Kartoffelpreises in guten Erntejahren. Die Aufträge zur Lagerung und Verwertung von maximal 3'000 Tonnen Speisekartoffeln werden jährlich ausgeschrieben. Gemäss Artikel 8 Absatz 3 der Kartoffelverordnung belaufen sich die maximalen Beiträge auf CHF 55.- je 100 kg Speisekartoffeln.

2. Bei den Ausschreibverfahren der Jahre 2000 bis 2004 ergaben sich nach Auffassung des BLW Indizien für Wettbewerbsabreden zwischen den an den Ausschreibungen teilnehmenden Unternehmen. Mit Schreiben vom 27. Januar 2005 setzte das BLW das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend Sekretariat) davon in Kenntnis.

3. Am 8. Februar 2005 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung gemäss Artikel 26 des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz; KG; SR 251). Im Rahmen der Vorabklärung wurde geprüft, ob Anhaltspunkte für eine allenfalls unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 KG bestehen.

4. Adressaten des vorliegenden Schlussberichts sind:

a. die Unternehmen, die sich an den Ausschreibverfahren zur Vergabe der Aufträge für die Lagerung von Speisekartoffeln beteiligten:

- Fenaco Genossenschaft, Bern
- Geiser agro.com ag, Langenthal
- Steffen-Ris AG, Utzensdorf, mit den Tochterunternehmen Agrarhandel AG, Amriswil, und Frilog Frisch Logistik AG, Kerzers
- Maeder AG, Zollbrück
- Kartoffelzentrale Amt Burgdorf, Kirchberg-Alchenflüh
- Lagerhaus Lohn, Lohn-Ammansegg

- Gerber Agro-Handels AG, Müntschemier
- GVS agro, Schaffhausen
- Société d'agriculture Moudon-Bercher, Moudon
- E. Schwarz Landesprodukte AG, Villigen
- Gemüsezentrale Rheintal, Rebstein

b. die Verbände:

- Swisspatat, Bern; Swisspatat, als Dachorganisation der Kartoffelbranche, ist ein Verein im Sinne von Artikel 60 ff. ZGB. Swisspatat bezweckt die Förderung ihrer Mitglieder in Bezug auf Anbau und Absatz von inländischen Kartoffeln und die Vertretung der gemeinsamen Interessen der Branche gegenüber Behörden und in anderen nationalen und internationalen Organisationen. Swisspatat ist eine Branchenorganisation im Sinne von Artikel 8 Absatz 2 des Bundesgesetzes vom 29. April 1998 über die Landwirtschaft (Landwirtschaftsgesetz; LwG; SR 910.1).
- Swisscofel, Verband des Schweiz. Früchte-, Gemüse- und Kartoffelhandels, Bern (nachfolgend Swisscofel), ist ein Verein im Sinne von Artikel 60 ff. ZGB. Swisscofel bezweckt die Unterstützung seiner Mitglieder in ihren wirtschaftlichen und unternehmerischen Belangen, die Vertretung ihrer Interessen und die Förderung des Früchte-, Gemüse- und Kartoffelhandels im In- und Ausland. Bei Swisscofel handelt es sich um eine der drei Trägerorganisationen von Swisspatat.

5. Im Laufe der Vorabklärung wurde den genannten Unternehmen und Verbänden je ein Fragebogen zugestellt.

### B ERWÄGUNGEN

#### B.1 Geltungsbereich

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

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

8. Auf die Frage, ob die betroffenen Unternehmen Wettbewerbsabreden treffen, wird nachstehend unter Artikel 5 KG (Rz. 13 ff.) eingegangen.

#### B.2 Vorbehaltene Vorschriften

9. Dem KG sind Vorschriften vorbehalten, die auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, und solche, die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen

Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 KG). Ebenfalls nicht unter das Gesetz fallen Wettbewerbswirkungen, die sich ausschliesslich aus der Gesetzgebung über das geistige Eigentum ergeben (Art. 3 Abs. 2 KG).

10. Um den Anbau von Kartoffeln auf einem für die Landesversorgung angemessenen Stand zu halten, kann der Bund gemäss Artikel 57 LwG die Verwertung inländischer Saat-, Speise- und Veredelungskartoffeln fördern und für die Frischverfütterung von Kartoffeln sowie für deren Verarbeitung zu Futtermitteln Beiträge ausrichten. Die detaillierten Bestimmungen hierzu sind in Artikel 4 ff. der Kartoffelverordnung zu finden. Die getroffenen Regelungen bei der Vergabe der Aufträge zur Lagerung von Speisekartoffeln dienen nicht dem Ausschluss des Wettbewerbs, sondern sollen diesen in einem eng definierten Bereich (Lagerung von Speisekartoffeln zur Stützung des Kartoffelpreises) erst ermöglichen. Die nachfolgenden Erwägungen (Rz. 18 ff.) deuten darauf hin, dass im vorliegenden konkreten Fall die Voraussetzungen für einen wirksamen Wettbewerb um die Vergabeaufträge für die Lagerung von Speisekartoffeln nicht gegeben sind. Dies bedeutet indes nicht automatisch, dass vorbehaltenen Vorschriften gemäss Artikel 3 KG bestehen. Die Bestimmungen des Landwirtschaftsgesetzes und der Kartoffelverordnung stellen demnach im vorliegenden Zusammenhang keine vorbehaltenen Vorschriften gemäss Artikel 3 KG dar.

11. Die Vergabe der Aufträge erfolgt gemäss Artikel 12 Absatz 2 der Kartoffelverordnung im offenen oder selektiven Verfahren. Die Artikel 8 bis 23 sowie 26 und 27 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172.056.1) sowie die Ausführungsbestimmungen in der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB; SR 172.056.11) sind demnach sinngemäss anzuwenden. Auch die Vorschriften des öffentlichen Beschaffungswesens stellen keine vorbehaltenen Vorschriften gemäss Artikel 3 KG dar. Die Vorschriften des öffentlichen Beschaffungswesens und des Kartellgesetzes sind vielmehr kumulativ anwendbar (Beschwerdeentscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen [nachfolgend REKO/WEF] in Sachen B., H., R., W. vom 22.12.2004, Ziff. 5).

12. Es bestehen demzufolge bezüglich der Durchführung der Ausschreibungsverfahren zur Vergabe der Aufträge für die Lagerung und Verwertung von Speisekartoffeln keine vorbehaltenen Vorschriften gemäss Artikel 3 KG. Das Kartellgesetz kommt somit uneingeschränkt zur Anwendung.

### ***B.3 Allenfalls unzulässige Wettbewerbsabreden***

13. 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***

14. 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).

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

16. Im vorliegenden Verfahren wird geprüft, ob Anhaltspunkte für Wettbewerbsabreden zwischen den an den Ausschreibungsverfahren zur Vergabe der Aufträge für die Lagerung von Speisekartoffeln teilnehmenden Unternehmen bestehen. Falls solche Anhaltspunkte bestehen und sich diese bewahrheiten sollten, ist davon auszugehen, dass aufgrund des bewussten und gewollten Zusammenwirkens und der bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkung eine Wettbewerbsabrede gemäss Artikel 4 Absatz 1 KG vorliegt.

#### ***Wirtschaftlicher Hintergrund***

17. In der Schweiz werden jährlich ca. 160'000 bis 170'000 Tonnen Speisekartoffeln produziert. Die Erträge im Kartoffelanbau sind von der Witterung abhängig. Entsprechend variiert das Importvolumen zur Deckung des Inlandverbrauchs. Der Importanteil bei Speisekartoffeln bewegte sich von 1997 bis 2003 im Verhältnis zur Inlandproduktion zwischen 3% und 9%. Neben dem Grenzschutz besteht ein wichtiges Instrument zur Stützung des Kartoffelpreises in der Ausrichtung von Verwertungsbeiträgen. Finden Kartoffeln aufgrund der Qualität oder der Nachfrage im Nahrungsmittelbereich keinen genügenden Absatz, können sie unerlesen nach der Kontrolle und Deklassierung durch die zuständige Kontrollorganisation unter Beanspruchung von Beiträgen verwertet werden. Als beitragsberechtigte Verwertungsmassnahmen gelten die Frischverfütterung von deklassierten Kartoffeln, die Lagerhaltung von Speisekartoffeln und die Verarbeitung von unerlesenen Kartoffeln sowie Speise- und Veredelungskartoffeln zu Futtermitteln durch Trocknung. Die Branche erhält zur Verwertung der Kartoffeln mittels Leistungsvereinbarung einen Pauschalbeitrag und kann mit diesen Mitteln nach eigenem Ermessen die Frischverfütterung, die Lagerhaltung oder die Trocknung fördern (vgl. Agrarbericht 2004, S. 145).

#### ***Modalitäten der Ausschreibung und Auswirkungen auf die Anreizstruktur***

18. In den Ausschreibbedingungen von Swisspatat wird festgehalten, dass die Vergabe nach dem offenen Verfahren erfolgt. Die insgesamt einzulagernde Menge wird jährlich von Swisspatat festgelegt (maximal 3'000 Tonnen). Der maximale Gebotspreis beträgt CHF 55.- pro 100 kg Speisekartoffeln (Art. 8 Abs. 3 der Kartoffelverordnung). Die Speisekartoffeln müssen

mindestens von November bis April gelagert werden. Bei der Auslagerung müssen die Kartoffeln einen Mindestspeiseanteil von 70% aufweisen.

19. Nur Unternehmen, die im Vorjahr mindestens 1'000 Tonnen Speisekartoffeln ab Produktion übernommen und Swisspatat Branchenbeiträge bezahlt haben, werden zu den Ausschreibungen zugelassen. Zudem verpflichten sich die teilnehmenden Unternehmen, die von Swisspatat festgelegten Richtpreise für Speisekartoffeln zu bezahlen.

20. Die Kalkulation der an der Vergabe beteiligten Unternehmen gestaltet sich in etwa folgendermassen: Die an der Vergabe beteiligten Unternehmen erhalten im Falle des Zuschlags den Gebotspreis für die Einlagerung der Speisekartoffeln (in der Vergangenheit in der Regel CHF 55.- pro 100 kg Speisekartoffeln). Beim Einkauf der Kartoffeln fällt der von Swisspatat veröffentlichte Produzentenrichtpreis an. Im Herbst 2004 betrug dieser Richtpreis ca. CHF 47.- pro 100 kg Speisekartoffeln (je nach Sorte ergeben sich hierbei gewisse Abweichungen nach oben oder unten). Zudem fallen Lagerkosten in der Grössenordnung von CHF 20.- pro 100 kg Speisekartoffeln an. Werden die Kartoffeln nach erfolgter Einlagerung der Tierfütterung zugeführt, resultiert hieraus ein Erlös, der von den herrschenden Futtermittelpreisen abhängig ist (Grössenordnung CHF 5.- bis maximal CHF 10.- pro 100 kg). Können die Kartoffeln nicht als Futtermittel abgesetzt werden, fallen bei der Trocknung zusätzliche Kosten an. Gelangen die eingelagerten Speisekartoffeln in den Lebensmittelkanal, erhält der Lagerbetrieb keinen Beitrag an die Lager- und Verwertungskosten.

21. Gemäss obigem Kalkulationsbeispiel resultiert für das einzelne Unternehmen ein Verlust von CHF 2.- bis CHF 7.- pro 100 kg Speisekartoffeln. Diese Kalkulation hängt von den konkreten Marktgegebenheiten zum Zeitpunkt der Einlagerung ab und variiert zwischen den verschiedenen Unternehmen. Alle befragten Unternehmen und Verbände antworteten aber einhellig, dass die Einlagerung isoliert betrachtet ein Verlustgeschäft darstellt.

22. Als Grund, weshalb sich die Unternehmen dennoch an der Einlagerung beteiligen, wurde die preisstützende Wirkung und die zum Zeitpunkt der Einlagerung bestehende Unsicherheit über die Marktentwicklung in den Folgemonaten genannt. Dadurch lässt sich der Umstand erklären, dass sich nur Unternehmen, die im Kartoffelhandel tätig sind, an den bisherigen Ausschreibverfahren beteiligt haben. Zu berücksichtigen ist hierbei, dass auf dem Kartoffelmarkt sowohl das Angebot als auch die Nachfrage tendenziell preisunelastisch ist und dass deswegen kleine Mengen- grosse Preisänderungen bewirken. Für Unternehmen ausserhalb der Kartoffelbranche, die über geeignete Lagerkapazitäten verfügen, wäre eine Teilnahme an den Ausschreibverfahren unter den oben beschriebenen Voraussetzungen nicht interessant. Die befragten Unternehmen und Verbände führten aus, dass die ebenfalls aufgrund der Kartoffelverordnung ausgerichteten Beiträge für die Frischverfütterung und die Trocknung von Speisekartoffeln kei-

nen Einfluss auf die Kalkulation der Unternehmen bei den Ausschreibverfahren zur Vergabe der Aufträge für die Lagerung von Speisekartoffeln ausüben.

23. Besonders für die kleineren Unternehmen könnte es unter den oben beschriebenen Voraussetzungen lukrativ erscheinen, selber keine Einlagerungen vorzunehmen und stattdessen von der preisstützenden Wirkung der Einlagerung durch die anderen Unternehmen zu profitieren. Ein solches Trittbrettfahrerverhalten war zwischen 2000 und 2004 aber nicht zu beobachten. Alle in Randziffer 4 genannten Unternehmen haben zwischen 2000 und 2004 ohne Ausnahme an den Ausschreibverfahren teilgenommen. Die prozentualen Anteile sind dabei über die Zeit weitgehend konstant geblieben. Ein möglicher Grund für diese Stabilität ist darin zu sehen, dass die Ausschreibverfahren jährlich durchgeführt werden und ein abweichendes Verhalten eines Unternehmens eine Reaktion der Mitwerber in zukünftigen Perioden nach sich ziehen dürfte. Einen weiteren Grund dürften die kooperationsfördernden regulatorischen Rahmenbedingungen (namentlich Art. 8 und 57 LwG) darstellen. Die Abklärungen ergaben, dass bei einzelnen Unternehmen zusätzliche Lagerkapazitäten vorhanden wären, die es erlauben würden, grössere Mengen einzulagern. Entscheidend im vorliegenden Zusammenhang ist, dass das einzelne Unternehmen kaum einen Anreiz hat, sich durch Preissenkungen einen grösseren Anteil an den Lagerungsaufträgen zu sichern. Die Voraussetzungen für einen wirksamen Wettbewerb scheinen in diesem Bereich somit nicht gegeben zu sein.

#### ***Ausschreibverfahren vor und nach 1. April 2004***

24. Die Ausschreibverfahren der Jahre 2000 bis 2003 fielen in den Anwendungsbereich des alten Kartellrechts. Das Ausschreibverfahren des Jahres 2004, das am 28. September 2004 im SHAB publiziert wurde, fällt hingegen in den Anwendungsbereich des seit 1. April 2004 geltenden neuen Kartellrechts.

25. Nach altem Recht waren die Eingriffsmöglichkeiten der Wettbewerbskommission auf die Beseitigung einer bestehenden Wettbewerbsbeschränkung ausgerichtet. Der Verdacht auf eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung musste im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung aktuell und konkret sein. Es bestand gemäss der Rechtsauffassung der REKO/WEF keine Möglichkeit, ein Verfahren zu eröffnen oder weiter zu führen, wenn Unternehmen ihr kartellrechtswidriges Verhalten vor oder während der Untersuchung aufgegeben hatten. Infolgedessen konnten Verfahren und Unzulässigkeitsverfügungen nur bei Vorliegen aktueller Wettbewerbsbeschränkungen erfolgen. Das Aufgreifen von Vergangenheitsverhalten war gemäss REKO/WEF im bisher geltenden Recht nicht zulässig (Beschwerdeentscheid der REKO/WEF in Sachen B., H., R., W. vom 22.12.2004, Ziff. 7.3 mit Hinweis auf BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Freiburg, 2002, S. 172). Gegen diesen Entscheid ist zum Zeitpunkt des Abschlusses der vorliegenden Vorabklärung eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde hängig. Seit 1. April 2004 ist das Aufgreifen von Vergangenheits-

sachverhalten unbestrittenermassen möglich. Bei den Ausschreibungsverfahren der Jahre 2000 bis 2003 handelt es sich um abgeschlossene Sachverhalte, die keine Wirkung mehr entfalten. Für eine Untersuchung dieser Sachverhalte besteht im vorliegenden Fall somit kein hinreichendes öffentliches Interesse.

26. Von zentraler Bedeutung ist im Rahmen des vorliegenden Verfahrens deshalb die Frage, ob bezüglich der im Jahr 2004 durchgeführten Vergabe Anhaltspunkte für eine Wettbewerbsabrede vorliegen. Das Verhalten der Unternehmen in den vorhergehenden Ausschreibungsverfahren ist insofern von Interesse, als sich allenfalls aufgrund einer Pfadabhängigkeit Rückschlüsse auf das Verhalten und auf die Ergebnisse des Ausschreibungsverfahrens des Jahres 2004 ziehen lassen.

#### **Historischer Verlauf der Vergabe von Lagerungsaufträgen für Speisekartoffeln**

27. Ursprünglich war die Eidgenössische Alkoholverwaltung (nachfolgend Alkoholverwaltung) für die Vergabe von Beiträgen an die Lagerung von Kartoffeln zuständig. Im Jahr 1997 wurde diese Aufgabe vom BLW übernommen. Die Alkoholverwaltung und das BLW haben die Anteile der einzelnen Kartoffelhändler an der gesamten Pflichtlagermenge gestützt auf die im Vorjahr abgesetzte Kartoffelmenge berechnet. Im Zuge der Agrarpolitik 2002 wurde im Jahre 2000 erstmals ein Ausschreibungsverfahren für die Lagerung von Speisekartoffeln durchgeführt. Ob respektive in welchem Umfang diese Massnahme im Rahmen der Agrarpolitik 2011 weitergeführt wird, ist zurzeit noch offen.

28. In den Jahren 2000 bis 2002 nahm an der Ausschreibung jeweils nur ein Teilnehmer, nämlich die Bietergemeinschaft Swisscofel, PG Kartoffeln, teil. Teilnehmer an dieser Bietergemeinschaft waren die in Randziffer 4 genannten Unternehmen. Der Zuschlag wurde jeweils zum maximalen Gebotspreis von CHF 55.- pro 100 kg Speisekartoffeln erteilt. Die prozentualen Anteile der einzelnen Unternehmen blieben zwischen 2000 und 2002 mit wenigen Ausnahmen konstant. Gemäss Swisscofel wurde der - ursprünglich von der Alkoholverwaltung errechnete - Verteilschlüssel von den an der Bietergemeinschaft beteiligten Unternehmen übernommen. Nach Aussage der befragten Unternehmen sind den einzelnen Unternehmen die genauen Mengenanteile der Mitbewerber aber nicht bekannt.

29. Am 30. Juli 2003 verlangte das BLW von Swisspatat die Bietergemeinschaft von künftigen Ausschreibungen auszuschliessen, da diese den angestrebten Wettbewerb bei der Vergabe der Lager- und Verwertungsaufträge ausschaltete. Dieser Forderung kam Swisspatat nach. Die einzelnen Unternehmen reichten darauf hin separate Gebote ein. Das Ergebnis des Ausschreibungsverfahrens des Jahres 2003 war Folgendes:

- Die Summe der eingereichten Gebote deckte sich exakt mit der ausgeschriebenen Menge von 1'500 Tonnen.

- Die Gebote aller an der Vergabe teilnehmenden Unternehmen entsprachen dem maximalen Gebotspreis von CHF 55.- pro 100 kg Speisekartoffeln.
- Die prozentuale Verteilung der Gesamtmenge auf die einzelnen Unternehmen entsprach exakt derjenigen der Vorjahre, dies obwohl die Gesamtmenge nur der Hälfte derjenigen des Vorjahrs entsprach.

30. Aufgrund der Verdachtsmomente hinsichtlich der Angebote für das Jahr 2003 wies das BLW Swisspatat an, in der Ausschreibung für Lagerungsaufträge des Jahres 2004 darauf hinzuweisen, dass vermutete Wettbewerbsabreden dem Sekretariat der Wettbewerbskommission zur Anzeige gebracht und je nach Ausgang des Verfahrens der Zuschlag widerrufen werde. Da das BLW im Nachgang zur Ausschreibung des Jahres 2004 entsprechende Verdachtsmomente erblickte, machte es von dieser Möglichkeit Gebrauch.

31. Gemäss eigenen Angaben war Swisscofel ab dem Jahr 2004 nicht mehr in die Vergabe von Lagerungsaufträgen für Speisekartoffeln involviert. Im Jahr 2004 unterschieden sich die einzelnen Gebote erstmals voneinander. Das günstigste Gebot lag um CHF 1.50 unter dem maximalen Gebotspreis. Der durchschnittliche mengengewichtete Gebotspreis betrug CHF 54.29 pro 100 kg Speisekartoffeln. Als Grund für diese teilweise Reduktion der Gebotspreise wurden die vergleichsweise tiefen Produzentenpreise des Jahres 2004 genannt. Dies steht in einem gewissen Widerspruch zum Vorbringen, dass die Teilnahme an den Ausschreibungsverfahren auch mit dem maximalen Gebotspreis von CHF 55.- pro 100 kg Speisekartoffeln defizitär sei. Eine andere Interpretation besteht darin, dass die Preisreduktionen - bei weitgehend konstanten Mengenanteilen - aufgrund der Intervention des BLW erfolgt sind. Für diese Interpretation liegen indes keine Belege vor.

32. Ein eigentlicher Wettbewerb um die Vergabe der Lagerungsaufträge fand indes - wie aus den folgenden Erwägungen ersichtlich ist - nicht statt: Anders als in anderen Fällen von allfälligen Submissionsabreden (Submission Betonsanierung am Hauptgebäude der Schweizerischen Landesbibliothek [SLB], RPW 2002/1, S. 130 ff.) kommt in diesem Fall zum Wettbewerbsparameter Preis der Wettbewerbsparameter Menge hinzu. Im vorliegenden Fall überstieg die Summe der Gebote die ausgeschriebene Gesamtmenge nur geringfügig, weshalb auch alle Unternehmen den Zuschlag für ihre Gebotsmenge erhielten. Auch die 12 Tonnen, die über die ausgeschriebene Gesamtmenge hinaus gingen, wurden zugeteilt. Die meisten Unternehmen reichten Gebote ein, die sich hinsichtlich der Menge kaum von denjenigen des Vorjahres unterschieden. Mehrere Unternehmen fragten im Jahr 2004 prozentual den genau gleichen Anteil nach wie im Jahr 2002, obwohl in diesem Jahr die Gesamtmenge doppelt so hoch war wie im Jahr 2004.

33. Gemäss Swisscofel liegt die hohe Konstanz der Anträge hinsichtlich Menge und Preis darin, dass die Lagerhalter ihre Warendisposition und Lagerplanung bereits vor oder spätestens während der Ernte machen. Swisscofel schliesst jedoch nicht aus, "dass das

Thema im Rahmen von branchenüblichen bilateralen Geschäftsabwicklungen zur Sprache kam". Gemäss Swisspatat fand anlässlich der Sitzung vom 31. August 2004, an welcher die Ausschreibung von 1'500 Tonnen Kartoffeln zur Lagerung beschlossen wurde, "ein reger Informationsaustausch betreffend der insgesamt zu vergebenden Menge statt." Über einen weiteren Informationsaustausch bezüglich Mengen und Preisen zwischen den Unternehmen sei Swisspatat nichts bekannt. Die befragten Unternehmen selber verneinten die Existenz von Abreden bezüglich Mengen und Preisen. Aufgrund der in Randziffer 20 f. exemplarisch dargelegten Kalkulation sei es aus wirtschaftlichen Gründen gar nicht möglich, den maximalen Gebotspreis von CHF 55.- pro 100 kg Speisekartoffeln deutlich zu unterbieten. Für diese Beurteilung spricht, dass sich in der Vergangenheit keine Unternehmen ausserhalb der Kartoffelbranche um die Lagerungsaufträge bemüht haben.

### **B.3.2 Ergebnis**

34. Ob bezüglich der Ausschreibverfahren der Jahre 2000 bis 2003 Anhaltspunkte für unzulässige Wettbewerbsabreden bestanden, kann aufgrund der Ausführungen in Randziffer 24 ff. offen gelassen werden.

35. Unter normalen Umständen wäre in Anbetracht des Verhaltens des Unternehmens hinsichtlich der Gebotspreise und -mengen davon auszugehen, dass Anhaltspunkte für eine Wettbewerbsabrede bestehen. Wie in Randziffer 18 ff. ausgeführt wurde, legen die vorgenommenen Abklärungen den Schluss nahe, dass im vorliegenden Fall die Hauptursache für den fehlenden Wettbewerb in den vom Staat gesetzten Rahmenbedingungen zu suchen sind. Im Jahr 2004 ergaben sich zwar erstmals Abweichungen zwischen den verschiedenen Geboten hinsichtlich des Preises. Die Aufteilung der Mengen auf die einzelnen Unternehmen blieb hingegen weitgehend konstant. Es ist davon auszugehen, dass bei der Vergabe von Lagerungsaufträgen kein wirksamer Wettbewerb besteht. Eine höhere Wettbewerbsintensität liesse sich nach der Beurteilung des Sekretariats am ehesten mit einer Anpassung der regulatorischen Rahmenbedingungen erreichen.

36. Gemäss Artikel 45 Absatz 2 KG kann die Wettbewerbskommission (nachfolgend Weko) den Behörden Empfehlungen zur Förderung von wirksamem Wettbewerb unterbreiten, insbesondere hinsichtlich der Schaffung und Handhabung wirtschaftsrechtlicher Vorschriften. Gemäss Artikel 46 Absatz 2 KG nimmt sie im Vernehmlassungsverfahren Stellung zu Entwürfen von rechtsetzenden Erlassen des Bundes, die den Wettbewerb beschränken oder auf andere Weise beeinflussen. Die Weko könnte somit hinsichtlich der Vergabe von Lagerungsaufträgen für Speisekartoffeln von sich aus eine Empfehlung im Sinne von Artikel 45 Absatz 2 KG aussprechen oder im Rahmen der Vernehmlassung zur Agrarpolitik 2011 im Sinne von Artikel 46 Absatz 2 KG dazu Stellung nehmen.

37. Die Grundzüge einer diesbezüglichen Empfehlung oder Stellungnahme könnten wie folgt lauten: Zunächst stellt sich die Frage, inwieweit hinsichtlich der

Lagerhaltung von Speisekartoffeln ein Marktversagen besteht, dessen Beseitigung einen staatlichen Eingriff ordnungspolitisch rechtfertigt. Die im vorliegenden Verfahren durchgeführten Abklärungen deuten darauf hin, dass die Förderung der Lagerhaltung ein wettbewerbsbeschränkendes Potenzial in sich birgt und nicht im Zusammenhang mit einem Marktversagen steht. Die in Betracht gezogene Aufhebung dieser Massnahme per 2009 ist deshalb nach Auffassung des Sekretariats zu befürworten. Falls an der Vergabe von Lagerungsaufträgen für Speisekartoffeln festgehalten werden sollte, müssten nach Auffassung des Sekretariats zur Förderung des Wettbewerbs Anpassungen der Ausschreibmodalitäten vorgenommen werden. Bei folgenden Elementen besteht nach Auffassung des Sekretariats Anpassungsbedarf:

a. Vollständige rechtliche und wirtschaftliche Unabhängigkeit der mit der Ausschreibung beauftragten Institution von den an der Ausschreibung beteiligten Unternehmen respektive deren Interessenvertretung;

b. Abschaffung des maximalen Gebotspreises von CHF 55.- pro 100 kg Speisekartoffeln;

c. Entkoppelung der Vergabe von Lagerungsaufträgen und dem Produzentenpreis für Speisekartoffeln;

d. Streichen der Bestimmung, wonach sich nur Lagerbetriebe, die im Vorjahr mindestens 1'000 Tonnen Speisekartoffeln ab Produktion übernommen und Swisspatat Branchenbeiträge ausgerichtet haben, an den Ausschreibverfahren beteiligen können.

38. Mit diesen Vorschlägen würde der Kreis der für die Vergabe von Lagerungsaufträgen für Speisekartoffeln in Frage kommenden Unternehmen erweitert und die Vorhersehbarkeit der Reaktionen der Mitbewerber würde verringert. Die genaue Ausgestaltung dieser Vorschläge sowie die Vor- und Nachteile einer Abschaffung der Unterstützung der Lagerhaltung aus wettbewerbspolitischer Sicht müssten im Rahmen einer Empfehlung gemäss Artikel 45 Absatz 2 KG oder einer Stellungnahme gemäss Artikel 46 Absatz 2 KG vertieft analysiert werden.

### **C SCHLUSSFOLGERUNGEN**

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

1. stellt fest, dass offen gelassen werden kann, ob hinsichtlich der Vergabe der Lagerungsaufträge für Speisekartoffeln der Jahre 2000 bis 2003 Anhaltspunkte eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen bestehen;

2. stellt fest, dass die Ursache für das Fehlen wirksamen Wettbewerbs bei der Vergabe der Lagerungsaufträge für Speisekartoffeln wahrscheinlich in den regulatorischen Rahmenbedingungen zu suchen ist;

3. beschliesst, die Vorabklärung ohne Folgen einzustellen;

4. teilt den in Randziffer 4 genannten Unternehmen und Verbänden sowie dem BLW die Einstellung der Vorabklärung mit;



5. regt eine Anpassung der bestehenden Regelung der Vergabe der Lagerungsaufträge für Speisekartoffeln an und teilt dies dem BLW mit.

---

## B 2

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

B 2	3. <i>Unternehmenszusammenschlüsse</i> <i>Concentrations d'entreprises</i> <i>Concentrazioni di imprese</i>
B 2.3	1. <i>Migros/Valora</i>

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

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

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

*Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 14. Juni 2005*

**A Zusammenschlussvorhaben**

1. Am 17. Mai 2005 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben ein. Demgemäss beabsichtigen der Migros-Genossenschafts-Bund (nachfolgend: Migros) und die Valora AG (nachfolgend: Valora) ein Joint Venture im Bereich Convenience-Shops in der Schweiz einzugehen.

2. Die Geschäftstätigkeit der Migros-Gruppe mit Sitz in Zürich umfasst insbesondere den Detailhandel, die Migros-Industrie, den Freizeit- und Wellnessbereich, die Migros Bank, Hotelplan und Limmatdruck. Im Bereich Convenience-Shops ist Migros mit rund 130 Migrol-Tankstellenshops tätig.

3. Die Valora-Gruppe mit Sitz in Muttenz ist in der Deutschschweiz führend für Presseerzeugnisse und für das Kiosk-Sortiment auf Gross- und Einzelhandelsstufe. Sodann umfasst die Geschäftstätigkeit auch das Führen von Konfiserie-Geschäften und Gastronomie-Betrieben sowie den Handel mit Kaffee, Nahrungs- und Genussmitteln und anderen Gütern des täglichen Gebrauchs. Im Convenience-Bereich ist Valora mit rund [...] Convenience-Shops aktiv. Zur Valora gehören insbesondere die Convenience-Konzepte k-snack (Lebensmittelgeschäft mit Kiosk- und Snackbar-Modul) und k-fresh (Lebensmittelgeschäft mit Schwerpunkt Frischprodukte). Des Weiteren betreibt die Valora als Franchisenehmerin [...] Aperto-Shops und als Pächterin von diversen Mineralölgesellschaften rund [...] Tankstellenshops.

4. Im Jahr 2000 haben Migros, Valora und die SBB ein Gemeinschaftsunternehmen namens cevanova AG (nachfolgend: cevanova) gegründet. Dieser Zusammenschluss wurde der Weko gemeldet und von ihr genehmigt (RPW 2000/1, S. 36 ff.). Die cevanova betreibt heute als Franchisegeberin ungefähr [...] avec-

Shops. Die avec-Shops sind Convenience-Shops an Bahnhöfen, die Billetverkauf, Cafébar, Kiosk und Lebensmitteladen in sich vereinen. avec-Shops wurden bisher ausschliesslich an kleineren Bahnhöfen betrieben, wobei das Kiosk-Sortiment grundsätzlich bei der Valora und das Detaillisten-Sortiment bei Migros bezogen wurde.

5. Nun beabsichtigen die Migros und die Valora, je die Hälfte des von der SBB gehaltenen Aktienpakets von 33,3% zu erwerben und anschliessend Aktivitäten in die cevanova einzubringen. Seitens der Migros wird der Betrieb von voraussichtlich [...] Migrol-Tankstellenshops und seitens Valora der Betrieb von voraussichtlich [...] k-Shops und [...] Aperto-Shops eingebracht werden. Diese Einbringung besteht nicht in einer Übertragung des Eigentums auf die cevanova, sondern einzig in der Verpflichtung, der cevanova diese Standorte zur Verfügung zu stellen. Die Parteien behalten sich vor, zu einem späteren Zeitpunkt möglicherweise weitere Standorte einzubringen.

6. [...]

7. Ziel des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens ist es, alle Shops nach einem einheitlichen Konzept unter der gleichen Marke avec. mit einem klaren Sortiment zu betreiben. Die neuen Shops werden in der Regel Frische-, Food-, Near-Food- und Non-Food-Produkte bei der Migros und Presse, Süswaren, Tabak, Alkohol, Markenwaren sowie Glücksspiele bei der Valora beziehen. Weiter sollen inskünftig auch Zusatznutzen [...] angeboten werden. Ferner sind gemäss Aussagen der Parteien nebst Bahnhöfen und Tankstellen in Zukunft auch Standorte in Einkaufszentren, Autobahnraststätten sowie an hoch frequentierten Lagen in den Städten denkbar.

8. Die geplante Transaktion erlaubt der cevanova, sich in Zukunft auf die Entwicklung und Betreuung des Franchisekonzepts konzentrieren zu können, da die Standorte von den beiden Joint-Venture Partnern zur Verfügung gestellt und von selbstständigen Franchisenehmern betrieben werden. Damit soll sich die cevanova im stark wachsenden Convenience-Markt gut positionieren können.

## **B Meldepflicht**

9. Gemäss Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251) gilt als 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.

10. Durch den Ausstieg der SBB vom Gemeinschaftsunternehmen erfolgt ein Kontrollwechsel der *cevano*. Inskünftig werden die Migros und die Valora die Aktien der *cevano* paritätisch halten. Zudem werden mehrere Unternehmen der Migros und Valora unter die Kontrolle der *cevano* gebracht.<sup>1</sup> Weil das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt und die beteiligten Unternehmen die Umsatzzschwellen gemäss Artikel 9 KG überschreiten, handelt es sich vorliegend um ein meldepflichtiges Zusammenschlussvorhaben.

## **C Beurteilung**

### **C.1 Relevante Märkte**

#### **C.1.1 Sachlich relevante Märkte**

11. In sachlicher Hinsicht umfasst der relevante Markt alle Waren und Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres Verwendungszwecks als austauschbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU). Nachfolgend werden zunächst der Absatzmarkt und anschliessend die Beschaffungsmärkte bestimmt.

#### **Absatzmarkt**

12. Der Convenience-Shop ist eine Verkaufsstelle im Food-, Near-Food- und Non-Food-Bereich, die sich durch längere Öffnungszeiten sowie die Bequemlichkeit und Geschwindigkeit des Einkaufs von klassischen Detailhandelsgeschäften abhebt. Unter den Begriff Convenience-Food fallen Lebensmittel, aus denen schnell und ohne grossen Aufwand eine fertige Mahlzeit zubereitet werden kann. Häufig sind dies Fertigmahlzeiten oder vorbereitete Frischprodukte. Convenience-Shops werden hauptsächlich an verkehrsgünstig gelegenen Orten in unmittelbarer Nähe zu Tankstellen oder Bahnhöfen betrieben.

13. Die Weko hat den Markt für Convenience-Shops im Rahmen der Analyse des Zusammenschlussvorhabens "avec." (RPW 2000/1, S. 36 ff.) aufgrund der speziellen Eigenschaften von Convenience-Shops im Vergleich mit anderen Verkaufsgeschäften - längere Öffnungszeiten am Abend und am Wochenende, relativ schmales Sortiment und häufig eine attraktive Lage - einem separaten relevanten Markt zugeordnet. Insbesondere die längeren Öffnungszeiten wurden als spezielles Merkmal hervorgehoben.

14. Bei genauer Betrachtung könnte der Convenience-Markt möglicherweise weiter unterteilt werden entsprechend der Eigenschaften der Standorte und der angesprochenen Konsumenten. Hierbei handelt es sich

um Bahnhöfe für Zugreisende und Pendler, die den öffentlichen Verkehr benutzen, Tankstellen für Autoreisende und Pendler mit Privatwagen oder für Abend- beziehungsweise Wochenend-Noteinkäufe von motorisierten Konsumenten und Autobahnraststätten für motorisierte Durchgangsreisende. Inwieweit sich die Convenience-Shops an diesen unterschiedlichen Standorte substituieren lassen und ob dementsprechend Preissetzungsspielräume vorhanden sind, wird hier nicht weiter eruiert, weil unten dargelegt wird, dass das Zusammenschlussvorhaben in diesen Teilmärkten zu keinen beziehungsweise unwesentlichen<sup>2</sup> Marktanteilsadditionen führt.

15. Die beteiligten Parteien beziehen sich bei der Marktabgrenzung auf den Entscheid Coop/Waro (RPW 2003/3, S. 566, Rz. 35) und führen aus, dass der Einkauf im Convenience-Shop aufgrund dessen beschränkten Sortiments kein gutes Substitut für den Einkauf im Supermarkt sei. Umgekehrt gelte dies jedoch nicht. Aus Sicht des Kunden sei der Einkauf im Convenience-Shop durch den Einkauf im Supermarkt substituierbar. Somit liege der Fall einer einseitigen beziehungsweise asymmetrischen Substituierbarkeit vor. Folglich würden die Convenience-Shops zum sachlich relevanten Markt des Detailhandels gehören.

16. Die Parteien beurteilen die im *avec.*-Entscheid vorgenommene Marktabgrenzung aufgrund der in der Zwischenzeit weiter vorangeschrittenen Liberalisierung der Ladenöffnungszeiten als nicht mehr zutreffend.

17. Eine generelle Liberalisierung der Ladenöffnungszeiten ist im gegenwärtigen Zeitpunkt allerdings nicht zu beobachten. Der Liberalisierungsgrad der Ladenöffnungszeiten variiert je nach Kanton. Während die Ladenöffnungszeiten beispielsweise in den Kantonen Neuenburg, Tessin und Solothurn mit Ladenschluss um 18:30 Uhr restriktiv ausgestaltet sind, sind die Ladenöffnungszeiten in Zürich, Basel-Land und Glarus vollständig liberalisiert.

18. Auch an Flughäfen, Autobahnraststätten und Bahnhöfen gibt es kaum Beschränkungen der Ladenöffnungszeiten. Weiter geniessen die Tourismusorte und Bäckereien einen Sonderstatus. Über die Hälfte der Kantone kennen zudem Ausnahmeregelungen für Tankstellenshops. Diese sind allerdings nicht einheitlich ausgestaltet. Während sich einige Kantone darauf beschränken, die Öffnungszeiten zu verlängern, begrenzen andere beispielsweise die zulässige Verkaufsfläche oder schreiben vor, dass die Läden, die von längeren Öffnungszeiten profitieren, nur von der Betreiberfamilie, aber nicht von Angestellten geführt werden dürfen.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Diese Unternehmen sind in Rz. 5 aufgeführt.

<sup>2</sup> Unwesentliche Marktanteilsadditionen ergeben sich, wenn auch diejenigen Standorte der Valora berücksichtigt werden, die gemäss dem Business Plan nicht in die *cevano* eingebracht werden sollen.

<sup>3</sup> Vgl. Cash, 7.4.2005, S. 14.

19. In Kantonen mit restriktiven Ladenöffnungszeiten können Convenience-Shops aufgrund mangelnder alternativer Einkaufsmöglichkeiten nach Ladenschluss möglicherweise etwas höhere Preise fordern. Eine solche Preisdifferenzierung ist insbesondere dann denkbar, wenn die Convenience-Shops den grössten Teil des Umsatzes in Zeiten machen, in denen andere Läden geschlossen sind. Allerdings ist dieser Preissetzungsspielraum durch den Wettbewerbsdruck, der vom Detailhandel, von Take-aways, dem E-Commerce und Restaurationsbetrieben ausgeübt wird, vermutlich klein. Gemäss dem avec.-Entscheid haben letztere eine disziplinierende Wirkung auf die Betreiber von Convenience-Shops. Folglich können die Preise für Lebensmittel in Convenience-Shops nicht unabhängig von den Preisen in diesen alternativen Verpflegungskanälen der näheren Umgebung festgesetzt werden.

20. Tatsache ist, dass die Substituierbarkeit zwischen Convenience-Shops und dem Detailhandel mit einer fortschreitenden Liberalisierung der Ladenöffnungszeiten steigt. Somit trifft die in Randziffer 15 erläuterte Marktabgrenzung der Parteien lediglich für Kantone mit weitgehend (bis 22 Uhr) beziehungsweise vollständig liberalisierten Ladenöffnungszeiten zu. In diesem Sinn wird die Verlängerung der Öffnungszeiten im Business Plan der cevanova auch ausdrücklich als Gefahr für das geplante Zusammenschlussvorhaben bezeichnet.

21. Dennoch soll der Markt für Convenience-Produkte in der folgenden Analyse als ein eigenständiger Markt betrachtet werden. In Randziffer 36-49 wird dargelegt werden, dass weder bei engeren noch bei weiteren Marktabgrenzungen eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird. Somit kann die Frage nach der genauen sachlichen Marktabgrenzung letztlich offen gelassen werden.

### **Beschaffungsmärkte**

22. Auf der Beschaffungsseite bilden die Lieferanten von Convenience-Produkten die Marktgegenseite. Der Convenience-Kanal ist in der Regel nicht der einzige Absatzkanal, der den Herstellern von Food-, Near-Food- und Non-Food-Produkten zur Verfügung steht. Andere mögliche Absatzkanäle sind zum Beispiel der Detailhandel, der Grosshandel, der E-Commerce sowie der Export.

23. Die verschiedenen Vertriebswege unterscheiden sich auf mehrfache Weise, unter anderem hinsichtlich der durchschnittlichen Qualität der Produkte, der Preise, der Grösse der Verkaufsfläche, der Erreichbarkeit, der Ausprägung des angebotenen Sortiments und der Verkaufsatmosphäre. Der grösste Unterschied zwischen den einzelnen Absatzkanälen besteht darin, dass je nach Vertriebsnetz meist nur bestimmte Kundengruppen (wie z.B. private Konsumenten oder Gastronomiebetriebe) bedient werden können. Für den Hersteller sind die verschiedenen Absatzwege folglich nicht ohne weiteres austauschbar.<sup>4</sup>

24. Im Rahmen der Untersuchung CoopForte (RPW 2005/1, S. 151, Rz. 38) wurde offen gelassen, ob der Absatzkanal Convenience zum selben sachlich rele-

vanten Markt gehört wie der Detailhandel. Allerdings stellen die Absatzkanäle Convenience und Detailhandel für Lieferanten von Convenience-Produkten gute Substitute dar, weil sämtliche Produktgruppen, die im Convenience-Kanal vertrieben werden, auch durch den Detailhandelskanal abgesetzt werden können.

25. Deshalb bilden im vorliegenden Fall mindestens die Vertriebsdienstleistungen des Detailhandels den sachlich relevanten Beschaffungsmarkt.<sup>5</sup> Die Frage, ob die unter Randziffer 22 genannten alternativen Absatzkanäle Grosshandel, E-Commerce und Export ebenfalls Teil des relevanten Marktes sind, kann offen gelassen werden, da das Zusammenschlussvorhaben, wie unten erläutert wird, auch bei alternativen Marktdefinitionen keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt.

### **C.1.2 Räumlich relevante Märkte**

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

#### **Absatzmarkt**

27. In geografischer Hinsicht spielt sich der Wettbewerb gemäss schweizerischer<sup>6</sup> aber auch europäischer Rechtsprechung<sup>7</sup> auf zwei Ebenen ab, nämlich einerseits auf der lokalen Ebene zwischen den jeweiligen Verkaufsläden und andererseits auf der nationalen Ebene zwischen den verschiedenen Vertriebsnetzen der Convenience-Shops. Beide Ebenen sind im Rahmen einer wettbewerblichen Analyse des Marktes für Convenience-Shops in Betracht zu ziehen.

28. Aus Sicht der Nachfrager ist der räumlich relevante Markt lokal, da die Transaktionskosten in einem begrenzten Gebiet gering ausfallen und es sich folglich für die Nachfrager lohnt, den Weg zu einem Verkaufspunkt auf sich zu nehmen.

29. In diesem Sinn ist gemäss einer Studie von KPMG Schweiz die Wahl des richtigen Standorts der grösste kritische Erfolgsfaktor für Convenience-Shops. Geeignet seien frequenzstarke Lagen in der City, Quartierlagen mit hohem Single-Anteil oder stark befahrene Strassen. Standorte in der Nähe von Bahnhöfen, an Autobahnraststätten und bei Tankstellen würden eine genügend hohe Frequenz für Öffnungszeiten annähernd rund um die Uhr aufweisen.<sup>8</sup>

<sup>4</sup> Vgl. CoopForte, RPW 2005/1, S. 151, Rz. 37.

<sup>5</sup> Vgl. Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 571, Rz. 50.

<sup>6</sup> Coop/EPA, RPW 2002/3, S. 511; Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 571.

<sup>7</sup> Z.B. Rewe/Meinl EU IV/M.1221, Rewe/Billa EU IV/M.803, Ahold/Superdiplo EU Comp/M.2161, Carrefour/Promodes EU IV/M.1684.

<sup>8</sup> Vgl. Lebensmittelhandel Schweiz - Eine Marktanalyse von KPMG, KPMG Schweiz, 2003, S. 39.

30. Der relevante Markt wird allerdings nicht nur durch lokale Wettbewerbsverhältnisse geprägt. Der Wettbewerb spielt sich aufgrund der Vertriebsnetze und den homogenen Rahmenbedingungen in einem breiteren Umfeld ab. Allerdings bestimmen kantonale Gesetze die Ladenöffnungszeiten und regeln somit die Eintrittsbarrieren zum Markt. Dies spricht für eine kantonale Marktabgrenzung.

31. Neben den genannten Argumenten, die eine lokale oder kantonale räumliche Marktabgrenzung nahe legen, sprechen die folgenden Gründe dafür, das Zusammenschlussvorhaben in einem grösseren Zusammenhang zu beurteilen:

a) Insbesondere die Tankstellen, aber auch die Coop Pronto-Shops bilden Vertriebsnetze, welche die gesamte Schweiz umfassen. Zudem stehen Convenience-Shops in der Nähe von Kantonsgrenzen in Konkurrenz zu grenznahen ausserkantonalen Shops mit allenfalls liberaleren Öffnungszeiten. Dadurch wird dem Preissetzungsspielraum der Convenience-Shops in Kantonen mit restriktiveren Öffnungszeiten Schranken gesetzt. Aus diesen Gründen kann eine Substitutionskette entstehen, die den lokalen Wettbewerb auf die gesamte Schweiz ausdehnt.

b) Im Convenience-Bereich hat der wichtigste Konkurrent Coop Pronto, wie unten dargelegt wird, eine einheitliche Preispolitik für die gesamte Schweiz. Zudem empfiehlt Esso den Betreibern der Tankstellenshops national gültige, unverbindliche Verkaufspreise für die einzelnen Produkte. Deshalb wirkt sich der nationale Wettbewerb auf der lokalen Ebene aus.

32. Somit hat der räumlich relevante Markt sowohl lokale, kantonale als auch nationale Charakteristika, welche in der folgenden Analyse in Betracht gezogen werden. Da unten dargelegt wird, dass das Zusammenschlussvorhaben bei jeder denkbaren räumlichen Marktabgrenzung keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, kann die Frage nach der genauen räumlichen Marktabgrenzung letztlich offen gelassen werden.

### **Beschaffungsmärkte**

33. Beschaffungsseitig weist der relevante Markt mindestens nationale Dimensionen auf. Insbesondere bei Produkten, die nicht rasch verderben und die nicht besonderen nationalen Konsumgewohnheiten unterliegen, könnte der räumlich relevante Markt grösser sein als die Schweiz.<sup>9</sup> Da unten dargelegt wird, dass das Zusammenschlussvorhaben bei jeder denkbaren räumlichen Marktabgrenzung keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, kann die Frage nach der genauen räumlichen Marktabgrenzung letztlich offen gelassen werden.

### **C.2 Betroffene Märkte**

34. Gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20% oder mehr beträgt oder sich der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen auf 30%

oder mehr beläuft. Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann in der Regel von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. Diesfalls erübrigt sich grundsätzlich eine nähere Prüfung.

35. Wie unten dargelegt wird, hält die cevanova nach dem Vollzug des Zusammenschlussvorhabens auf dem Schweizer Absatzmarkt einen Marktanteil von [20%-30%]. Damit ist der Absatzmarkt ein betroffener Markt gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU.

### **Absatzmarkt**

36. Vorab stellt sich die Frage, welche Veränderungen der vorliegende Zusammenschluss im Hinblick auf die Marktstruktur mit sich bringt. Wie eingangs erwähnt, sah das ursprüngliche avec.-Konzept vor, von der cevanova erworbene Standorte auch längerfristig ausschliesslich nur an kleineren Bahnhöfen zu errichten, wobei insbesondere die SBB nur ein beschränktes Interesse daran hatte, die Expansion des Netzes von avec.-Shops auch ausserhalb von Bahnhöfen zu fördern. Mit dem Ausstieg der SBB und der Einbringung eigener Standorte der Parteien sollte der Ausbau des Netzes inskünftig wesentlich einfacher voranzutreiben sein.

37. Im Folgenden werden zuerst die nationalen und anschliessend die lokalen Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf den Absatzmarkt untersucht.

38. Über den Convenience-Markt Schweiz existieren keine fundierten historischen Daten. Aus diesem Grund gibt es weder verlässliche Angaben zum Marktvolumen noch Schätzungen zum Marktpotenzial. Das Marktforschungsinstitut IHA-GfK schätzt das Volumen für das Jahr 2004 auf CHF 1350 Mio. Um eine genauere Schätzung des Marktvolumens machen zu können, erhob das Sekretariat die jährlichen Umsätze der Marktteilnehmer im Convenience-Bereich. Die folgenden Ausführungen basieren auf diesen Erhebungen. Dabei wurden die Umsätze von Tankstellenshops mit einem relativ kleinen Netz wie beispielsweise Avia und Agrola nicht in Betracht gezogen. Die sich daraus ergebenden Marktanteile sind aufgrund der engen Definition des sachlich relevanten Marktes als Höchstwerte zu interpretieren.

39. Der Zusammenschluss steigert den Marktanteil der cevanova von [0%-10%] auf [20%-30%]. Werden zur Berechnung der Marktanteile auch jene Standorte der beteiligten Unternehmen miteinbezogen, die gemäss dem Business Plan nicht eingebracht werden sollen - aber theoretisch in Zukunft trotzdem eingebracht werden können - erhöht sich der Marktanteil der cevanova auf [20%-30%].

40. Diese in der Tabelle 1 illustrierten Marktanteilszahlen sind neben den in Randziffer 38 genannten Argumenten aus folgenden Gründen zu relativieren:

<sup>9</sup> Vgl. TransGourmet Holding AG, RPW 2005/2, Rz. 34.

a) Sowohl die cevanova als auch die Migros betreiben ihre Shops nicht selbst, sondern sind Franchisegeberinnen. Die Shops werden von selbstständigen und unabhängigen Franchisenehmern betrieben. Dasselbe gilt für rund die Hälfte der Convenience-Shops, welche die Valora betreibt. Die Verkaufspreise in den avec.-Shops werden von den Franchisenehmern bestimmt, jedoch sind die Franchisenehmer verpflichtet, die von der cevanova vorgegebenen Höchstpreise nicht zu überschreiten. Sie sind aber frei, tiefere Preise zu verlangen. Somit könnten die unabhängigen Franchisenehmer trotz einheitlichem Auftritt unter der gleichen Marke zueinander in einem gewissen Wettbewerb stehen, soweit sich diese im selben räumlich relevanten Markt befinden. Allerdings wird der Preissetzungsspielraum der Franchisenehmer nicht besonders gross sein, da gemäss Angaben der Parteien insbesondere die von der Migros gelieferten Produkte in den Shops nicht teurer angeboten werden sollen als in den Migros-Geschäften.

b) Die Valora und die Migros können auch weiterhin unabhängig und selbstständig im Convenience-Markt auftreten, da der Joint-Venture Vertrag keine Konkurrentenausschlussklausel und Exklusivitäten beinhaltet.

41. Der Tabelle 1 ist zu entnehmen, dass Coop Pronto mit einem Marktanteil von [10%-20%] der stärkste Konkurrent der cevanova ist. Aus Sicht der Parteien gehören das klar eingeführte Konzept, der Zeitvor-

sprung sowie die klare Expansionsstrategie zu den Stärken von Coop Pronto. Zudem zählen nicht nur Tankstellen zu dessen Standorten, sondern auch 23 eigenständige Shops an stark frequentierten Lagen in Städten und Tourismusorten. Betrachtet man die Marktanteilsentwicklung von Coop Pronto, ergibt sich das folgende Resultat: Coop Pronto konnte den Marktanteil von ca. [10%-20%] im Jahr 2002 über rund [10%-20%] im Jahr 2003 auf ungefähr [10%-20%] im Jahr 2004 steigern. Diese Erhöhung der Marktanteile hatte aber aufgrund der hohen Wachstumsraten im Convenience-Markt keine Umsatzeinbussen der anderen Marktteilnehmer zur Folge. Mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben entsteht im heute fragmentierten Convenience-Markt ein Gegengewicht zu Coop Pronto.

42. An Bahnhöfen ist die Alimentana Shops AG mit einem Stop & Shop und 14 Aperto-Shops der wichtigste Konkurrent der cevanova. Weitere wichtige Konkurrenten im Markt sind Esso, Shell und BP. Die Tankstellenshops vereinen angesichts deren zahlreichen Standorten einen relativ kleinen Marktanteil auf sich. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die Verkaufsfläche von ungefähr der Hälfte dieser Shops weniger als 50 Quadratmeter beträgt, während beispielsweise sämtliche Verkaufsstellen der cevanova eine grössere Verkaufsfläche aufweisen.

**Tabelle 1: Marktanteile der Convenience-Shops im Jahr 2004**

	Anzahl Standorte		Umsatz (in Mio. CHF)		Marktanteil	
	einzubringen	Nicht einzubringen	einzubringen	Nicht einzubringen	einzubringen	Nicht einzubringen
Cevanova	[>100]	[>100]	[...]	[...]	[20%-30%]	[0%-10%]
<b>Total</b>	[>200]		[...]		[20%-30%]	
Coop Pronto	[>100]		[...]		[10%-20%]	
Esso	[>100]		[...]		[10%-20%]	
Shell	[>200]		[...]		[10%-20%]	
BP	[>100]		[...]		[10%-20%]	
Alimentana*	[<100]		[...]		[0%-10%]	
Tamoil	[>100]		[...]		[0%-10%]	
Agip	[>100]		[...]		[0%-10%]	
Andere	keine Angabe		keine Angabe		keine Angabe	
Total			1589		100%	

\* Alimentana Shops AG: Aperto, Stop & Shop, Mam's, easy shopping

43. Im Rahmen der Analyse der lokalen Märkte wurde überprüft, ob das Zusammenschlussvorhaben lokal zu Überschneidungen führt, das heisst, ob es nach dem Zusammenschluss Standorte mit mehreren avec.-Shops gibt.

44. Die Analyse der lokalen Märkte zeigte, dass das Zusammenschlussvorhaben keine Marktanteilsadditionen in Bahnhöfen generiert. Zudem befindet sich kein (zukünftiger) avec.-Shop in einem RailCity-Bahnhof, wo Migros ein Detailhandelsgeschäft mit längeren Öffnungszeiten betreibt.<sup>10</sup> In einigen RailCity-Bahnhöfen werden die Convenience-Shops zusätzlich durch Detailhandelsgeschäfte von Coop konkurriert, die auch längere Öffnungszeiten haben.

45. Allerdings ergeben sich in den in der Tabelle 2 aufgeführten Standorten räumliche Überschneidungen der (zukünftigen) avec.-Shops in Bahnhöfen und den in die cevanova einzubringenden Migros-Tankstellenshops. An sämtlichen anderen Standorten gibt es keine solchen Überschneidungen.

46. Die grau schattierten Zellen in Tabelle 2 heben diejenigen Standorte hervor, wo lediglich eine bescheidene aktuelle oder potenzielle Konkurrenz herrscht beziehungsweise wo die Öffnungszeiten wenig liberalisiert sind. Da diese drei Kriterien, die eine mangelnde Wettbewerbsintensität nahe legen, an keinem der Standorte gleichzeitig erfüllt sind, kann festgehalten werden, dass das Zusammenschlussvorhaben auf den lokalen Märkten zu keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken führt.

47. Nebst dem aktuellen Wettbewerb kann auch der potenzielle Wettbewerb eine disziplinierende Wirkung

haben. In Kantonen mit restriktiven Ladenöffnungszeiten übt insbesondere der Lebensmittelhandel eine disziplinierende Wirkung aus und beschränkt die Preisspielräume entsprechend.

48. Zu beachten gilt, dass Detailhandelsläden in Kantonen mit liberalisierten Ladenöffnungszeiten aktuelle Konkurrenten sind. Wie bereits in Randziffer 20 erwähnt, wird die Verlängerung der Öffnungszeiten im Business Plan von der cevanova vor diesem Hintergrund auch ausdrücklich als Gefahr für das geplante Zusammenschlussvorhaben bezeichnet. Somit stellen restriktive Ladenöffnungszeiten eine wichtige Markteintrittsbarriere dar.

49. Jedoch verfügen Convenience-Shops im Vergleich zu Detailhandelsgeschäften über relativ kleine Verkaufsflächen. Folglich sind auch die damit verbundenen Marktzutrittschranken tiefer. So eignet sich beispielsweise praktisch jede Tankstelle für den Betrieb eines Convenience-Shops.

50. Weiter sind die Markteintrittskosten in Bahnhöfen relativ hoch, da die guten Standorte grösstenteils bereits vergeben sind.

51. Die befragten Konkurrenten befürchten ferner, dass sich das Exklusivrecht der Valora für den Verkauf von Presseerzeugnissen an Bahnhöfen als eine weitere Markteintrittsschranke in Bahnhöfen auswirken könnte.<sup>11</sup> Wie in Randziffer 44 dargelegt, führt das vorliegende Zusammenschlussvorhaben zu keinen Marktanteilsadditionen in Bahnhöfen. Somit ist die Befürchtung der Konkurrenten kein Argument gegen das Zusammenschlussvorhaben.

**Tabelle 2: Analyse der lokalen Märkte**

Kanton	Standorte	Aktuelle Konkurrenten (Tankstellen mit Shop)	Öffnungszeiten	Potenzielle Konkurrenten (Tankstellen ohne Shop)
BE	Interlaken	Coop Pronto, Agrola	wenig liberalisiert	2 Avia, Agip, Shell
	Bern	3 Coop Pronto, Aperto, 2 Esso, 5 Shell, 2 BP, Tamoil		7 Avia, Esso, 3 Shell, BP, Tamoil
TG	Weinfelden	Coop Pronto, BP, Avia	weitgehend liberalisiert	Shell, Esso
	St. Margrethen	Coop Pronto		
	Frauenfeld	2 Coop Pronto, Esso, Shell, Avia		Esso, Avia
LU	Sursee	Esso	wenig liberalisiert	BP, Avia, 2 Esso, Agrola
SG	Wil	Coop Pronto, Esso, Shell	wenig liberalisiert	Avia, Agrola, BP
ZH	Zürich	5 Coop Pronto, 6 Esso, 7 Shell, 7 BP, 4 Avia, Tamoil	vollständig liberalisiert	2 Esso, 4 Shell, Avia, 6 BP, Tamoil
	Bülach	BP, Avia		BP, Agrola

wenig liberalisiert: Ladenschluss um 19:00 Uhr; weitgehend liberalisiert: Ladenschluss um 20:00 Uhr oder 22:00 Uhr

<sup>10</sup> [...]

<sup>11</sup> Vgl. Bahnhofskioske, RPW 1999/3, S. 400 ff.

### **Beschaffungsmärkte**

52. Im vorliegenden Fall wird die Sortimentierung durch die cevanova zentral koordiniert. Der Wareneinkauf für Produkte aus dem Frische- und Trockensortiment sowie für Migros-Produkte erfolgt über die Migros. Die anderen Produkte werden über die Valora beschafft.

53. Gemäss Aussagen der Parteien erzielten die von der Valora einzubringenden Shops bisher ungefähr [...] % des Gesamtumsatzes mit Produkten von Drittlieferanten. Bei der ehemaligen cevanova betrug dieser Umsatzanteil etwa [...] %. Dabei handelt es sich um spezielle Produkte wie beispielsweise Wein, Bier, Chips, Glacé etc. Der Umsatzanteil von Drittlieferanten wird sich nach dem Zusammenschlussvorhaben schätzungsweise auf [...] % belaufen. [...]. Zusätzlich werden voraussichtlich [...] % des Umsatzes mit dem Verkauf von Dienstleistungen Dritter [...] erzielt werden. Dies legt nahe, dass das Zusammenschlussvorhaben auf diesen Beschaffungsmärkten keine wesentliche Veränderung erzeugt.

54. Weiter gilt die Frage zu beantworten, ob die marktbeherrschende Stellung von Valora, die in der Untersuchung "Bahnhofskioske" (RPW 1999/3, S. 410 ff.) für den Vertrieb von Presseerzeugnissen in der Deutschschweiz festgestellt wurde, durch das vorliegende Zusammenschlussvorhaben verstärkt wird. Dies ist aus folgenden Gründen zu verneinen:

a) Bereits heute ist die Valora in der Deutschschweiz die einzige Grossistin im Vertrieb von Presseerzeugnissen. Unabhängig vom vorliegenden Zusammen-

schlussvorhaben beziehen die Migrol-Tankstellenshops in der Deutschschweiz die Presseerzeugnisse bei Valora. Folglich führt das Zusammenschlussvorhaben zu keinen Änderungen betreffend die Beschaffung von Presseerzeugnissen.

b) Einem potenziellen Konkurrenten, der den Eintritt in den Markt für den Vertrieb von Presseerzeugnissen in Erwägung zieht, stehen neben den Migrol-Tankstellenshops genügend alternative Absatzkanäle offen, wie beispielsweise die Tankstellenshops der anderen Mineralölgesellschaften. Dies gilt insbesondere deshalb, weil die Anzahl der Migrol-Tankstellenshops im Vergleich zur Gesamtzahl der Verkaufsstellen von Presseerzeugnissen klein ist. Folglich beeinflusst die Einbringung der Migrol-Tankstellenshops in die cevanova die Verfügbarkeit von Absatzkanälen nur in einem geringen Ausmass.

c) In der Romandie werden fast alle Verkaufsstellen von Presseerzeugnissen durch die Naville SA beliefert. Dies betrifft auch die Verkaufsstellen, die von der Valora betrieben werden. Gemäss den Erhebungen des Sekretariats bleibt diese Situation nach dem Zusammenschlussvorhaben unverändert.

### **D Ergebnis**

55. Im vorliegenden Fall ist der Absatzmarkt im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU betroffen. Aus den oben genannten Gründen wird durch das Zusammenschlussvorhaben jedoch keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Artikel 10 KG sind daher nicht gegeben.



B 2.3

**2. EQT III/Carl Zeiss/SOLA**

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

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

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

*Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 15. März 2005*

**A Zusammenschlussvorhaben**

1. Am 18. Februar 2005 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben ein. Demgemäss beabsichtigen die Carl Zeiss AG und die EQT III, die gemeinsame Kontrolle über SOLA International Inc. zu erwerben.

2. Die Carl Zeiss AG (hiernach: Carl Zeiss) mit Sitz in Oberkochen (Deutschland) wird zu 100% von der Carl Zeiss Stiftung, Heidenheim und Jena (Deutschland), kontrolliert. Die Stiftung hält auch 100% an der SCHOTT AG, Mainz (Deutschland) (hiernach: SCHOTT). Carl Zeiss und SCHOTT führen ihre Geschäfte unabhängig voneinander unter eigenem Namen und mit eigenen Mitteln.

3. Carl Zeiss ist in der optischen und in der optoelektronischen Industrie tätig. Ihr Angebot umfasst unter anderem optische Konsumgüter, wie zum Beispiel Brillengläser, Kameralinsen, Binokulare und damit zusammenhängende Technologien und Geräte. Carl Zeiss ist in mehr als 30 Ländern aktiv und betreibt Produktionswerke in Europa, Amerika und Asien. In der Schweiz hat Carl Zeiss zwei Tochtergesellschaften, die Carl Zeiss AG in Feldbach und die Optiswiss AG in Basel.

4. SCHOTT ist eine internationale Technologiegruppe mit Geschäftsaktivitäten unter anderen im Bereich Rohmaterial und Komponenten für den Optikbereich. SCHOTT ist in 38 Ländern präsent und betreibt Produktionswerke in Europa, Amerika und Asien. In der Schweiz besitzt SCHOTT die Tochtergesellschaften forma vitrum AG, St. Gallen, forma vitrum holding AG, St. Gallen, und SCHOTT Suisse SA, Yverdon-les-Bains.

5. EQT III ist ein im Jahr 2001 gegründeter Private Equity Funds mit Sitz in Guernsey, Channel Islands. Der Funds gehört zur EQT-Gruppe, die 1994 von Investor AB, Stockholm (Schweden), gegründet wurde. Eine der Portfolio-Gesellschaften von EQT III, Leybold Optics GmbH, Alzenau (Deutschland) (hiernach: Leybold Optics), ist in der Entwicklung und Produktion von Beschichtungstechnologie und Geräten für optische und optoelektronische Anwendungen tätig.

6. SOLA International Inc. (hiernach: SOLA) mit Sitz in San Diego (USA) entwickelt, produziert und vertreibt ein breites Angebot an Brillengläsern. Weltweit ist SOLA in mehr als 50 Staaten aktiv. In der Schweiz ist

SOLA über die Tochtergesellschaft American Optical Company International AG, Münchenstein, tätig.

7. Das Zusammenschlussvorhaben umfasst (i) den Erwerb von SOLA und deren Tochtergesellschaften durch Carl Zeiss TopCo GmbH, Oberkochen (Deutschland) (hiernach: TopCo), welche gemeinsam durch die Carl Zeiss und EQT III kontrolliert werden soll, und (ii) den Transfer vom Brillenglasgeschäft von Carl Zeiss und des damit verbundenen Systemtechnologiegeschäfts zu TopCo und deren Tochtergesellschaften.

8. Carl Zeiss plant, ihre weltweite Präsenz durch die Zusammenführung ihres Brillenglasgeschäfts mit demjenigen von SOLA auszubauen. Das Brillenglasgeschäft von SOLA ist gemäss Angaben der Parteien zu einem Grossteil sowohl in produktspezifischer als auch geografischer Hinsicht komplementär. Carl Zeiss und EQT III gehen davon aus, dass das Zusammenschlussvorhaben zu substantziellen Effizienz einsparungen führen wird. [...].

9. Das Zusammenschlussvorhaben wurde am 27. Januar 2005 ebenfalls bei der Europäischen Kommission gemeldet. Diese hat den Zusammenschluss am 3. März 2005 freigegeben.<sup>1</sup> Ein Waiver hat die Zusammenarbeit zwischen der europäischen und der schweizerischen Wettbewerbsbehörde sichergestellt.

**B Meldepflicht**

10. Gemäss Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251) gilt als 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.

11. Gemäss Artikel 2 Absatz 2 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU; SR 251.4) stellt die Neugründung eines Gemeinschaftsunternehmens (GU) einen Unternehmenszusammenschluss dar, wenn (a) zwei oder mehr Unternehmen ein anderes Unternehmen gemeinsam kontrollieren werden, (b) das GU auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt (sog. Vollfunktionsunternehmen) und (c) Geschäftstätigkeiten von mindestens einem der kontrollierenden Unternehmen in das GU einfließen.

<sup>1</sup> Vgl. Pressemitteilung der EU, IP/05/253, 3.3.2005.

**(a) Gemeinsame Kontrolle**

12. Carl Zeiss und EQT III werden je 50% der Aktien- und der Stimmrechte der TopCo GmbH halten, welche ihrerseits SOLA kontrollieren wird. Die Voraussetzung der gemeinsamen Kontrolle ist somit erfüllt.

**(b) Vollfunktionsunternehmen und (c) Einbringen von Geschäftstätigkeiten**

13. Der TopCo GmbH und deren Tochtergesellschaften werden die Geschäftsbereiche Brillengläser und Systemtechnologie von Carl Zeiss übertragen werden. Somit ist die TopCo GmbH als Vollfunktionsunternehmen zu qualifizieren.

14. Das Joint Venture "TopCo GmbH" stellt eine Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens dar und ist somit als Unternehmenszusammenschluss gemäss Artikel 4 Absatz 3 KG zu qualifizieren.

15. Als beteiligte Unternehmen gelten die Carl Zeiss Stiftung einschliesslich Carl Zeiss, SCHOTT und deren Gruppengesellschaften, die EQT-Gruppe, EQT III und die kontrollierten Portfolio-Gesellschaften sowie SOLA und deren Gruppengesellschaften. Die beteiligten Unternehmen erzielten im letzten Geschäftsjahr<sup>2</sup> einen weltweiten Umsatz von über CHF 2 Mia. Damit sind die Umsatzschwellen nach Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe a KG überschritten. Tabelle 1 gibt diesen Sachverhalt wieder.

Tab. 1: Kumulierte Umsätze weltweit

Carl Zeiss	CHF [...]
EQT III	CHF [...]
SOLA	CHF [...]
Total	CHF über 2 Mia.

16. Wie in Tabelle 2 illustriert, erzielten in der Schweiz zwei der beteiligten Unternehmen je einen Umsatz von über CHF 100 Mio. Somit ist auch der Schwellenwert gemäss Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe b KG überschritten. Folglich ist das Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig.

Tab. 2: Umsätze Schweiz<sup>3</sup>

Carl Zeiss	CHF über 100 Mio.
EQT III	CHF über 100 Mio.
SOLA	CHF [...]

**C Beurteilung****C.1 Relevante Märkte****C.1.1 Sachliche Märkte**

17. In sachlicher Hinsicht umfasst der relevante Markt alle Waren und Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres Verwendungszwecks als austauschbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

18. Das Zusammenschlussvorhaben betrifft im Wesentlichen den Markt für Brillengläser. Indirekt erge-

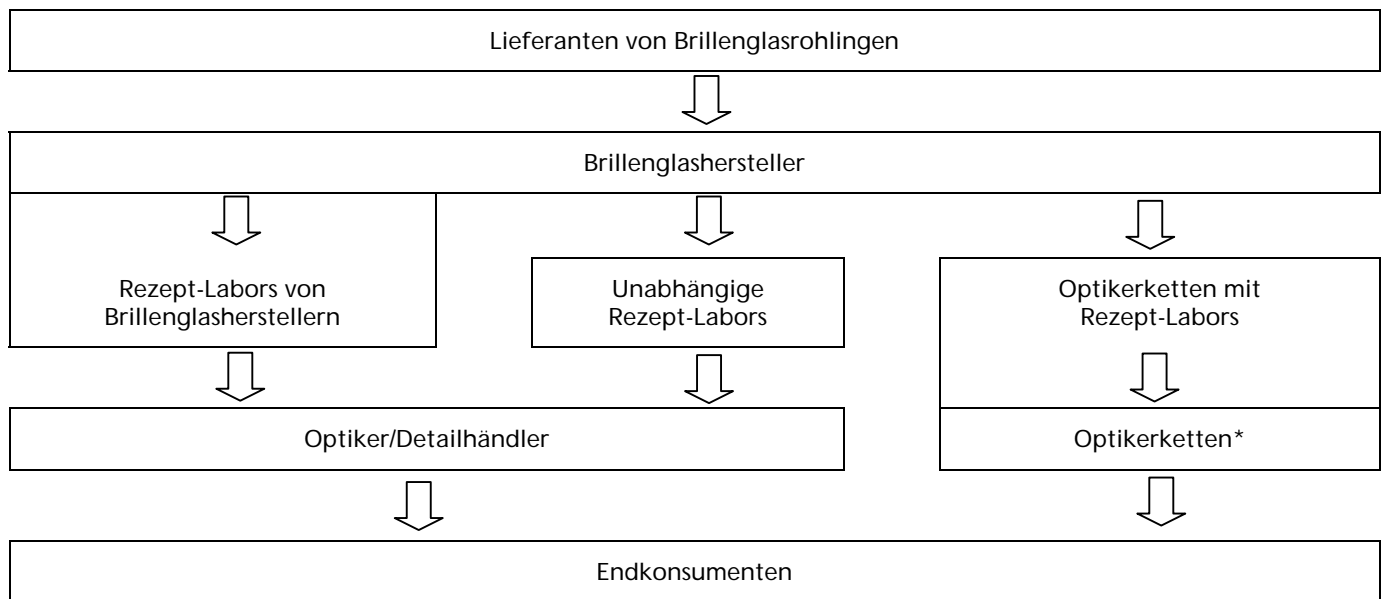
ben sich auch vertikale Beziehungen aufgrund der Tätigkeiten von SCHOTT und Leybold Optics, die in Bezug zu Carl Zeiss und SOLA in vorgelagerten Märkten tätig sind.

19. Die Wertschöpfungskette in der Brillenglasindustrie umfasst hauptsächlich drei Stufen: (i) Brillenglashersteller, welche Brillenglasrohlinge und Rohmaterialien einer ersten Bearbeitung unterziehen, (ii) Rezept-Labors, welche von den Brillenglasherstellern Brillenglas-Substrat<sup>4</sup> beziehen, um die Zweitbearbeitung der Brillengläser durchzuführen und (iii) die Detailhändler. Die verschiedenen Stufen und Kanäle des Vertriebs von Brillengläsern werden in der nachfolgenden Abbildung dargestellt.

<sup>2</sup> [...]<sup>3</sup> [...]

<sup>4</sup> Unter Brillenglas-Substrat werden Halbfertiggläser und Fertiggläser verstanden, die noch weiterer Bearbeitung bedürfen. Die erstbearbeiteten Brillengläser werden als Halbfertiggläser bezeichnet, falls lediglich Teile der Sehkorrektureigenschaften eingearbeitet sind. Sie werden als Fertiggläser bezeichnet, wenn sie über die vollständigen Sehkorrektureigenschaften verfügen. Letztere werden von Rezept-Labors in der Regel ohne Weiterverarbeitung an Optiker und Detailhändler weiterverkauft. Die befragten Unternehmen, die auf dem Markt für zweitbearbeitete Brillengläser tätig sind, schätzen den Anteil der verkauften Fertiggläser am Gesamtumsatz zwischen 10%-25% und deren mengenmässigen Anteil auf 50%.

Abb. 1: Vertriebsstruktur von Brillengläsern



\* Optikerketten beziehen zweitverarbeitete Brillengläser auch bei vertikal integrierten Brillenglasherstellern sowie bei unabhängigen Rezept-Labors

20. Demzufolge lässt sich der Markt für Brillengläser aus Sicht der Nachfrager unterteilen in (1) Brillenglasrohlinge/Rohmaterial, (2) erstbearbeitete Brillengläser (Brillenglas-Substrat), welche in Grosshandelsvolumen an Rezept-Labors oder Optikerketten mit internen Rezept-Labors verkauft werden, um die Zweitbearbeitung durchzuführen, und (3) zweitbearbeitete Brillengläser, welche auf der Basis von Einzelbestellungen an Optiker, Optikerketten und andere Detailhändler ohne interne Rezept-Labors verkauft werden zum Weiterverkauf an Endkunden. In einem geringeren Ausmass betrifft das vorliegende Zusammenschlussvorhaben auch den vorgelagerten Markt für (4) Beschichtungstechnologie und -geräte.

#### **Markt für Brillenglasrohlinge/Rohmaterial**

21. Mineralische Brillenglasrohlinge und organisches Rohmaterial sind Ausgangsprodukte für die Herstellung von Brillengläsern. Sie haben keine Sehkorrektureigenschaften. Die Frage, ob ein separater Markt für mineralisches oder organisches Rohmaterial abzugrenzen ist, kann offen gelassen werden. Nur SCHOTT hat zurechenbare Aktivitäten im Bereich von mineralischen Brillenglasrohlingen. Es handelt sich dabei um eine vertikale Beziehung in Bezug auf Carl Zeiss und SOLA (vorgelagerter Markt), die bereits vor dem Zusammenschlussvorhaben existiert hat. SOLA stellt Rohmaterial für organische Brillengläser auch selber her, aber nur für den internen Gebrauch.

#### **Markt für erstbearbeitetes Brillenglas-Substrat**

22. Rezept-Labors beziehen das Brillenglas-Substrat von den Brillenglasherstellern, um die Zweitbearbeitung durchzuführen. Das Bestellvolumen auf dieser Marktstufe beträgt in der Regel mehrere tausend Stück per Auftrag (Grosshandelsstufe).

23. Grundsätzlich kann unterschieden werden zwischen unabhängigen Rezept-Labors, von Brillenglas-

herstellern betriebenen Rezept-Labors, zum Beispiel Essilor (Frankreich), Carl Zeiss, Rodenstock (Frankreich und Deutschland), Hoya (Japan), und solchen, die von grossen Optikerketten betrieben werden, zum Beispiel Fielmann (Deutschland), Grand Vision (Frankreich), Visilab (Schweiz), Specsavers (England).

24. SOLA ist vor allem auf dieser Marktstufe tätig. Durch ihr eigenes Netzwerk von Rezept-Labors, das SOLA in Europa, in den USA und in Asien aufgebaut hat, führt sie die Zweitbearbeitung in einem zunehmenden Ausmass auch selber durch.

#### **Markt für zweitbearbeitete Brillengläser**

25. Optiker(ketten) und Detailhändler ohne eigene Rezept-Labors kaufen zweitbearbeitete Brillengläser bei Brillenglasherstellern mit internen Rezept-Labors und bei unabhängigen Rezept-Labors zum Weiterverkauf an die Endkunden. Es handelt sich dabei um Einzelbestellungen, welche auf der vorgängigen Abklärung der individuellen Bedürfnisse des Endkunden (insbesondere die notwendige Sehkorrektur und allfällige Wünsche bezüglich der Beschichtung) basieren. Teilweise beziehen auch vertikal integrierte Optiker(ketten) oder Detailhändler mit eigenen Rezept-Labors die zweitverarbeiteten Brillengläser extern.

26. Das deutsche Bundeskartellamt hat den Markt für Brillengläser bereits eingehend untersucht.<sup>5</sup> Dabei wurde der Markt je nach verwendeten Rohmaterialien (mineralische oder organische Brillengläser) und

<sup>5</sup> Essilor/Rupp+Huprach, 17.7.2003, Gesch.-Z.: B4-33401-Fa-6213, Rz. 22.

Sehkorrektoreigenschaften (Einstärken-, Mehrstärken- und Gleitsichtgläser) in sechs Teilmärkte aufgeteilt. Allerdings fragen die Optiker(ketten) und Detailhändler gemäss Angaben der Parteien und der befragten Unternehmen die gesamte Bandbreite der verschiedenen Brillenglasarten nach. Zudem ist die Angebotsumstellungsflexibilität der Lieferanten von erstbearbeitetem Brillensubstrat hoch.<sup>6</sup> In Randziffer 50 wird dargelegt werden, dass das Zusammenschlussvorhaben aus kartellrechtlicher Sicht auch bei einer solchen Marktabgrenzung unproblematisch wäre. Deshalb kann die Marktabgrenzung im vorliegenden Fall offen gelassen werden.

27. Die in der Schweiz aktiven Optikerketten sind Visilab, Fielmann, MacOptic, Berdoz, Optic 2000 und GrandOptical. Nur Visilab betreibt eigene Rezept-Labors, welche als so genannte Mini-Labors in die einzelnen Verkaufsläden integriert sind.

#### **Markt für Beschichtungstechnologie und -geräte**

28. Beschichtungstechnologie und -geräte werden von den Rezept-Labors im Rahmen der Zweitbearbeitung von Brillengläsern eingesetzt. Mit derselben Technologie und denselben Geräten lassen sich grundsätzlich jegliche Arten von kleinen, transparenten Objekten aus Glas oder Plastik beschichten - neben Brillengläser zum Beispiel auch Mikroskoplinsen oder optische Produkte für die Telekommunikationsindustrie.

#### **C.1.2 Geografische Märkte**

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

#### **Markt für Brillenglasrohlinge/Rohmaterial**

30. In Bezug auf mineralische Brillenglasrohlinge und organisches Rohmaterial ist von einem weltweiten Markt auszugehen. Die Hersteller sind multinationale Unternehmen, welche Brillenglashersteller in der ganzen Welt beliefern. Es handelt sich jeweils um grosse Liefermengen. Die Transportkosten liegen gemäss Aussagen der Parteien unter [...] des Warenwertes und sind deshalb für den Kaufentscheid der Brillenglashersteller unbedeutend.

#### **Markt für erstbearbeitetes Brillenglas-Substrat**

31. Die Hersteller von erstbearbeitetem Brillenglas-Substrat beliefern die Rezept-Labors in Europa entweder direkt aus ihren Produktionswerken, die grösstenteils in Billiglohnländern ausserhalb des EWR beziehungsweise der Schweiz liegen, oder über ihre Verteilzentren. Es handelt sich jeweils um grosse Bestellmengen von mehreren tausend Stück. Das Brillenglas-Substrat ist leicht und einfach zu transportieren. Dies ermöglicht internationale Transporte.

32. Aus diesen Gründen kann beim Markt für erstbearbeitetes Brillenglas-Substrat von einem zumindest europaweiten Markt, eventuell von einem weltweiten Markt ausgegangen werden.<sup>7</sup> Da aber das Zusammenschlussvorhaben zu keiner Begründung oder Verstärkung einer Marktbeherrschung führt, kann die Frage

nach einer genaueren Marktabgrenzung letztlich offen gelassen werden.

#### **Markt für zweitbearbeitete Brillengläser**

33. Auch zweitbearbeitete Brillengläser werden über Landesgrenzen hinweg transportiert, weil nicht jeder Brillenglashersteller in jedem Land ein Rezept-Labor betreibt. Allerdings erfolgt die Verteilung durch nationale Vertriebsorganisationen.

34. In diesem Markt sind kurze Lieferzeiten und eine hohe Liefersicherheit äusserst wichtig für die Wettbewerbsfähigkeit der auf der Endverkaufsstufe tätigen, in der Regel kleinen Optiker und Detailhändler. Deshalb ziehen es diese vor, sich bei einem Anbieter vor Ort beziehungsweise im eigenen Land einzudecken. Dies wurde durch die befragten Unternehmen bestätigt.

35. Aus diesen Gründen ist der Markt für zweitbearbeitete Brillengläser in der Schweiz wie auch in anderen europäischen Ländern ein nationaler Markt.<sup>8</sup>

#### **Markt für Beschichtungstechnologie und -geräte**

36. In Bezug auf Beschichtungstechnologie und -geräte ist von einem weltweiten Gesamtmarkt auszugehen. Leybold Optics produziert zum Beispiel nur in Deutschland, beliefert aber Kunden in der ganzen Welt. Die Transportkosten sind für den Kaufentscheid nicht relevant, da sie weniger als [...] des Warenwertes betragen.

#### **C.2 Betroffene Märkte**

37. Gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20% oder mehr beträgt oder sich der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen auf 30% oder mehr beläuft. Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann in der Regel von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. Diesfalls erübrigt sich grundsätzlich eine nähere Prüfung.

#### **Markt für Brillenglasrohlinge/Rohmaterial**

38. Von den beteiligten Unternehmen hat nur SCHOTT im Bereich der mineralischen Brillenglasrohlinge zurechenbare Aktivitäten in diesem Markt.

<sup>6</sup> Vgl. Commission of the European Communities, Case No. COMP/M.3670 - Zeiss/EQT/SOLA JV, Rz. 7.

<sup>7</sup> So auch Pressemitteilung der EU, IP/05/253, 3.3.2005.

<sup>8</sup> Vgl. Pressemitteilung der EU, IP/05/253, 3.3.2005.

39. Auf dem Markt für Brillenglasrohlinge sind grosse, multinationale Wettbewerber tätig. Insbesondere ist ein zunehmender Druck der asiatischen Konkurrenz (China, Korea etc.) zu verzeichnen. So hat sich beispielsweise die Zahl der Brillenglashersteller in China seit 1992 von vier auf mindestens 44 erhöht.

40. Tabelle 3 gibt die geschätzten Marktanteile der Unternehmen auf dem weltweiten Markt für mineralische Brillenglasrohlinge wieder:

Tab. 3: Markt für mineralische Brillenglasrohlinge

<i>Unternehmen</i>	<i>Schätzung der Marktanteile</i>
Corning, USA	[30%-40%]
SCHOTT	[30%-40%]
China Glass Association, China	[0%-10%]
JZO, Polen	[0%-10%]
andere	[0%-10%]

Quelle: Schätzung der Parteien

41. Die Parteien haben keine Angaben über ihre Marktanteile auf dem Markt für Brillenglasrohlinge in der Schweiz geliefert. Analog der Situation auf dem weltweiten Markt kann man vermuten, dass der Markt für mineralische Brillenglasrohling ein betroffener Markt im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU ist.

42. Dennoch ist das Zusammenschlussvorhaben als unproblematisch zu beurteilen, weil aus dem Zusammenschlussvorhaben keine Überschneidungen resultieren.<sup>9</sup>

**Markt für erstbearbeitete Brillengläser**

43. Nach dem Wissen der meldenden Unternehmen gibt es keine offiziellen Statistiken, mit denen die Marktanteile der Unternehmen auf dem Markt für erstbearbeitete Brillengläser geschätzt werden können. Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, ist das Zusammenschlussvorhaben auf diesem Markt jedoch unproblematisch.

44. In der Schweiz betragen die Umsätze von Carl Zeiss und SOLA im jeweiligen letzten Geschäftsjahr € [...] (Carl Zeiss) und € [...] (SOLA). Deshalb liegt vermutlich kein betroffener Markt im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU vor.

45. Zudem scheint es auf dem weltweiten oder zumindest europäischen Markt für erstbearbeitete Brillengläser genügend aktuelle Konkurrenz zu geben. Beispiele hierzu sind Shamir Optical Industry (Israel), Polycore Optical Pte. Ltd. (Singapur), Thai Optical Thailand (Thailand), Signet Armorlite (Kalifornien), Vision Ease USA (Kalifornien), aber auch Konkurrenten von Carl Zeiss und SOLA auf dem Markt für zweitbearbeitete Brillengläser wie Essilor France und Rodenstock. Unabhängige Rezept-Labors und Optikerketten mit internen Rezept-Labors beziehen das be-

nötigte Brillenglas-Substrat jeweils von verschiedenen Anbietern und können leicht von einem Hersteller zum anderen wechseln. Die Kosten eines Wechsels und die dafür benötigte Zeit sind klein.

**Markt für zweitbearbeitete Brillengläser**

**A) Aktuelle Konkurrenz**

46. Nach Schätzungen der meldenden Unternehmen beläuft sich der in der Schweiz im Jahr 2003 erzielte Gesamtumsatz durch Verkäufe von zweitbearbeiteten Brillengläsern an schweizerische Optiker(ketten) oder Detailhändler auf ungefähr € [...]. Auf dieser Marktstufe ist in der Schweiz von den beteiligten Unternehmen vor allem Carl Zeiss tätig. SOLA weist nur geringe Umsätze auf.

47. Carl Zeiss beziehungsweise SOLA erzielten im letzten Geschäftsjahr in der Schweiz Umsätze in Höhe von € [...] beziehungsweise [...]. Daraus ergeben sich Marktanteile von rund [20%-30%] für Carl Zeiss beziehungsweise etwa [0%-10%] für SOLA. Der kombinierte Marktanteil nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens wird etwa [30%-40%] betragen, womit dieser Markt im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU betroffen ist.

48. Die folgende Tabelle zeigt die geschätzten Marktanteile der Unternehmen, die auf dem Schweizer Markt für zweitbearbeitete Brillengläser tätig sind.

Tab. 4: Schweizer Markt für zweitbearbeitete Brillengläser 2003/2004

<i>Unternehmen</i>	<i>Schätzung der Marktanteile (Umsatz) 2003/2004</i>
Carl Zeiss	[20%-30%]
SOLA	[0%-10%]
Carl Zeiss/SOLA gemeinsam	[30%-40%]
Essilor	[30%-40%]
Reize	[10%-20%]
Knecht & Müller	[0%-10%]
Rodenstock	[0%-10%]
Technolens	[0%-10%]
Extrem Optic	[0%-10%]

Quelle: Schätzung der Parteien. Diese Zahlen entsprechen ungefähr denjenigen des Schweizerischen Lieferantenverbandes für Augenoptik (SLVA), welcher seit 2003 Marktanteile basierend auf Stückzahlen berechnet. Die Ermittlungen des Sekretariats haben die Grössenordnung dieser Schätzungen bestätigt.

<sup>9</sup> Vgl. Rz. 38.

49. Aufgrund fehlender Gesamtmarktzahlen und Informationen über die Verkäufe der Konkurrenten sind die meldenden Unternehmen nicht in der Lage, eine Schätzung der Marktanteile für die vorangehenden Geschäftsjahre abzugeben.

50. Auch wenn der Markt für zweitbearbeitete Brillengläser, welche an schweizerische Optiker(ketten) oder Detailhändler verkauft werden (Einzelbestellungen), noch weiter unterteilt würde, wäre das Zusammenschlussvorhaben aus kartellrechtlicher Sicht unproblematisch. Gemäss Angaben der Parteien beträgt die durch Sola begründete Marktanteiladdition nur ca. [0%-10%]. Selbst wenn SOLA in gewissen Teilmärkten höhere Marktanteile hätte, wäre dies aufgrund der hohen Angebotsflexibilität der Anbieter von erstbearbeitetem Brillenglas unerheblich. Die Ermittlungen des Sekretariats haben diese Ansicht bestätigt.

51. Der französische Konzern Essilor ist sowohl in der Schweiz als auch weltweiter Marktführer. Obwohl sich die Marktanteile von Essilor und Carl Zeiss/SOLA durch den Zusammenschluss in der Schweiz annähern, bleibt der Vorsprung von Essilor weltweit bestehen. Ausserdem sind auf dem Schweizer Markt unabhängige Rezept-Labors wie Reize und Knecht & Müller tätig. Der von diesen beiden Familienunternehmen ausgehende Wettbewerbsdruck wird auch nach Vollzug des Zusammenschlussvorhabens weiter bestehen, weil [...].

52. Ferner weist die Marktgegenseite der Rezept-Labors eine beträchtliche Konzentration auf. Grund dafür ist, dass sich viele unabhängige Optiker in der Schweiz Einkaufsgemeinschaften angeschlossen haben, um ihre Verhandlungsmacht zu vergrössern. Je nach Schätzung sind zwischen 30% und 50% der gesamten Nachfrageseite in Einkaufsgemeinschaften zusammengefasst. Diese beziehen das zweitbearbeitete Brillen-Substrat jeweils von verschiedenen Lieferanten. Durch die Nachfragebündelung gelingt es der Marktgegenseite besser, den Wettbewerb zwischen den Lieferanten spielen zu lassen.

53. Des Weiteren können Optiker und Detailhändler so genannte Lager- beziehungsweise Fertiggläser<sup>10</sup> ab einer grösseren Bestellmenge direkt von Brillenglasherstellern beziehen. Gemäss Aussage eines befragten Konkurrenten liefern asiatische Brillenglashersteller bereits ab Mindestmengen zwischen 500 und 1000 Stück. Durch die Möglichkeit der Optiker und Detailhändler, die Marktstufe für zweitbearbeitete Brillengläser zu umgehen, kann ein zusätzlicher Wettbewerbsdruck entstehen.

54. Sämtliche befragten Marktteilnehmer beurteilten die Auswirkungen des Zusammenschlussvorhabens auf den Schweizer Markt allgemein als unerheblich. Zudem wurden die hohe Wettbewerbsdynamik und Produktinnovation im Markt für zweitbearbeitetes Brillenglas unterstrichen. Diese Wettbewerbsdynamik wurde in der Schweiz auf der Detailhandelsstufe insbesondere durch die relativ kürzlich erfolgten Markteintritte von internationalen Optikerketten wie Fielmann, Optic 2000 und Visilab ausgelöst und wirkt sich nun auf alle vorgelagerten Märkte aus.

## **b) Potenzielle Konkurrenz**

55. Nebst dem aktuellen Wettbewerb kann auch der potenzielle Wettbewerb eine disziplinierende Wirkung haben. Potenzieller Wettbewerb kann im vorliegenden Fall auf der vorgelagerten Stufe insbesondere von finanzkräftigen ausländischen Anbietern von erstbearbeitetem Brillenglas-Substrat kommen. Diese könnten in der Schweiz durch Investitionen in ein eigenes Rezept-Labor oder die Übernahme eines kleineren Rezept-Labors Fuss fassen. Ein Beispiel dafür ist Tokay, ein japanisches Unternehmen, welches auf diese Weise in den belgischen Markt eingetreten ist. Auch auf der nachgelagerten Marktstufe kommt potenzieller Wettbewerb in Betracht, zum Beispiel durch schweizerische Optiker(ketten) wie Visilab, die bereits jetzt zweitbearbeitete Brillengläser für den Eigenbedarf herstellen. Potenzielle Konkurrenten sind auch Optikerketten wie Fielmann, welche im benachbarten Ausland vertikal integriert sind.

56. In der Untersuchung über die Wettbewerbsverhältnisse im Bereich der Optikerbranche der ehemaligen Kartellkommission (VKK 1984/3, S. 254 ff.) wurde festgehalten, dass ein Markteintritt für Rezept-Labors beträchtliche Hürden aufwies, weil zwischen Brillenglashersteller und dem Verband der Schweizer Optiker Exklusivverträge bestanden. Diese Markteintrittsschranken existieren heute nicht mehr. Gemäss Aussagen einiger befragten Unternehmen ist die Branche aber immer noch durch eine hohe Lieferantentreue geprägt.

57. Insgesamt scheint der Wettbewerb auf diesem Markt aber nicht durch wesentliche Marktzutrittschranken geschwächt zu werden. Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass der Wettbewerb auf dem Markt für zweitbearbeitete Brillengläser gemäss Aussagen der Parteien und dem Beschluss des Bundeskartellamts vom 17. Juli 2003 trotz der oben erwähnten hohen Innovationsdynamik nicht durch Immaterialgüterrechte (Patente) eingeschränkt wird.

## **Markt für Beschichtungstechnologie und -geräte**

58. Leybold Optics, eine Portfolio-Gesellschaft von EQT III, ist im globalen Markt für Beschichtungstechnologie und -geräte für kleinere, transparente Objekte aus Glas und Plastik tätig. Es handelt sich um einen vorgelagerten Markt in Bezug auf das Brillenglasgeschäft von Carl Zeiss und SOLA.

59. In geringem Ausmass und vorwiegend für den Eigenbedarf ist auch Carl Zeiss in diesem Markt aktiv. [...]. Die Beziehung zwischen diesen beiden Unternehmen ist überwiegend vertikaler Natur. Carl Zeiss liefert keine Beschichtungstechnologie oder ausrüstung in die Schweiz. Daher führt das Zusammenschlussvorhaben in der Schweiz zu keinen Überschneidungen.

<sup>10</sup>Vgl. Fussnote 4.

60. Die meldenden Unternehmen gehen von einem weltweiten Gesamtumsatz von ungefähr € [...] aus. Der im Jahr 2003 von Leybold Optics erzielte Umsatz mit Beschichtungstechnologie und -geräten beläuft sich auf rund € [...] während der in der Schweiz erzielte Umsatz ca. € [...] beträgt. Die geschätzten Marktanteile werden in Tabelle 5 wiedergegeben.

Tab. 5: Markt für Beschichtungstechnologie und -geräte

<i>Unternehmen</i>	<i>Schätzung der Marktanteile</i>
Shincron, Japan	[20%-30%]
Optorun, Japan	[10%-20%]
Showa Denko, Japan	[10%-20%]
Leybold Optics	[10%-20%]
Satis Vacuum, Schweiz	[0%-10%]
Singulus, Deutschland	[10%-20%]
andere, vor allem asiatische Unternehmen	[20%-30%]

Quelle: Schätzung der Parteien

61. Aus Tabelle 5 geht hervor, dass der Markt für Beschichtungstechnologie und -geräte vermutlich kein betroffener Markt im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU ist.

### **Zusammenfassung**

62. Im Markt für erstbearbeitetes Brillenglas ist vor allem SOLA tätig, während in der Schweiz Carl Zeiss insbesondere im Markt für zweitbearbeitete Brillengläser tätig ist.

63. Im schweizerischen Markt für zweitbearbeitete Brillengläser ist die Marktanteilsaddition von ungefähr [0%-10%] unproblematisch. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund einer genügenden aktuellen und potenziellen Konkurrenz.

64. Auf den weltweiten Märkten für Brillenglasrohlinge/Rohmaterial und Beschichtungstechnologie führt das Zusammenschlussvorhaben zu keinen beziehungsweise kleinen Überschneidungen.

65. Nach dem geplanten Zusammenschluss wird Carl Zeiss/SOLA auf allen Marktstufen der Brillenglas-Wertschöpfungskette tätig sein. Diese vertikale Integration führt jedoch nicht zu wettbewerblichen Bedenken, da der Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten für sämtliche Wettbewerber stets gewährleistet ist.<sup>11</sup>

### **D Ergebnis**

66. Im vorliegenden Fall sind zwei Märkte im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU betroffen. Zum einen ist dies der Markt für zweitbearbeitetes Brillenglas-Substrat, zum anderen der Markt für Brillenglasrohlinge. Aus den oben genannten Gründen wird auf keinem der beiden Märkte eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Erwerbs der gemeinsamen Kontrolle über SOLA International Inc. durch Carl Zeiss AG und EQT III nach Artikel 10 KG sind daher nicht gegeben.

<sup>11</sup> Detailliertere Erläuterungen sind zu finden in: Commission of the European Communities, Case n° COMP/M.3670 - Zeiss/EQT/SOLA JV, Rz. 21 ff.

B 2.3

**3. Stora Enso/Schneider**

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

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

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

*Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 22. Juli 2005*

**A Sachverhalt****Zusammenschlussvorhaben**

1. Am 24. Juni 2005 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung über das oben erwähnte Zusammenschlussvorhaben ein. Demgemäss beabsichtigen die Papyrus AB (hiernach: Papyrus) und weitere Gesellschaften, welche alle hundertprozentige Tochtergesellschaften der Stora Enso Oyj (hiernach: Stora Enso) und demnach Teil der Stora Enso Gruppe sind, den Erwerb der alleinigen Kontrolle über die G. Schneider & Söhne GmbH & Co. KG (hiernach: Schneider). Als meldende Unternehmen gelten im vorliegenden Zusammenschluss die Stora Enso sowie deren Tochtergesellschaften.

2. Bei der Stora Enso handelt es sich um einen schwedisch-finnischen Forstindustriekonzern, welcher Presse- und Katalogpapier, Feinpapier, Verpackungskarton sowie Holzprodukte herstellt. Die Stora Enso ist in der Schweiz durch ihre hundertprozentige Tochtergesellschaft, die Stora Enso (Schweiz) AG, vertreten. Deren Geschäftstätigkeit umfasst den Verkauf von Papier- und Kartonerzeugnissen in der Schweiz. Über die Papyrus, welche am 7. April 2005 zwei weitere Papiergrosshändler, Scaldia BV (hiernach: Scaldia) und Papeteries de France (hiernach: PdF) übernommen hat, ist die Stora Enso im Papiergrosshandel tätig. Die Papyrus hat in der Schweiz keinen Sitz beziehungsweise keine Zweigniederlassung.

3. Zielgesellschaft des zu beurteilenden Zusammenschlussvorhabens ist Schneider mit Sitz in Ettlingen, Deutschland. Sie ist überwiegend im Papiergrosshandel tätig.

4. Über die Schneider Papier Benelux BV, Niederlande, gehören Schneider 80% der Anteile an Sihl + Eika Papier AG (hiernach: Sihl + Eika) mit Sitz in Thalwil. Sihl + Eika ist die hundertprozentige Muttergesellschaft der Giger Papier AG (hiernach: Giger), deren Hauptsitz sich ebenfalls in Thalwil befindet. In der Schweiz ist Schneider demnach im Bereich Papiergrosshandel mit ihren beiden Tochtergesellschaften Sihl + Eika beziehungsweise Giger vertreten.

5. Es werden keine weiteren Unternehmen in den zur Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens relevanten Geschäftsfeldern von Schneider kontrolliert.

6. Das Zusammenschlussvorhaben wurde am 17. Juni 2005 ebenfalls der Europäischen Kommission gemeldet. Die Parteien haben das Sekretariat der Wettbewerbskommission ermächtigt, direkt mit der Europäischen Wettbewerbsbehörde zusammenzuarbeiten.

7. Mit dem vorliegenden Zusammenschlussvorhaben bezweckt Stora Enso, Aktivitäten im Bereich des Papiergrosshandels in Deutschland und der Schweiz aufzunehmen. Erklärtes Ziel des Erwerbs der Schneider ist eine bessere Effizienz und Kapazitätsnutzung, ein breiteres Angebot und grössere Kundennähe.

**B Erwägungen****B.1 Geltungsbereich**

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

**B.1.1 Unternehmen**

9. Als Unternehmen gelten gemäss Artikel 2 Absatz 1<sup>bis</sup> KG sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform. Die am vorliegenden Zusammenschluss beteiligten Gesellschaften sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

**B.1.2 Unternehmenszusammenschluss**

10. Gemäss Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG gilt als 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.

11. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben umfasst die Übernahme sämtlicher Anteile an Schneider durch die Stora Enso respektive deren Tochtergesellschaft Papyrus und weitere Tochtergesellschaften. Die vorliegende Akquisition stellt demnach einen Kontrollerwerb gemäss Artikel 1 Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996 (VKU; SR 251.4) in Verbindung mit Artikel 4 Absatz 3 KG dar.

12. Papyrus hat am 25. April 2005 mit Schneider ein Memorandum of Understanding unterzeichnet, in welchem die Grundzüge der geplanten Übernahme geregelt sind. Die Parteien beabsichtigen zur Regelung des Zusammenschlussvorhabens die Unterzeichnung eines "Share Purchase Agreement". Demgemäss soll die Übernahme in vier Teilschritten vollzogen werden und bis zum 31. Juli 2007 abgeschlossen sein.



## B.2 Meldepflicht

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

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

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

14. Wie aus der nachfolgenden Tabelle ersichtlich ist, erreichen die beteiligten Unternehmen die Umsatzschwellen gemäss Artikel 9 Absatz 1 Buchstaben a und b KG. Weltweit erzielten sie zusammengenommen einen Umsatz von über CHF 2 Mia. In der Schweiz erwirtschafteten Stora Enso und Schneider einen Umsatz von je mindestens CHF 100 Mio. Somit handelt es sich beim vorliegenden Sachverhalt um einen meldepflichtigen Zusammenschluss im Sinne von Artikel 9 KG.

**Tabelle 1: Umsätze der betroffenen Unternehmen im Jahr 2004**

Unternehmen	Weltweiter Umsatz	Umsatz in der Schweiz
Stora Enso	CHF [...] Mia.	CHF [...] Mio.
Schneider	CHF [...] Mia.	CHF [...] Mio.
Total	> CHF 2 Mia.	> CHF 100 Mio.

Quelle: Umsätze gemäss Angaben der Parteien

## B.3 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens nach erfolgter vorläufiger Prüfung

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

16. Um zu beurteilen, ob Anhaltspunkte dafür bestehen, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, sind zunächst die relevanten Märkte abzugrenzen. In einem zweiten Schritt wird die Veränderung der Stellung der beteiligten Unternehmen auf diesen Märkten durch den geplanten Zusammenschluss beurteilt.

## C Beurteilung

### C.1 Papiergrosshandel

17. Unternehmenszusammenschlüsse können Auswirkungen auf die Absatz- und die Beschaffungsmärkte der beteiligten Unternehmen haben (RPW 1999/1, S. 101, Rz. 14). In den nachfolgenden Erwägungen zu den sachlich und den räumlich relevanten Märkten des Papiergrosshandels werden jeweils zuerst

a) die Absatzmärkte, auf denen Stora Enso und Schneider als Anbieter beispielsweise Druckereien gegenüberstehen und danach

b) die Beschaffungsmärkte, auf denen Stora Enso und Schneider als Nachfrager insbesondere Herstellern von Feinpapier<sup>1</sup> gegenüberstehen,

analysiert.

#### C.1.1 Sachlich relevante Märkte

18. In sachlicher Hinsicht umfasst der relevante Markt alle Waren und Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

#### Absatzmärkte

19. Die Marktgegenseite der Papiergrosshändler auf dem Absatzmarkt sind einerseits Endkunden wie Druckereien und kleine und mittlere Unternehmen (KMU), welche Papier für Ihre Büroaktivitäten benötigen, und andererseits Zwischenhändler wie Anbieter von Bürobedarfsartikeln und Händler, welche ein breites Sortiment von Produkten für Druckereien und Verlage führen. Grosse Unternehmen beziehen ihr Papier meist direkt bei den Papierherstellern.

20. In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung der Europäischen Kommission ist der Bezug über den Papiergrosshandel vom Direktverkauf durch den Hersteller abzugrenzen, da die Unterschiede in Angebotspalette, Marktstruktur, Logistik und Preisniveau einer Substituierbarkeit der Vertriebswege entgegen stehen.<sup>2</sup>

#### Beschaffungsmärkte

21. Auf dem Beschaffungsmarkt bilden die Papierhersteller, insbesondere die Hersteller von Feinpapier, aber auch von Verpackungskarton und Durchschlagspapier, die Marktgegenseite des Papiergrosshandels. Die Papierherstellung ist demnach ein dem Papiergrosshandel vorgelagerter Markt.

<sup>1</sup> Feinpapier ist von Magazin- (Zeitung- und Zeitschriftenpapier) und Verpackungspapier abzugrenzen. Manchmal wird der Begriff Feinpapier nur für grossformatiges Papier verwendet und so vom Büro Papier ("cut size") abgegrenzt. Vorliegend wird davon ausgegangen, dass Fein- ebenfalls Büropapier umfasst. Man unterscheidet zwischen ungestrichenem holzhaltigem, ungestrichenem holzfreiem, gestrichenem holzhaltigem und gestrichenem holzfreiem Papier.

<sup>2</sup> Case COMP/M.3721 Stora Enso/Scaldia/PdF vom 08.04.2005; Case COMP/M.3227 Paperlinx/Buhrmann Paper Merchandising Division vom 10.10.2003, Rz. 11 f.

22. Feinpapier wird von Papierproduzenten hergestellt, die nebst Feinpapier meist weitere Papier- und Kartonsorten anbieten. Papierhersteller liefern Feinpapier insbesondere an den Papiergrosshandel, an Hersteller von Briefpapier und Couverts, Verlage, Druckereien und direkt an grössere Endkunden wie beispielsweise Banken.

### **C.1.2 Räumlich relevante Märkte**

23. 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).

#### **Absatzmärkte**

24. Die Marktgegenseite auf dem Absatzmarkt des Papiergrosshandels bezieht ihre Produkte zu einem grossen Teil in der Schweiz. Aus Sicht der Nachfrager ist der räumlich relevante Markt somit national abzugrenzen.

25. Die Europäische Kommission betrachtet den räumlich relevanten Markt für Kunden von Papiergrosshändlern als nicht grösser als national. Insbesondere für Druckereien ist die lokale Präsenz ihrer Papiergrosshändler von zentraler Bedeutung.<sup>3</sup>

#### **Beschaffungsmärkte**

26. Auf der Beschaffungsebene ist von einem europäischen als räumlich relevanten Markt auszugehen. So verkaufen Papierhersteller in der Schweiz in der Regel mindestens die Hälfte ihrer Produktion an Kunden im Ausland. Verschiedene ausländische Papierhersteller liefern ihre Produkte sowohl an Grosshändler wie auch an Endabnehmer in der Schweiz. Schweizer Papiergrosshändler sind dabei wichtige Nachfrager von ausländischem Papier, beziehen sie doch in der Regel mehr als die Hälfte ihres Papiers aus dem Ausland.

### **C.2 Produktion von Getränkekarton**

#### **C.2.1 Sachlich relevante Märkte**

27. Getränkekarton wird vom Hersteller an so genannte Konverter-Unternehmen, wie beispielsweise Tetra Pak, verkauft. Diese stellen daraus Getränkekarton für Flüssigkeiten her.<sup>4</sup>

28. In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung der Europäischen Kommission stellt der Markt für die Produktion von Getränkekarton einen eigenständigen sachlich relevanten Markt dar.<sup>5</sup>

29. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, erfolgt der Verkauf von Getränkekartons ausschliesslich durch Direktverkauf. Die Zielgesellschaft ist in der Produktion von Getränkekartons nicht tätig. Da das Zusammenschlussvorhaben im Markt für die Produktion von Getränkekartons keine Auswirkungen auf die Marktstellung des erwerbenden Unternehmens inklusive ihrer Tochtergesellschaften hat, wird auf eine eingehendere Erörterung des sachlich relevanten Marktes verzichtet.

#### **C.2.2 Räumlich relevante Märkte**

30. Der Rechtsprechung der Europäischen Kommission folgend wird der räumlich relevante Markt als euro-

paweit betrachtet, wobei gemäss europäischer Praxis Faktoren bestehen, welche eine tendenzielle Entwicklung zu einem umfassenderen Markt bewirken könnten.<sup>6</sup>

31. Gemäss nachfolgenden Ausführungen begründet oder verstärkt das Zusammenschlussvorhaben bei jeder plausiblen räumlichen Marktabgrenzung keine marktbeherrschende Stellung, sodass die Frage nach der genauen räumlichen Marktabgrenzung letztlich offen gelassen werden kann.

### **C.3 Produktion von laminiertem Papier**

#### **C.3.1 Sachlich relevante Märkte**

32. Laminiertes Papier wird für Küchentischplatten, Wandplatten, Türen und Böden, wie auch für Maschinenteile und Elektro-Produkte verwendet. Die Marktgegenseite auf dem Absatzmarkt ist folglich unter anderem Hersteller von Möbeln, Türen, Böden und Elektro-Produkten.

33. Der Markt für die Produktion von laminiertem Papier wurde bis anhin von der Europäischen Kommission nicht definiert.

34. Der Verkauf von laminiertem Papier erfolgt ausschliesslich direkt an den Endkunden, nicht über den Papiergrosshandel. Aufgrund der Tatsache, dass das zu erwerbende Unternehmen nicht im Bereich der Produktion von laminiertem Papier tätig ist, führt das Zusammenschlussvorhaben in diesem Markt zu keiner Marktanteilsaddition. Wie unten dargelegt, bewirkt das Zusammenschlussvorhaben weder eine Veränderung der Marktstruktur noch der -position der zu erwerbenden Gesellschaft inklusive ihrer Tochtergesellschaften. Aus diesem Grund wird wiederum auf nähere Ausführungen zum sachlich relevanten Markt verzichtet.

#### **C.3.2 Räumlich relevante Märkte**

35. Nachfrager von laminiertem Papier tätigen ihre Einkäufe europaweit. Der räumlich relevante Markt kann demnach als europäischer Markt bezeichnet werden.

36. Noch besteht keine schweizerische oder europäische Rechtsprechung zum räumlich relevanten Markt für die Produktion von laminiertem Papier. Bei ähnlichen Produkten wie beispielsweise Getränkekarton beurteilt die Europäische Kommission den Markt als mindestens EWR-weit.

<sup>3</sup> Case COMP/M.3227 Paperlinx/Buhrmann Paper Merchandising Division vom 10.10.2003, Rz. 13 f.

<sup>4</sup> Case COMP/M.1225 Enso/Stora, Rz. 22.

<sup>5</sup> Case COMP/M.1225 Enso/Stora, Rz. 31.

<sup>6</sup> Case COMP/M.1225 Enso/Stora, Rz. 52 ff.

37. Gemäss nachfolgenden Ausführungen begründet oder verstärkt das Zusammenschlussvorhaben bei jeder plausiblen räumlichen Marktabgrenzung keine marktbeherrschende Stellung, so dass die Frage nach der genauen räumlichen Marktabgrenzung letztlich offen gelassen werden kann.

#### C.4 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

38. Es werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20% oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30% oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. In der Regel erübrigt sich dann eine nähere Prüfung.

39. Wie in Tabelle 2 ersichtlich, werden diese Schwellen für drei Märkte erreicht: die Produktion von laminiertem Papier, die Produktion von Getränkekarton und den Papiergrosshandel. Durch den geplanten Zusammenschluss ist demnach der Papiergrosshandel betroffen. Als diesem Bereich vorgelagerter Markt wird zudem die Tätigkeit der Stora Enso im Bereich der Produktion von Feinpapier, von Zeitschriften- und Zeitungspapier tangiert. Die Tätigkeitsfelder der beiden Unternehmen überschneiden sich dabei lediglich im Markt für Papiergrosshandel.

**Tabelle 2: Marktanteile in den betroffenen Märkten und im Markt für die Produktion von Feinpapier, 2004**

Produktmärkte	Räumlich	Stora Enso	Schneider
<u>Betroffene Märkte</u>			
Produktion von laminiertem Papier	EWR+CH <sup>7</sup>	> 30%	-
Produktion von Getränkekarton	EWR+CH	> 30%	-
Papiergrosshandel - Absatzmarkt	CH	gemeinsam > 20%	
- Beschaffungsmarkt	EWR + CH	gemeinsam < 20%	
<u>Weiterer Markt</u>			
Produktion von Feinpapier	EWR+CH	< 30% <sup>8</sup>	-

Quelle: Angaben der Parteien; für den Beschaffungsmarkt Papiergrosshandel EWR+CH zudem eigene Berechnungen; Marktanteil Papiergrosshandel in der Schweiz gemäss eigenen Abklärungen

40. Aus Tabelle 2 ist ersichtlich, dass Schneider weder in der Produktion von Getränkekarton noch in der Produktion von laminiertem Papier tätig ist. Auch werden diese beiden Produkte nicht von ihr vertrie-

ben. Getränkekartons und laminiertes Papier werden einzig direkt durch die Hersteller vertrieben. Der Papiergrosshandel ist daher weder aktueller noch potenzieller Konkurrent der Produzenten von Getränkekarton und laminiertem Papier. Deshalb wird die Marktstruktur durch den geplanten Zusammenschluss nicht verändert. Nachfolgend wird aus diesem Grund lediglich die Stellung auf dem Markt für Papiergrosshandel eingehender beurteilt.

41. Im Jahr 2004 hat Stora Enso über ihre Tochtergesellschaft Payprus [...] to Papier in die Schweiz verkauft, was einem marginalen Anteil des Umsatzes im schweizerischen Papiergrosshandel entspricht (vgl. Tabelle 2). Scaldia und PdF tätigten 2004 keine Verkäufe in die Schweiz.

42. Analog zu den vorhergehenden Ausführungen wird im Folgenden zuerst der Absatz- und anschliessend der Beschaffungsmarkt analysiert.

#### Absatzmarkt

43. Durch das Zusammenschlussvorhaben kann sich Stora Enso in Deutschland und der Schweiz im Bereich des Papiergrosshandels etablieren. Bis anhin war Stora Enso in diesen räumlichen Märkten als Papiergrosshändler nicht präsent.

44. Wie man Tabelle 3 entnehmen kann, ist die Antalis AG im Jahr 2004 Marktführerin im schweizerischen Papiergrosshandel. Mit ihrer Tochtergesellschaft Sihl + Eika ist die vom geplanten Zusammenschluss betroffene Schneider der zweitgrösste Papiergrosshändler auf dem Schweizer Markt, gefolgt von der Inapa Schweiz AG (seit 1.7.2004 Besitzerin der Baumgartner Papier AG). Die drei grössten Papiergrosshändler in der Schweiz haben einen gemeinsamen Marktanteil von [70%-100%], der vom Zusammenschluss betroffene Absatzmarkt ist demnach stark konzentriert. Damit ist die Frage der kollektiven Marktbeherrschung angesprochen. Der geplante Zusammenschluss wird diesbezüglich jedoch nichts an den Wettbewerbsverhältnissen ändern, da Stora Enso bis anhin nur ein marginaler Konkurrent von Schneider auf dem Schweizer Absatzmarkt war. So tätigt Stora Enso von der Schweiz aus keinen Handel mit Papier, und Importe in diesen Markt durch Stora Enso respektive ihrer Tochter Papyrus sind minim, weshalb Papyrus eher als potenzieller Konkurrent zu betrachten ist. Hierzu ist

<sup>7</sup> Angaben zu Marktanteilen in der Schweiz für die Märkte Produktion von laminiertem Papier und Getränkekartons konnten von der meldenden Partei auch nach Rückfrage nicht in Erfahrung gebracht werden.

<sup>8</sup> Die Parteien geben an, dass Stora Enso bei der Produktion von Fein-, Zeitschriften- und Zeitungspapier einen Marktanteil von < 30% im EWR+CH Gebiet innehat. Geht man davon aus, dass grosse Papierhersteller in der Regel die ganze Palette an Fein- und Magazinpapier produziert, so kann als einfache Schätzung ebenfalls < 30% für den Marktanteil der Stora Enso an Feinpapier angenommen werden.

anzumerken, dass alle Papierhersteller der umliegenden Länder als potenzielle Konkurrenten angesehen werden können. Da die Marktanteiladdition durch das Zusammenschlussvorhaben demnach äusserst gering ausfällt und potenzielle Konkurrenz vorhanden ist, kann das Zusammenschlussvorhaben dennoch als unbedenklich angesehen werden.

**Tabelle 3: Marktanteile im Schweizer Papier-grosshandel, 2003, 2004**

Händler	Umsatz [CHF Mio.]		Marktanteil [%]	
	2003	2004	2003	2004
Antalis AG	[...]	[...]	[30-40]	[30-40]
Sihl + Eika <sup>9</sup>	[...]	[...]	[20-30]	[20-30]
Inapa Schweiz AG <sup>10</sup>	[...]	[...]	[20-30]	[20-30]
Baumgartner Papier AG <sup>11</sup>	[...]	[...]	[10-20]	[10-20]
Fischer Papier AG	[...]	[...]	[10-20]	[10-20]
Selcop AG	[...]	[...]	[0-10]	[0-10]
Total	[...]	[...]	100	100

Quelle: Umsätze gemäss Angaben der jeweiligen Unternehmen

### Beschaffungsmarkt

45. Tabelle 4 listet die neun führenden Papiergrosshändler im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) auf. Sie haben zusammen einen Marktanteil von rund 90% und sind in der Regel Länder übergreifend tätig. Der grösste Papiergrosshändler ist die PaperlinX. Durch den geplanten Zusammenschluss werden Schneider und die zu Stora Enso gehörende Papyrus zum zweitgrössten Papiergrossisten im EWR-Raum.

**Tabelle 4: Führende Papiergrosshändler im EWR,<sup>12</sup> 2004**

Papiergrosshändler	Marktanteil [%]
PaperlinX	[20-30]
Antalis	[10-20]
Igepa	[10-20]
MAP	[10-20]
<b>Schneider</b>	<b>[0-10]</b>
Inapa	[0-10]
<b>Papyrus<sup>13</sup></b>	<b>[0-10]</b>
Torras	[0-10]
Borga	[0-10]
Andere	[0-10]
Total	100

Quelle: Marktanteil der neun umsatzstärksten Papiergrosshändler gemäss Angaben der Parteien, "Andere" gemäss eigenen Recherchen

46. In der Schweiz tätige Papiergrosshändler beziehen ihre Papiereinkäufe in der Regel zu weitaus mehr als 50% im Ausland. Ein Grossteil der Schweizer Papiergrossisten hat 2004 bei Stora Enso Papier bezogen, wobei die Lieferungen sich in der Regel auf wenige Prozentpunkte ihres Umsatzes beliefen. Die schweizerischen Papiergrossisten verfügen somit auch bei einem allfälligen Wegfall der Möglichkeit, bei Stora Enso zu beziehen, über andere Bezugsquellen. Ebenso sind Papierhersteller in der Schweiz zumeist stark international ausgerichtet. Nebst dem Papiergrosshandel verkaufen Papierhersteller ihre Produkte direkt an Endkunden. Der Papiergrosshandel ist verglichen mit dem Direktverkauf an Endkunden im Allgemeinen der bedeutendere Absatzkanal für Papierhersteller.

<sup>9</sup> Inklusive Umsatz ihrer Tochter Giger.

<sup>10</sup> Auf Mitte 2004 übernahm die Inapa Gruppe die Baumgartner Papier AG. Die angegebenen Werte für 2004 beinhalten deshalb die Umsätze der Inapa Schweiz AG der Baumgartner Papier AG.

<sup>11</sup> Vgl. vorhergehende Fussnote.

<sup>12</sup> Die in Tabelle 4 aufgezeigten Marktanteile verändern sich durch den Einbezug der Marktanteile der im Papiergrosshandel tätigen Unternehmen der Schweiz, also für das Gebiet EWR plus Schweiz, nur unwesentlich, sodass zur Illustration der Marktverhältnisse in diesem Gebiet ebenfalls Tabelle 4 verwendet werden kann.

<sup>13</sup> Der angegebene Marktanteil der Papyrus schliesst die Marktanteile von Scaldia und Pdf mit ein.

47. Der Grossteil der Schweizer Papierhersteller liefert einen bedeutenden Anteil ihrer Produktion an Schneider beziehungsweise deren Tochtergesellschaften. Die vertikale Integration von Stora Enso als Papierhersteller und Schneider als Nachfrager von Papierprodukten könnte dazu führen, dass Stora Enso seine Produkte vermehrt über Schneider vertreibt und damit Schweizer Papierhersteller an Umsatz mit Schneider verlieren. Gemäss Ermittlungen des Sekretariats der Wettbewerbskommission verfügen die betroffenen Papierhersteller aber nebst Schneider über verschiedene aktuelle und potenzielle Absatzmöglichkeiten, mit denen sie diesem potenziellen Verlust entgegenwirken können.

48. Durch den geplanten Zusammenschluss vereinen sich zwei bedeutende Nachfrager im europäischen

Markt für Papiergrosshandel. Es kann jedoch davon ausgegangen werden, dass, wie Tabelle 4 zeigt, weiterhin ein aktiver Wettbewerb besteht. Deshalb kann der geplante Zusammenschluss auch auf dieser Ebene als unbedenklich beurteilt werden.

#### *D Ergebnis*

49. Die vorläufige Prüfung ergibt, dass der Zusammenschluss aufgrund der vorgenannten Gründe keine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses gemäss Artikel 10 KG sind demnach nicht gegeben.

50. Für die Beurteilung der vorliegenden Meldung wird eine Pauschalgebühr von CHF [...] erhoben.

B 2.3

4. *JCI/Bosch – Europäisches Starterbatteriegeschäft von Delphi*

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

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

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

*Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 8. Juli 2005*

#### **A Zusammenschlussvorhaben**

1. Am 31. Mai 2005 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die vollständige Meldung über das eingangs erwähnte Zusammenschlussvorhaben ein. Demgemäss beabsichtigen die Johnson Controls, Inc. (nachfolgend: JCI) und die Robert Bosch GmbH (nachfolgend: Bosch), über Tochtergesellschaften des gemeinsam kontrollierten Gemeinschaftsunternehmens VB Autobatterien GmbH (nachfolgend: VB) den Unternehmensbereich des europäischen Auto- beziehungsweise Starterbatteriegeschäfts der Delphi Corporation (nachfolgend: Delphi) zu erwerben.

2. Die Geschäftstätigkeit der JCI mit Sitz in Milwaukee, Wisconsin (USA), umfasst insbesondere die Bereiche der Automobil-Innenausstattung, die Regelungstechnik und das Gebäudemanagement. In der Automobilindustrie ist JCI einer der bedeutendsten Lieferanten von integrierten Autositz- und Innenraumsystemen sowie von Autobatterien.

3. Bosch mit Sitz in Stuttgart ist weltweit in den Gebieten der Kraftfahrzeug-, der Gebrauchsgüter- und Gebäudetechnik (Elektrowerkzeuge, Thermotechnologie, Sicherheitstechnologie, Breitbandkommunikation, Heimwerkergeräte) sowie im Bereich der Industrietechnik (Automations- und Verpackungstechnologie) tätig. Durch ihre Beteiligung und den daraus resultierenden Kontroll- und Einflussmöglichkeiten an der VB ist Bosch auch im Auto- beziehungsweise Starterbatteriegeschäft aktiv.

4. Das zu erwerbende europäische Auto- beziehungsweise Starterbatteriegeschäft stellt einen Unternehmensbereich von Delphi dar und umfasst die Herstellung sowie den Verkauf von Starterbatterien auf dem Erstausrüstungsmarkt, den Verkauf der Starterbatterien als Originalersatzteile an Automobilhersteller sowie als Ersatzteile an Verbraucher auf dem Handelsmarkt. Im Automobilbereich stellt Delphi neben Starterbatterien weitere Autoteile, integrierte Systeme und Module für Privat- und Nutzfahrzeuge her und ist daneben auch im Bereich der Verbindungssysteme und Unterhaltungselektronik tätig.

5. Delphi möchte sich aus dem Bleibatteriegeschäft zurückziehen, um ihre Ressourcen auf ihre Kerngebiete konzentrieren zu können. Deshalb veräussert Delphi neben dem europäischen ebenso das ausser-europäische Starterbatteriegeschäft an JCI. Dieses übernimmt JCI jedoch alleine und ist mangels Umsatz in

der Schweiz nicht Gegenstand der vorliegenden Meldung. Die Übernahme des Autobatteriegeschäfts von Delphi durch JCI steht im Einklang mit der Strategie von JCI, ein weltweiter Hersteller und Verkäufer von Autobatterien zu werden.

6. Das Zusammenschlussvorhaben wurde am 26. Mai 2005 ebenfalls bei der Europäischen Kommission gemeldet. Diese hat den Zusammenschluss am 30. Juni 2005 freigegeben.<sup>1</sup> Ein Waiver hat die Zusammenarbeit zwischen der europäischen und der schweizerischen Wettbewerbsbehörde sichergestellt.

#### **B Beteiligte Unternehmen**

7. Gemäss Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU; SR 251.4) gelten bei der Erlangung der Kontrolle die kontrollierenden und die kontrollierten Unternehmen als beteiligte Unternehmen. Bildet lediglich ein Teil eines Unternehmens Gegenstand des Zusammenschlusses, so hat nach Artikel 3 Absatz 2 VKU dieser Teil als beteiligtes Unternehmen zu gelten.

8. Für das vorliegende Zusammenschlussvorhaben soll die VB respektive deren Tochtergesellschaften als so genanntes Akquisitionsvehikel dienen. Bei der VB handelt es sich um ein Vollfunktions-Gemeinschaftsunternehmen, das von JCI und Bosch gemeinsam kontrolliert wird. Durch den Verkauf des europäischen Starterbatteriegeschäfts von Delphi an Tochtergesellschaften der VB erlangen JCI und Bosch die gemeinsame Kontrolle über diesen Geschäftsbereich. Für den vorliegenden Zusammenschluss spielt die VB lediglich eine passive Rolle. So sind denn auch nach Vollendung der Transaktion alle wesentlichen Fragen der Geschäftsführung und der allgemeinen Geschäftspolitik gemeinsam durch JCI und Bosch und nicht durch VB zu treffen.

9. Im vorliegenden Fall sind, in Übereinstimmung mit der Europäischen Kommission, die Unternehmen JCI und Bosch als beteiligte und meldepflichtige Unternehmen im Sinne von Artikel 3 Buchstabe b VKU zu bezeichnen.

#### **C Meldepflicht**

10. Gemäss Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (KG; SR 251) gilt als Unternehmenszusammenschluss jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein

<sup>1</sup> Vgl. Pressemitteilung der EU, IP/ 2005.

oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen. Die vorliegende Transaktion stellt einen Zusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 KG dar.

11. Wie aus den nachfolgenden Tabellen ersichtlich ist, erreichen die beteiligten Unternehmen des Weiteren die Umsatzschwellen gemäss Artikel 9 Absatz 1 KG. Somit handelt es sich beim vorliegenden Sachverhalt um einen meldepflichtigen Zusammenschluss im Sinne von Artikel 9 KG.

**Tabelle 1: Weltweite Umsätze der Beteiligten im Jahr 2004**

Umsatz weltweit	in Mio. €
JCI	21'346
Bosch	40'007
europäisches Starterbatteriegeschäft von Delphi	[...]
kumuliert	[...]

**Tabelle 2: Umsätze der Beteiligten im Jahr 2004 in der Schweiz**

Umsatz Schweiz	in Mio. CHF
JCI	[>100]
Bosch	[>100]
europäisches Starterbatteriegeschäft von Delphi	[...]
kumuliert	[...]

## D Beurteilung

### D.1 Relevante Märkte

#### D.1.1 Sachlich relevante Märkte

12. In sachlicher Hinsicht umfasst der relevante Markt alle Waren und Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres Verwendungszwecks als austauschbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

13. Das vorliegende Zusammenschlussvorhaben betrifft das so genannte Starterbatteriegeschäft von Delphi. Die Starterbatterie (auch Auto- oder Fahrzeugbatterie) hat als Hauptaufgabe, beim Anlassen eines Kraftfahrzeugs den elektrischen Anlasser des Verbrennungsmotors anzutreiben. Ausserdem versorgt sie alle weiteren elektrischen Verbraucher im Fahrzeug mit Strom.

14. In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung der Europäischen Kommission ist der Markt für Starterbatterien in die folgenden zwei sachlichen Produktmärkte zu unterteilen: In einen Erstausrüstungs- und

Originalersatzteilemarkt (sog. Original Equipment Manufacturer Markt [OEM-Markt] und Original Equipment Suppliers Markt [OES-Markt]) sowie einen Handels- respektive unabhängigen Ersatzteilemarkt (sog. Independent Aftermarket [IAM-Markt]).<sup>2</sup>

#### OEM/OES-Markt

15. Das OEM-Marktsegment ist gekennzeichnet durch den Absatz von Starterbatterien an die Automobilindustrie zum Einbau in neue Kraftfahrzeuge. Hier zuzurechnen ist weiter auch der Vertrieb von Starterbatterien an die Automobilhersteller als Originalersatzteile (OES-Marktsegment). Die Starterbatterien dieser beiden Marktsegmente sind weitgehend homogen. Deshalb ist sowohl die Nachfrage- als auch die Angebotssubstituierbarkeit gegeben. So müssen die OEM- wie auch die OES-Starterbatterien ähnliche, von den Automobilherstellern vorgeschriebene technische Voraussetzungen erfüllen und werden von diesen zentral eingekauft, gleichentags auf den Markt gebracht und über die eigenen Vertriebssysteme vertrieben und verkauft.

16. Die OEM- und OES-Starterbatterien sind somit demselben sachlich relevanten Markt zuzuordnen.

#### IAM-Markt

17. Der IAM-Markt ist gekennzeichnet durch den Absatz von Starterbatterien an unabhängige Händler für gebrauchte Kraftfahrzeuge. Der Verkauf von IAM-Starterbatterien erfolgt insbesondere an Einkaufsorganisationen, Grosshändler, Supermarktketten, allgemeine Kfz-Ersatzteil-Handelsketten und so genannte fast-fitters, welche die IAM-Starterbatterien sodann an den Endverbraucher weiterverkaufen respektive in dessen Fahrzeug einbauen. IAM-Starterbatterien sind nicht auf spezifische Fahrzeuge eines Automobilherstellers zugeschnitten. Deshalb müssen diese Batterien auch nicht den gleichen Standards gerecht werden, die von den Automobilherstellern für OEM/OES-Starterbatterien gefordert werden. Zwischen den Produzenten und den Abnehmern von IAM-Starterbatterien erfolgen meist auch keine Kooperationen bezüglich F&E, wie dies bei OEM/OES-Starterbatterien oft der Fall ist. Gemäss Abklärungen der Europäischen Kommission betrachten die Abnehmer von OEM/OES- und IAM-Starterbatterien diese folgerichtig auch nicht als substituierbar.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Vgl. Case No COMP/M.2939 *JCI/Bosch/VB Autobatterien JV* vom 18.10.2002; Fall IV/M012 *Varta/Bosch* vom 31.07.1991; ferner zur Unterscheidung in einen Erstausrüster- sowie einen Handelsmarkt betreffend die Marktabgrenzung anderer Autobestandteile: Case No COMP/M.3436 *Continental/Phoenix* vom 26.10.2004; Case No IV/M.1491 *Bosch/Magneti Marelli* vom 25.05.1999.

<sup>3</sup> Vgl. Case No COMP/M.2939 *JCI/Bosch/VB Autobatterien JV* vom 18.10.2002, S. 5.

18. Aus diesen Gründen ist für IAM-Starterbatterien von einem eigenen sachlich relevanten Markt im Bereich der Starterbatterien auszugehen.

**D.1.2 Räumlich relevante Märkte**

19. 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).

20. In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung der Europäischen Kommission ist für den OEM/OES-Markt von einem europäischen als räumlich relevanten Markt auszugehen.<sup>4</sup> Dieselbe Marktabgrenzung gilt für den IAM-Markt.

21. Für die Schweiz sind im Vergleich zum europäischen Wirtschaftsraum aus folgenden Gründen keine Besonderheiten im Bereich von Starterbatterien und somit keine Anzeichen für eine nationale Markt-abgrenzung ersichtlich: Es existieren keine spezifisch schweizerischen Batterien. Diese werden nach europäischen Normen hergestellt, in die Schweiz importiert und verkauft respektive direkt vertrieben. So verfügt lediglich JCI über eine eigene schweizerische Vertriebsgesellschaft. Die weiteren Wettbewerber verfügen grundsätzlich weder über Produktionsanlagen noch über Vertriebsgesellschaften in der Schweiz und verkaufen ihre Starterbatterien an ihre schweizerischen Kunden direkt aus dem Ausland. Beispielsweise bezieht der grösste schweizerische Kunde von Delphi, die [X AG], seine Batterien unter anderem von Delphi aus Deutschland. Weiter bestätigt auch die [Y SA], dass ein Bezug von Starterbatterien aus dem europäischen Wirtschaftsraum problemlos möglich sei.

22. Den Angaben der befragten Unternehmen zufolge sowie aufgrund der einfachen Transportfähigkeit und den relativ geringen Transportkosten können Starterbatterien problemlos im gesamten Europäischen Wirtschaftsraum bezogen werden.<sup>5</sup>

23. Weiter erfolgen nicht zu vernachlässigende Importe aus dem asiatischen Markt (vgl. Rz. 46), weshalb allenfalls auch von einem grösseren räumlich relevanten Markt als dem europäischen ausgegangen werden könnte. Für die vorliegende Beurteilung soll der relevante Markt jedoch den europäischen Wirtschaftsraum umfassen. Die soeben angesprochenen Importe werden jedoch im Rahmen der Würdigung der Wettbewerbsverhältnisse berücksichtigt.

**D.2 Betroffene Märkte**

24. Gemäss Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU werden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte einer eingehenden Analyse unterzogen, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20% oder mehr beträgt oder sich der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen auf 30% oder mehr beläuft. Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann in der Regel von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden. Diesfalls erübrigt sich grundsätzlich eine nähere Prüfung.

25. Zur Bestimmung der betroffenen Märkte nach Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU ist nachfolgend auf die Schweizer Marktanteile der Zusammenschlussparteien einzugehen. Vorab ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die wettbewerbsrechtliche Analyse vorliegend nicht auf den schweizerischen Marktanteilen basiert, da von einem europäischen räumlich relevanten Markt auszugehen ist. Die Prüfung des Zusammenschlusses ist somit anhand der im europäischen Wirtschaftsraum erzielten Marktanteile vorzunehmen.

**OEM/OES-Markt**

26. Der Tabelle 3 ist zu entnehmen, dass der umsatzmässige gemeinsame Marktanteil der Zusammenschlussparteien im OEM/OES-Markt nach dem Zusammenschluss ca. [10%-20%] beträgt. Werden die Marktanteile jedoch anhand der abgesetzten Menge gemessen, ergibt sich ein gemeinsamer Marktanteil in der Schweiz von rund [10%-20%].

**Tabelle 3: OEM/OES-Marktanteile im Jahr 2004 in der Schweiz**

<i>OEM/OES-Marktanteile Schweiz (2004)</i>				
	Umsatz		Stückzahl	
	in 1'000 Euro	Marktanteil	in 1'000 Stück	Marktanteil
JCI/Bosch	[...]	[10%-20%]	[...]	[10%-20%]
Delphi	[...]	[0%-10%]	[...]	[0%-10%]
Gemeinsam	[...]	[10%-20%]	[...]	[10%-20%]
Marktvolumen	[...]	100%	[...]	100%

<sup>4</sup> Vgl. Case No COMP/M.2939 *JCI/Bosch/VB Autobatterien JV* vom 18.10.2002, S. 4.

<sup>5</sup> Vgl. Case No COMP/M.2939 *JCI/Bosch/VB Autobatterien JV* vom 18.10.2002, S. 5 f.



**Tabelle 4: OEM/OES-Marktanteile im Jahr 2004 in Europa**

OEM/OES-Marktanteile Europa (2004)				
	Umsatz		Stückzahl	
	in 1'000 €	Marktanteil	in 1'000 Stück	Marktanteil
JCI/Bosch	[...]	[40%-50%]	[...]	[40%-50%]
Delphi	[...]	[0%-10%]	[...]	[0%-10%]
Gemeinsam	[...]	[40%-50%]	[...]	[40%-50%]
Marktvolumen	[...]	100%	[...]	100%

27. Aufgrund des Marktanteils von rund [10%-20%] gemessen am Umsatz der beteiligten Parteien ist grundsätzlich nicht von einem betroffenen Markt auszugehen. Eine nähere Prüfung würde sich deshalb in der Regel erübrigen. Da der Marktanteil gemessen an der abgesetzten Menge der beteiligten Parteien jedoch gerade die 20%-Marktanteilsgrenze nach Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU erreicht, sind nachfolgend dennoch einige Ausführungen zum OEM/OES-Markt zu machen.

28. Die gemeinsamen Marktanteile der Zusammenschlussparteien betragen im vorliegend räumlich relevanten europäischen Markt, gemessen an der abgesetzten Menge rund [40%-50%].

29. Trotz dieser beachtlichen Marktanteile der Zusammenschlussparteien sind im OEM/OES-Markt neben den am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen weitere, starke Konkurrenten tätig, die Wettbewerbsdruck erzeugen. So verfügt die amerikanische Firma Exide im relevanten Markt, gemessen an der abgesetzten Menge, über einen Marktanteil von rund [20%-30%] und die italienische Unternehmung Fiamm über einen solchen von rund [0%-10%]. Weiter sind Delphi's Verkäufe in den letzten Jahren stabil geblieben beziehungsweise haben sogar abgenommen.

30. Die ungleiche Marktanteilsverteilung ist zum einen insofern zu relativieren, als dass der Verlust bloss eines Kunden die Marktanteile aufgrund der starken Marktgegenseite (vgl. Rz. 33 ff.) wesentlich verändern kann. Allerdings haben sich die Marktanteile der Wettbewerber in den vergangenen Jahren nicht wesentlich verändert. Dennoch hat die Möglichkeit des Wegfallens eines solchen Kunden eine disziplinierende Wirkung auf das Wettbewerbsverhalten.

31. Zum anderen ist zu bedenken, dass sich der Wettbewerb bei einer hohen Substituierbarkeit der Produkte vor allem über den Preis abspielt. In einer solchen Situation kann ein Konkurrent seinen Marktanteil durch einen Preisabschlag wesentlich steigern.

32. Der Wettbewerbsdruck wird unter anderem auch dadurch veranschaulicht, dass die Batteriepreise trotz

steigender Rohmaterialkosten während der vergangenen rund 15 Jahre gesunken sind. Weiter verfügen die Wettbewerber in diesem Markt über Kapazitätsüberschüsse, die den Preisdruck zusätzlich verstärken. Aus dem aussereuropäischen Raum importierende Unternehmen disziplinieren das Wettbewerbsverhalten der beteiligten Unternehmen zusätzlich (vgl. Rz. 46).

33. Weiter handelt es sich bei den Abnehmern von OEM/OES-Batterien um eine begrenzte Zahl grosser, gut informierter und preissensitiver Unternehmen.<sup>6</sup> So sind auch die Kunden in der Schweiz allesamt den international tätigen Automobilherstellern wie beispielsweise Ford, BMW und VW/Audi zugehörig respektive diesen anzurechnen.

34. Aufgrund der starken Stellung sind die Abnehmer von OEM/OES-Batterien in der Lage, einerseits gute Kaufbedingungen zu vereinbaren. Andererseits haben sie die Möglichkeit, ihre Lieferanten ohne grosse Schwierigkeiten zu wechseln. So beziehen die Abnehmer die OEM/OES-Batterien bereits jetzt von unterschiedlichen Herstellern (sog. multi-sourcing Strategie). Dies verringert die Kosten für einen Anbieterwechsel und damit eine allfällige Abhängigkeit von einem einzelnen Anbieter, die diesem erlauben würde, sich unabhängig zu verhalten. Eine unabhängige Verhaltensweise eines Anbieters wird auch insofern nicht ermöglicht, als dass die Automobilhersteller oder die Hersteller von anderen Automobilteilen verhältnismässig einfach in den Markt eintreten können, da diese über die notwendigen finanziellen Mittel und insbesondere bereits über ein Vertriebssystem verfügen. Ferner haben die Abnehmer von OEM/OES-Starterbatterien eine genügende Auswahl oben genannter, alternativer Hersteller, welche sehr nahe Substitute anbieten. Letzteres wurde von BMW Group Switzerland oder der AMAG Automobil- und Motoren AG bestätigt.

35. Durch die Einführung von globalen Online-Auktionen für die grossen Kunden im OEM/OES-Markt (z.B. Daimler-Chrysler) können Starterbatterien zudem mehr und mehr global bezogen werden. Die beteiligten Unternehmen gehen davon aus, dass grosse japanische oder chinesische Hersteller von Starterbatterien versuchen werden, durch diese Auktionen in den europäischen Markt einzutreten.

36. Aufgrund der ausgereiften Technologie von Starterbatterien, welche ohne grosse Schwierigkeiten kopiert werden kann, sind die Markteintrittsschranken als relativ tief zu betrachten. Eine nennenswerte Zutrittsschranke besteht jedoch in der Notwendigkeit,

<sup>6</sup> Vgl. hierzu auch Case No COMP/M.2939 *JCI/Bosch/VB Autobatterien JV* vom 18.10.2002, S. 4.

die Batterien durch die Automobilhersteller zertifizieren zu lassen. Dieser Prozess kann ein bis einhalb Jahre in Anspruch nehmen. Die Automobilhersteller sind jedoch in der Lage, diesen Prozess zu beschleunigen, indem sie beispielsweise die Anforderungen an die Starterbatterien ändern. Von dieser Möglichkeit machten beispielsweise VW und Audi wie auch Ford bereits Gebrauch.

37. Aus den oben aufgeführten Gründen wird im vorliegenden Markt, trotz der hohen Marktanteile der am Zusammenschluss beteiligten Parteien, keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt. Weiter wird auch keine kollektiv marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt, da die Marktanteile der Marktteilnehmer asymmetrisch verteilt sind, Überkapazitäten gegeben sind, die Stellung der Marktgegenseite stark ist und sich die vorherrschende potenzielle Konkurrenz disziplinierend auf die Wettbewerbssituation auswirkt.

**IAM-Markt**

38. Der Tabelle 5 ist zu entnehmen, dass der gemeinsame Marktanteil der Zusammenschlussparteien im schweizerischen IAM-Markt nach dem Zusammenschluss ungefähr [70%-80%] betragen wird. Werden die Marktanteile anhand der abgesetzten Menge gemessen, beträgt der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz sogar rund [70%-80%]. Es liegt somit ein betroffener Markt im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU vor.

39. Diese sehr hohen Marktanteile in der Schweiz sind jedoch zu relativieren. Für die Beurteilung des Zusammenschlusses ist aufgrund des europäischen räumlich relevanten Marktes nicht auf die schweizerischen, sondern auf die europäischen Marktanteile abzustellen (vgl. Rz. 19 ff.). Für diesen europäischen Markt sind die Marktanteile der am Zusammenschluss beteiligten Parteien deutlich tiefer (vgl. Rz. 40).

**Tabelle 5: IAM-Marktanteile im Jahr 2004 in der Schweiz**

<i>IAM-Marktanteile Schweiz (2004)</i>				
	Umsatz		Stückzahl	
	in 1'000 €	Marktanteil	in 1'000 Stück	Marktanteil
JCI/Bosch	[...]	[60%-70%]	[...]	[60%-70%]
Delphi	[...]	[0%-10%]	[...]	[0%-10%]
Gemeinsam	[...]	[70%-80%]	[...]	[70%-80%]
Marktvolumen	[...]	100%	[...]	100%

40. Der Tabelle 6 ist zu entnehmen, dass die gemeinsamen Marktanteile der Zusammenschlussparteien im vorliegend relevanten europäischen IAM-Markt rund [30%-40%] betragen. Werden die Marktanteile an-

hand der abgesetzten Menge gemessen, beträgt der gemeinsame Marktanteil ungefähr [30%-40%]. Die aus dem Zusammenschluss resultierende Marktanteilsaddition von [0%-10%] kann vorab als gering eingestuft werden.

**Tabelle 6: IAM-Marktanteile im Jahr 2004 in Europa**

<i>IAM-Marktanteile Europa (2004)</i>				
	Umsatz		Stückzahl	
	in 1'000 €	Marktanteil	in 1'000 Stück	Marktanteil
JCI/Bosch	[...]	[30%-40%]	[...]	[30%-40%]
Delphi	[...]	[0%-10%]	[...]	[0%-10%]
Gemeinsam	[...]	[30%-40%]	[...]	[30%-40%]
Marktvolumen	[...]	100%	[...]	100%

41. Die Wettbewerbssituation im IAM-Markt ist mit derjenigen des OEM/OES-Marktes vergleichbar. Vor diesem Hintergrund soll nachfolgend aufgezeigt werden, dass durch den vorliegenden Zusammenschluss bei einem Marktanteil von etwas über einem Drittel auch im IAM-Markt keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

42. Neben den Zusammenschlussparteien sind im europäischen IAM-Markt die gleichen, starken Konkurrenten wie im OEM/OES-Markt tätig. Dies kann unter anderem mit der hohen Angebotsumstellungsflexibilität erklärt werden. Diese Konkurrenten verfügen auch im IAM-Markt über hohe Marktanteile. So hat Exide als grösster Konkurrent einen Marktanteil von ungefähr [20%-30%] und Fiamm als zweitgrösster Konkurrent einen solchen von rund [10%-20%]. Zudem bestehen in diesem Markt viele kleinere Wettbewerber, die insgesamt einen Marktanteil von rund 20% auf sich vereinen. Diese können aufgrund der tiefen Markteintrittsschranken (vgl. Rz. 45), den im Vergleich zu den OEM/OES-Batterien tieferen Produktanforderungen und der vorliegenden Produkt-homogenität die grossen Hersteller ebenfalls erfolgreich konkurrenzieren.

43. Des Weiteren waren die Marktanteile der Parteien im europäischen Markt über die letzten drei Jahre gleichbleibend respektive rückläufig, und die Marktanteile der drei grössten Konkurrenten Exide, Fiamm und Yuasa sind ebenfalls konstant respektive leicht rückläufig.

44. Im IAM-Markt bilden grosse Supermarktketten, Einkaufsorganisationen (beispielsweise ADI Auto Distribution International) sowie Kfz-Ersatzteil-Handelsketten (beispielsweise Derendinger, Hostettler) die Marktgegenseite. Diese verfügen über eine nicht zu vernachlässigende Nachfragemacht. Aufgrund der

aktuellen Konkurrenzlage und der hohen Substituierbarkeit von IAM-Starterbatterien werden die Abnehmer ihre Lieferanten auch nach dem Zusammenschluss ohne grosse zeitliche Verzögerungen und hohe Kostenfolgen wechseln können. Diese Möglichkeit des Anbieterwechsels bestätigt auch die [X AG], Delphi's grösster schweizerische Kunde. [Z] und die [X SA] halten ebenfalls fest, dass der vorliegende Zusammenschluss voraussichtlich nur geringe Auswirkungen auf ihre Beschaffung haben wird und dass ihnen genügend alternative Bezugsquellen zur Verfügung stehen werden, die unabhängig von diesem Zusammenschluss die benötigten Produkte liefern können.

45. Auch im IAM-Markt sind die technischen Hürden für einen Marktzutritt als tief einzuschätzen. Wie bereits erwähnt, basieren IAM-Batterien, wie auch die OEM/OES-Batterien, auf einer relativ einfachen und reifen Technologie, die ohne grosse Schwierigkeiten übernommen werden kann. Im Gegensatz zum OEM/OES-Markt sind für IAM-Starterbatterien grundsätzlich keine Zertifikationsprozesse notwendig. Zudem sind die Produktionsbestandteile einfach auf dem Beschaffungsmarkt erhältlich.

46. Der Wettbewerbsdruck wird weiter durch Importe aus Asien und Osteuropa erhöht. So erfolgten im Jahr 2004 in der Schweiz rund 13% der Importe von Starterbatterien aus dem asiatischen Markt.<sup>7</sup> Gemäss den Angaben der Parteien verfügen alle grösseren Batteriehersteller ausserhalb Europas über die erforderlichen Mittel, um im europäischen Wirtschaftsraum Produktionsanlagen entweder bauen oder erwerben zu können oder ein entsprechendes Netz für den Vertrieb importierter Batterien zu errichten. Die Markteintritte des koreanischen Herstellers Hankook im Jahr 2000 und des brasilianischen Herstellers Moura vor kurzer Zeit bestätigen diese Aussage.

47. Wie im OEM/OES-Markt sind die Batteriepreise während der letzten 15 Jahren auch im IAM-Markt trotz steigender Rohstoffpreise gesunken. Dies deutet darauf hin, dass auch auf dem IAM-Markt ein intensiver Wettbewerb besteht.

48. Aufgrund der oben genannten Gründe wird auch im IAM-Markt keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt. Die Begründung oder Verstärkung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung kann mit denselben Argumenten wie im OEM/OES-Markt verneint werden (vgl. Rz. 37).

### *E Ergebnis*

49. Im vorliegenden Fall liegt betreffend dem OEM/OES-Markt für Starterbatterien kein betroffener Markt im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU vor. Wird für die Marktanteilsbestimmung jedoch auf die von den Zusammenschlussparteien abgesetzten Mengen abgestellt, ist von einem betroffenen Markt auszugehen. Der Zusammenschluss ist jedoch auch in diesem Fall aufgrund der oben stehenden Erwägungen (Ziff. 26 ff.) als unbedenklich zu beurteilen.

50. Betreffend den IAM-Markt für Starterbatterien liegt ein betroffener Markt im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU vor. Aufgrund der oben genannten Gründe (Ziff. 38 ff.) ist der vorliegende Zusammenschluss jedoch auch für diesen Markt als unbedenklich zu beurteilen.

51. Durch das Zusammenschlussvorhaben wird somit weder eine alleinige noch eine kollektiv marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Artikel 10 KG sind daher nicht gegeben.

<sup>7</sup> Quelle nach Angaben der Parteien: Schweizerische Importstatistik (Motorradstarterbatterien eingeschlossen).

B 3	<b><i>Rekurskommission für Wettbewerbsfragen</i></b> Commission de recours pour les questions de concurrence Commissione di ricorso in materia di concorrenza
B 3	1. <b><i>Atel, BKW FMB Energie AG, Centralschweizerische Kraftwerke AG, Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG, ewz, EOS SA, Nordostschweizerische Kraftwerke AG/Weko</i></b>

*Zwischenverfügung vom 9. Juni 2005 in Sachen Atel (Beschwerdeführerin 1), BKW FMB Energie AG (Beschwerdeführerin 2), Centralschweizerische Kraftwerke AG (Beschwerdeführerin 3), Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG (Beschwerdeführerin 4), ewz (Beschwerdeführer 5), EOS SA (Beschwerdeführerin 6), Nordostschweizerische Kraftwerke AG (Beschwerdeführerin 7) (Verwaltungsbeschwerde vom 2.5.2005) gegen Wettbewerbskommission (Vorinstanz) (Verfügung vom 7.3.2005) betreffend Unternehmenszusammenschluss (vorsorgliche Massnahmen)*

***Nach Einsicht in:***

- die Verfügung der Vorinstanz vom 7. März 2005 mit folgendem Dispositiv:

1. Es wird festgestellt, dass das Zusammenschlussvorhaben eine marktbeherrschende Stellung der Swissgrid AG, durch die der wirksame Wettbewerb beseitigt werden kann, auf dem Markt für Stromübertragung in der Nordwestschweiz, dem Markt für Stromübertragung im Gebiet Zürich-Walensee-Chur/Ems und auf dem Markt für Stromübertragung im Gebiet Gotthard begründet respektive verstärkt.

2. Das Zusammenschlussvorhaben Swissgrid wird mit folgenden Auflagen zugelassen:

a. Die Swissgrid AG ist verpflichtet, Dritten diskriminierungsfrei Zugang zu den von ihr betriebenen und/oder in ihrem Eigentum befindlichen Stromübertragungseinrichtungen zu gewähren.

b. Die Swissgrid AG ist verpflichtet, für ihre Tätigkeit eine Kostenrechnung zu erstellen.

c. Die Aare-Tessin AG für Elektrizität, BKW FMB Energie AG, Centralschweizerische Kraftwerke, Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG, Nordostschweizerische Kraftwerke AG, Energie Ouest Suisse SA und die Stadt Zürich sind verpflichtet, für ihre Stromübertragungseinrichtungen, welche durch die Swissgrid AG betrieben werden, eine separate Kostenrechnung zu erstellen.

d. Die Swissgrid AG ist verpflichtet, ihre Netznutzungstarife und -bedingungen zu veröffentlichen.

e. Der Swissgrid AG ist es untersagt, Elektrizität zu erzeugen, zu verkaufen, zu handeln sowie Stromverteilereinrichtungen zu betreiben oder im Eigentum zu halten, sofern dies nicht dem Eigenverbrauch dient, dem sicheren Netzbetrieb dient oder Regelenergie betrifft.

f. Der Swissgrid AG ist es untersagt, Beteiligungen an Unternehmen zu halten, welche die unter Ziffer 2 Buchstabe e genannten Tätigkeiten kommerziell ausüben.

g. Die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung der Swissgrid AG dürfen nicht gleichzeitig Organen von juristischen Personen angehören, welche die unter Ziffer 2 Buchstabe e genannten Tätigkeiten kommerziell ausüben.

3. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können - ausser den in Artikel 37 KG vorgesehenen Massnahmen - mit Sanktionen gemäss Artikel 50, 51, 54 und 55 KG belegt werden. (...)

- die dagegen bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen anhängig gemachte Verwaltungsbeschwerde der Beschwerdeführerinnen 1-7 vom 2. Mai 2005 mit den Anträgen:

1. Die Verfügung vom 7. März 2005 ist wie folgt abzuzändern:

1.1. Ziffer 2 Buchstabe a des Dispositivs der Verfügung vom 7. März 2005 ist aufzuheben und durch folgenden Wortlaut zu ersetzen:

"Die Swissgrid AG ist verpflichtet, die Nutzung der von ihr betriebenen oder in ihrem Eigentum befindlichen Stromübertragungseinrichtungen durch Dritte nach diskriminierungsfreien Grundsätzen zu regeln. Sie berücksichtigt dabei die bestehenden Verhältnisse, insbesondere die vorhandenen Netzkapazitäten und die bestehenden Verträge. Bis zur Einführung eines einheitlichen Übertragungsnetznutzungsmodells mit einer distanzunabhängigen Entschädigung wird die Übertragungsnetznutzung fallweise gewährt unter Berücksichtigung der bestehenden Eigentums- und Transportrechte."

1.2. Ziffer 2 Buchstaben b und c des Dispositivs der Verfügung vom 7. März 2005 sind aufzuheben und durch folgenden Wortlaut zu ersetzen:

"Die Swissgrid AG ist verpflichtet, für ihre Tätigkeit ab dem Jahr 2007 eine Kostenrechnung zu erstellen."

"Die Aare-Tessin AG für Elektrizität, BKW FMB Energie AG, Centralschweizerische Kraftwerke AG, Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG, Nordostschweizerische Kraftwerke AG, Energie Ouest Suisse SA und die Stadt Zürich sind verpflichtet, ab dem Jahr 2007 für ihre Stromübertragungseinrichtungen,

welche durch die Swissgrid AG betrieben werden, eine separate Kostenrechnung zu erstellen."

1.3. Ziffer 2 Buchstabe d des Dispositivs der Verfügung vom 7. März 2005 ist aufzuheben und durch folgenden Wortlaut zu ersetzen:

"Die Swissgrid AG ist ab dem Moment der Einführung eines einheitlichen Übertragungsnetznutzungsmodells mit einer distanzunabhängigen Entschädigung verpflichtet, die Übertragungsnetznutzungsstarife und -bedingungen zu veröffentlichen."

1.4. Ziffer 2 Buchstabe g des Dispositivs der Verfügung vom 7. März 2005 ist aufzuheben und durch folgenden Wortlaut zu ersetzen:

"Die Mitglieder der operativen Geschäftsleitung der Swissgrid AG dürfen nicht gleichzeitig eine leitende Funktion in Unternehmen ausüben, welche die unter Ziffer 2 Buchstabe e genannten Tätigkeiten kommerziell ausüben. Einzelne Mitglieder des Verwaltungsrats der Swissgrid AG dürfen nicht in Entscheidungen zum operativen Betrieb der Gesellschaft einbezogen werden."

1.5. Sämtliche Auflagen gemäss Ziffer 2 des Dispositivs der Verfügung vom 7. März 2005 sind wie folgt zu befristen:

"Die Auflagen gemäss dieser Ziffer 2 gelten bis am 30. Juni 2010. Sie können von der Wettbewerbskommission unter Berücksichtigung der dannzumaligen Wettbewerbsverhältnisse durch Verfügung um maximal fünf Jahre verlängert werden."

1.6. Sämtliche Auflagen gemäss Ziffer 2 des Dispositivs der Verfügung vom 7. März 2005 sind mit folgendem Vorbehalt zu versehen:

"Die Auflagen gemäss dieser Ziffer 2 fallen mit dem Inkrafttreten des geplanten neuen Stromversorgungsgesetzes oder eines anderen Gesetzes, welches die Stellung der Swissgrid AG spezialgesetzlich normiert, ohne weiteres dahin."

2. Im Sinne vorsorglicher Massnahmen (zusätzlich zu den Begehren gemäss Ziff. 1) ist den Beschwerdeführerinnen zu erlauben, das Zusammenschlussvorhaben Swissgrid vorläufig unter Einhaltung der nach Massgabe der vorstehenden Ziffer 1 abgeänderten Auflagen gemäss Ziffer 2 des Dispositivs der Verfügung vom 7. März 2005 zu vollziehen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu lasten der Vorinstanz.

- die Vernehmlassung der Vorinstanz vom 19. Mai 2005 zum Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen;
- die übrigen Akten in der Streitsache;

**und in Erwägung:**

dass die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zur Beurteilung der Beschwerde sowie der beantragten vorsorglichen Massnahmen zuständig ist (Art. 44 ff. des Bundesgesetzes vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren, VwVG, SR 172.021, i.V.m. Art. 44

des Bundesgesetzes vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, KG, SR 251);

dass der Präsident der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen über allfällige vorsorgliche Massnahmen zu verfügen hat (Art. 20 Abs. 5 der Verordnung vom 3.2.1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen, VRSK, SR 173.31);

dass die Beschwerdeinstanz nach Einreichung der Beschwerde von Amtes wegen oder auf Begehren einer Partei vorsorgliche Massnahmen ergreifen kann, um einen tatsächlichen oder rechtlichen Zustand einstweilen unverändert zu erhalten (Art. 56 VwVG);

dass nach der Rechtsprechung vorsorgliche Massnahmen getroffen werden können, um die Wirksamkeit einer erst später zu treffenden definitiven Anordnung sicherzustellen (vgl. REKO/WEF 96/FB-001, E. 3.2 ff., publiziert in: RPW 1997/2, S. 243 ff.; ZBI 100/1999, S. 64, E. 2b ff.; Urteil des Bundesgerichts vom 5.9.2003 i. S. Cablecom GmbH, 2A.142/2003, E. 3, im Internet abrufbar unter: www.bger.ch);

dass der Erlass vorsorglicher Massnahmen nach Lehre und Rechtsprechung kumulativ einen drohenden, nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil sowie die Dringlichkeit der Anordnungen voraussetzt, und zudem die Abwägung der entgegenstehenden Interessen zu Gunsten des einstweiligen Rechtsschutzes ausfallen müssen (vgl. STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Freiburg 2002, S. 327; ISABELLE HÄNER, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und im Verwaltungsprozess, ZSR 1997 II, S. 255 ff., insbes. S. 325 ff.; ähnlich RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel und Frankfurt am Main 1996, Rz. 1091; BGE 130 II 149 E. 2.2 mit weiteren Hinweisen auf Judikatur und Literatur);

dass vorsorgliche Massnahmen auf einer bloss summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage beruhen, und die Hauptsachenprognose bei Eindeutigkeit zu berücksichtigen ist (BGE 130 II 149 E. 2.2);

dass die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung feststellte, das Zusammenschlussvorhaben Swissgrid begründe oder verstärke auf den räumlich relevanten Märkten für Stromübertragung (Zürich-Walensee-Chur/Ems; Nordwestschweiz; Gotthard) eine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden könne;

dass dieser Nachteil durch die vereinfachte Möglichkeit der Stromdurchleitung und der sich daraus allenfalls ergebenden Verbesserung des Wettbewerbs auf den Märkten für Stromversorgung aufgewogen werde, weshalb das Zusammenschlussvorhaben unter Beachtung bestimmter Auflagen zugelassen werden könne;

dass die Beschwerdeführerinnen ein Gesuch um Erlass einer vorsorglichen Bewilligung stellen, welche es ihnen erlaube, das Zusammenschlussvorhaben Swissgrid vorläufig zu vollziehen und zwar unter Einhal-

zung der Auflagen in der gemäss ihren Anträgen abgeänderten Form;

dass die Hauptsachenprognose vorliegend nicht zu berücksichtigen ist, zumal diese aufgrund einer bloss summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage nicht eindeutig ausfällt, und die entsprechenden Entscheidungsgrundlagen erst im Hauptverfahren zu ermitteln beziehungsweise festzulegen sind;

dass die Beschwerdeführerinnen hinsichtlich eines nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils gravierende volkswirtschaftliche Konsequenzen geltend machen, zudem komme das Festhalten an den ursprünglichen Auflagen einer Verweigerung der Bewilligung gleich, zumal es auch aus technischer Sicht nicht möglich sei, unverzüglich ein einheitliches Übertragungsnetznutzungsmodell mit distanzunabhängiger Entschädigung einzuführen;

dass die Ausführungen der Beschwerdeführerinnen glaubhaft erscheinen, wonach die Umsetzung der von der Wettbewerbskommission verfügten Auflagen mit technischen Schwierigkeiten verbunden ist;

dass im Kartellverwaltungsrecht jedoch nicht entscheidend ist, ob den Beschwerdeführerinnen, sondern ob für den funktionierenden Wettbewerb ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht (BGE 130 II 149 E. 3.3 f.);

dass die Vorinstanz in diesem Zusammenhang ausführt, einem Zusammenschluss mit den von den Beschwerdeführerinnen beantragten Auflagen hätte nicht zugestimmt werden können;

dass diese Einschätzung der Vorinstanz, welche nach eingehender Prüfung des Zusammenschlussvorhabens ergangen ist, nicht in einem summarischen Verfahren faktisch aufgehoben werden kann, zumal die von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachten gravierenden volkswirtschaftlichen Konsequenzen und die Erschwerung bei den geplanten Verhandlungen zwischen der Schweiz und der EU nicht ohne weiteres als plausibel angesehen werden können;

dass somit ein für den funktionierenden Wettbewerb nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil eher anzunehmen ist, wenn die Auflagen der Vorinstanz im Sinne der Anträge der Beschwerdeführerinnen abgeändert würden;

dass schliesslich auch die zeitliche Dringlichkeit am Vollzug des Zusammenschlusses zu relativieren ist, da die formelle Meldung des Zusammenschlussvorhabens erst drei Monate nach Unterzeichnung der entsprechenden Vereinbarung erfolgte, und zudem die Beschwerdeführerinnen selber ausführen, aus technischen und rechtlichen Gründen könne der Aufbau der Swissgrid nur schrittweise erfolgen;

dass daher das Gesuch der Beschwerdeführerinnen um Abänderung der Auflagen abzuweisen ist, zumal von Massnahmen, die im Resultat wie in der Begründung praktisch dem Endentscheid gleichkommen, möglichst abzusehen ist (Urteil des Bundesgerichts vom 5.9. 2003 i. S. Cablecom GmbH, a.a.O., E. 3.2);

dass über die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu einem späteren Zeitpunkt zu entscheiden ist;

dass gegen diese Zwischenverfügung, sofern sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann, innert zehn Tagen (Art. 106 des Bundesgesetzes vom 16.12.1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege, OG, SR 173.110) beim Schweizerischen Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben werden kann (Art. 97 ff. OG i.V.m. Art. 45 VwVG);

**wird verfügt:**

1. Das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen wird abgewiesen.
2. Über die Kosten- und Entschädigungsfolgen der vorliegenden Zwischenverfügung wird später entschieden.
3. [Rechtsmittelbelehrung]
4. [Eröffnung]

B 3

## 2. *Swisscom AG, Swisscom Fixnet AG/Weko*

**Beschwerdeentscheid vom 30. Juni 2005 in Sachen Swisscom AG (Beschwerdeführerin 1), Swisscom Fixnet AG (Beschwerdeführerin 2) (Verwaltungsbeschwerde vom 2.2.2004) gegen Wettbewerbskommission (Vorinstanz) (Verfügung vom 15.12.2003) betreffend unzulässige Wettbewerbsbeschränkung**

*Es hat sich ergeben:*

A. Im März 2002 beschwerten sich TDC Switzerland AG (im Folgenden: TDC) und Profitel AG beim Sekretariat der Wettbewerbskommission darüber, die Swisscom AG missbrauche ihre marktbeherrschende Stellung, indem sie ihre Tochterfirma Bluewin AG beim Zugang zu ADSL zulasten der Konkurrenten bevorzuge. *Internet service provider* wie TDC und Profitel (im Folgenden: ISP) benötigen das von der Swisscom angebotene Produkt BBCS (Broadband Connectivity Service), für das sie je nach der Anzahl ihrer Endkunden unterschiedliche Rabatte erhalten (bzw. unterschiedliche Grosshandelspreise bezahlen müssen), um im Endkundenmarkt über das Telefonnetz ADSL-Dienste anbieten zu können. ADSL (*asymmetric digital subscriber line*) ist eine Technologie zur Erbringung von Breitbanddiensten und erlaubt die schnelle Datenübertragung über das Internet.

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission eröffnete am 28. März 2002 eine Vorabklärung gegen die Swisscom AG und die Bluewin AG (im Folgenden: Bluewin). Es klärte den Sachverhalt ab und prüfte die Existenz von Indizien für kartellrechtlich unzulässige Verhaltensweisen.

Gestützt auf die Ergebnisse der Vorabklärung eröffnete die Wettbewerbskommission am 6. Mai 2002 gegen die Swisscom eine Untersuchung im Sinne von Artikel 27 Absatz 1 des Kartellgesetzes (publiziert im Bundesblatt, BBl 2002 3934). Gleichentags verpflichtete sie die Swisscom im Sinne einer vorsorglichen Massnahme, ab sofort und bis zum Entscheid in der Hauptsache allen ISP für das BBCS dieselbe Rabattstufe wie ihrer Tochterfirma Bluewin zu gewähren. Die Untersuchung sollte zeigen, ob die Rabattierung des BBCS (*wholesale*-Markt für Breitbanddienste) dem Kartellgesetz zuwiderläuft. Gegen die Massnahmeverfügung vom 6. Mai 2002 wurde keine Beschwerde erhoben.

Nach Abschluss der Untersuchung erliess die Wettbewerbskommission am 15. Dezember 2003 gegen die Swisscom AG und die Swisscom Fixnet AG (im Folgenden: Beschwerdeführerinnen) eine Verfügung mit folgendem Dispositiv:

1. Es wird festgestellt, dass die Swisscom AG mittels Swisscom Fixnet AG im Wholesale-Markt für Breitbanddienste über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.
2. Es wird festgestellt, dass die Swisscom AG mittels Swisscom Fixnet AG ihre marktbeherrschende Stellung gemäss Ziffer 1 missbrauchte, indem sie

mittels Rabattgestaltung im Zusammenhang mit ihrem Produkt BBCS die ISP gegenüber Bluewin diskriminierte.

3. Der Swisscom AG und der Swisscom Fixnet AG wird untersagt, die Rabattgestaltung des Produktes BBCS im Sinne von Ziffer 2 in den bestehenden Verträgen mit den ISP oder anderweitig durchzusetzen.

4. Die Swisscom AG respektive die von ihr kontrollierten Gesellschaften werden verpflichtet, während zwei Jahren ab Rechtskraft dieser Verfügung alle Änderungen der Preis- und Rabattgestaltung des Produktes BBCS vorgängig dem Sekretariat der Wettbewerbskommission mitzuteilen.

5. Die Swisscom Fixnet AG wird verpflichtet, die ISP, die das Produkt BBCS beziehen, über den Inhalt dieses Dispositivs innerhalb von drei Monaten ab Rechtskraft dieses Urteils zu informieren.

6. Zuwiderhandlungen gegen Ziffer 3 bis 5 dieses Dispositives können mit Sanktionen gemäss Artikel 50 beziehungsweise 54 KG belegt werden.

7. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF [...], bestehend aus einer Gebühr von CHF [...] und Auslagen von CHF [...], werden der Swisscom AG und der Swisscom Fixnet AG unter solidarischer Haftung auferlegt.

8. [Rechtsmittelbelehrung]

9. [Eröffnung]

Die Wettbewerbskommission begründete ihren Entscheid im Wesentlichen damit, die Beschwerdeführerinnen verfügten in dem aus der Sicht der Marktgegenseite - also der ISP - abzugrenzenden sachlich relevanten Wholesalemarkt für Breitbanddienste über eine beherrschende Stellung: Aktuelle Konkurrenten der Beschwerdeführerinnen fehlten auf diesem Markt, weshalb die ISP keine Ausweichmöglichkeiten hätten. Potenzieller Wettbewerb sei praktisch inexistent und daher nicht geeignet, die beherrschende Stellung in Frage zu stellen. Der Infrastrukturwettbewerb im Endkundenmarkt (schneller Internetzugang über das Kabel- bzw. das Telefonnetz) sei nicht ausreichend, um unabhängiges Verhalten der Beschwerdeführerinnen im Wholesalemarkt zu verhindern. Die nach Massgabe der Endkundenpreise abgestuften Rabatte auf dem BBCS-Preis hätten die ISP ohne oder mit kleineren Rabatten in der Ausübung des Wettbewerbs behindert, ohne dass sich die Abstufung durch ISP-spezifische Skalenerträge sachlich rechtfertigen lasse. Die Rabattierung stelle daher eine Diskriminierung im Sinne von Artikel 7 des Kartellgesetzes dar. Eine Wettbewerbsbehinderung in Form einer unzulässigen Quersubventionierung von Bluewin stellte die Wettbewerbskommission nicht fest.

B. Gegen diese Verfügung erhoben Swisscom AG und Swisscom Fixnet AG, beide vertreten durch Fürspre-

cher [...], am 2. Februar 2004 Verwaltungsbeschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen. Die Beschwerdeführerinnen beantragen die Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung vom 15. Dezember 2003.

Zur Begründung führen sie unter anderem aus, die Verfügung trage dem Wettbewerb im Endkundenmarkt und seinen Auswirkungen auf den vorgelagerten Wholesalemarkt nicht Rechnung und stehe mit der wirtschaftlichen Realität daher nicht im Einklang. Die Vorinstanz habe die Verfahrensgarantie des rechtlichen Gehörs verletzt, indem sie den Anspruch auf Prüfung und Berücksichtigung frist- und formkonformer Parteivorbringen und den Anspruch auf Abnahme von Beweisanträgen nicht gewahrt habe. Zur Berücksichtigung entsprechender Vorbringen sei sie auch aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes verpflichtet gewesen. Entsprechend sei der massgebliche Sachverhalt in verschiedener Hinsicht unrichtig und unvollständig festgestellt worden. Unzutreffend sei sodann die rechtliche Würdigung: Der relevante Markt sei unzutreffend abgegrenzt worden; für die Bestimmung eines selbstständigen Wholesalemarktes bestehe kein Anlass. Die Marktabgrenzung sei zudem bezüglich der technischen Alternativen zu eng. Beides bewirke, dass die Schwelle des Erreichens einer marktbeherrschenden Stellung herabgesetzt werde. Ausreichender potenzieller Wettbewerb sei zu Unrecht verneint und die Auswirkungen des Wettbewerbs im Endkundenmarkt für die Verhältnisse im Wholesalemarkt seien nicht veranschlagt worden. Die Beschwerdeführerinnen hätten weder im Endkunden- noch im von der Vorinstanz für relevant erklärten Wholesalemarkt eine beherrschende Stellung. Die Gestaltung der Rabatte nach Massgabe der Anzahl der Endkunden eines ISP sei angesichts der Skalenerträge im Gesamtmarkt, die auf die Zunahme der Endkunden sämtlicher ISP zusammen zurückzuführen sei, sachlich gerechtfertigt.

Mit Schreiben vom 27. Februar 2004 (Nachträge zur Verwaltungsbeschwerde vom 2.2.2004) machen die Beschwerdeführerinnen geltend, der in der Zwischenzeit verfasste Schlussbericht des Sekretariats der Wettbewerbskommission betreffend das Produktbündel "Talk & Surf" bestätige, dass die Wholesale-Kosten der ISP mit den billigsten Angeboten deutlich unter den Endkundenpreisen von Bluewin lägen. Somit sei es heute jedem ISP auch ohne die vorsorglichen Massnahmen möglich, ADSL-Dienste Gewinn bringend anzubieten.

Auf die einzelnen Vorbringen der Beschwerdeführerinnen wird im Übrigen in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen, soweit sie für den Entscheid erheblich sind.

C. In ihrer Vernehmlassung vom 15. März 2004 beantragt die Wettbewerbskommission die Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung führt sie aus, die Verfügung trage dem gesamtwirtschaftlichen Kontext sehr wohl Rechnung. Der Gehörsanspruch der Beschwerdeführerinnen gemäss dem Verwaltungsverfahren- und dem Kartellgesetz sei gewahrt worden, nachdem diese fünfmal Gelegenheit zur Stellungnahme gehabt

hätten. Die Parteivorbringen seien berücksichtigt worden, soweit sie von Bedeutung gewesen seien. Konkrete Beweisanträge oder -führungsmassnahmen hätten die Beschwerdeführerinnen nicht gestellt beziehungsweise gefordert. Die Anforderungen an die Begründungspflicht seien gewahrt. Der Untersuchungsgrundsatz sei nicht verletzt worden. Die Verfügung stütze sich auf den aktuellen Sachverhalt ab, soweit aktuelle Daten verfügbar gewesen seien. In Bestätigung ihrer Verfügung bringt die Wettbewerbskommission vor, der relevante Markt sei korrekt abgegrenzt worden, und an einer beherrschenden Stellung der Beschwerdeführerinnen bestehe mangels aktuellen und potenziellen Wettbewerbs kein Zweifel. Die Möglichkeit zu im Wesentlichen unabhängigem Verhalten werde auch durch die Verhältnisse im Endkundenmarkt nicht beschränkt. Eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Artikel 7 des Kartellgesetzes sei nachgewiesen. Das Rabattsystem lasse sich nicht durch *legitimate business reasons* rechtfertigen.

Auf die einzelnen Vorbringen der Vorinstanz wird im Übrigen in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen, soweit sie für den Entscheid wesentlich sind.

D. Am 5. Februar 2004 informierte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die TDC über den Eingang der Verwaltungsbeschwerde und machte sie darauf aufmerksam, dass es ihr freistehe, allfällige Parteirechte anzumelden. Darauf reagierte TDC am 3. Dezember 2004 mit dem Begehren, sie sei zum Verfahren beizuladen und es seien ihr sämtliche mit der Beiladung verbundenen Rechte zu gewähren.

Mit Schreiben vom 17. Dezember 2004 machte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die TDC auf Einzelheiten der Parteistellung im Kartellverwaltungsverfahren und darauf aufmerksam, dass sie als Drittperson allenfalls gemäss Artikel 57 Absatz 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes eine Vernehmlassung einreichen könne. Die Beschwerdeführerinnen wurden über die Absicht der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen informiert, der TDC eine Kopie der Beschwerdeschrift ohne Geschäftsgeheimnisse zukommen zu lassen und ihr Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen.

Die Beschwerdeführerinnen verlangten am 29. Dezember 2004, sich im Falle einer Stellungnahme von TDC zwecks Wahrung von Geschäftsgeheimnissen vorgängig und nach erfolgter Stellungnahme von TDC ihrerseits materiell äussern zu können.

Am 6. Januar 2005 bekräftigte die TDC Schweiz ihren Wunsch, sich zur Beschwerde äussern zu können. Mit Schreiben vom 3. März 2005 wurde diese Stellungnahme eingereicht. Die TDC beantragt Abweisung der Verwaltungsbeschwerde. Sie unterstützte die von der Vorinstanz vorgenommene Marktabgrenzung und äusserte sich ausgiebig zu den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen betreffend Plausibilität der Schlussfolgerungen der Wettbewerbskommission. Die beherrschende Stellung der Beschwerdeführerinnen auf dem Markt für Wholesale-Breitbanddienste könne angesichts fehlenden aktuellen und potenziellen Wettbewerbs nicht bezweifelt werden.



Eine disziplinierende Wirkung auf diesen Markt ergebe sich aus dem Endkundenmarkt nicht. Die von den Beschwerdeführerinnen geltend gemachten Skaleneffekte rechtfertigten die diskriminierende Rabattierung in keiner Weise. Das eigentliche Wettbewerbsproblem liege weniger in der Rabattierung als in den generell überhöhten Preisen des BBCS. Entgegen der Auffassung der Wettbewerbskommission profitiere Bluewin von einer Quersubventionierung.

Die Beschwerdeführerinnen liessen sich am 20. April 2005 innert der verlängerten Frist zur Eingabe der TDC vernehmen. Sie machen hauptsächlich geltend, die Aussage, nach welcher TDC im ADSL-Bereich wegen überhöhten BBCS-Preisen Verluste erziele, sei ebenso wenig belegt, wie die Aussage, die Bereitschaft der Endkunden zum Wechsel von einer Infrastruktur auf die andere sei eher klein. Die Bruttomarge der ISP pro Endkunde sei grösser als von TDC behauptet. Für die Marktstellung im Wholesalemarkt sei wesentlich, dass vom Kabelnetz starker potenzieller Wettbewerb ausgehe. Die Preise auf dem Endkunden- und dem Wholesalemarkt richteten sich nicht nach Vorgaben von Bluewin beziehungsweise von Swisscom, sondern müssten entsprechend den Endkundenpreisen des Kabelinternetangebots festgelegt werden. Die Marktverhältnisse und die -entwicklung sprächen gegen eine beherrschende Stellung der Beschwerdeführerinnen.

E. Am 2. Dezember 2004 beantragten die Beschwerdeführerinnen die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung. Mit Schreiben vom 10. Juni 2005 teilte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen den Parteien mit, dass von einer öffentlichen Verhandlung abgesehen werde.

F. Während der Rechtshängigkeit ihrer vorliegenden Verwaltungsbeschwerde in der Hauptsache ersuchten die Beschwerdeführerinnen die Wettbewerbskommission mit Gesuch vom 27. Februar 2004 um Widerruf, eventuell um Anpassung der am 6. Mai 2002 verfügten vorsorglichen Massnahmen (vgl. oben Buchstabe A. am Ende). Mit Verfügung vom 15. März 2004 trat die Wettbewerbskommission auf das Wiedererwägungsgesuch nicht ein.

Mit Entscheid vom 23. Dezember 2004 wies die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die von den Beschwerdeführerinnen am 29. März 2004 gegen die Nichteintretensverfügung der Wettbewerbskommission eingereichte Beschwerde ab (vgl. diesbezüglich FB/2004-5, publiziert in: RPW 2005/1, S. 176 ff.).

Ebenfalls mit Entscheid vom 23. Dezember 2004 ordnete die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen an, die von der Wettbewerbskommission in der Verfügung vom 6. Mai 2002 unter Dispositiv Ziffer 2 angeordnete vorsorgliche Massnahme habe bis auf Weiteres Geltung. Den Verfahrensbeteiligten wurde eine Frist eingeräumt für eine allfällige Stellungnahme zur Frage, ob und allenfalls wie die vorsorglichen Massnahmen anzupassen seien. Mit Schreiben vom 13. Januar 2005 beantragen die Beschwerdeführerinnen die Aufhebung der Massnahmeverfügung vom 6. Mai 2002, während die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung vom 31. Januar 2005 die Abweisung dieses Begehrens beantragt.

ung vom 31. Januar 2005 die Abweisung dieses Begehrens beantragt.

G. Am 17. März 2005 beantworteten die Beschwerdeführerinnen verschiedene Fragen, welche ihnen die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen mit Schreiben vom 18. Februar 2005 unterbreitet hatte. Die Vorinstanz nahm zu den Ausführungen mit Schreiben vom 12. April 2005 teilweise Stellung. Auf die einzelnen Vorbringen wird, soweit sie erheblich sind, in den Erwägungen eingegangen.

Mit Eingabe vom 25. Mai 2005 reichten die Beschwerdeführerinnen das Dokument "Abgrenzung des Marktes für breitbandigen Zugang auf Vorleistungsebene" der österreichischen Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH vom März 2005 ein.

#### ***Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zieht in Erwägung:***

1. Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und auf eine Verwaltungsbeschwerde einzutreten ist, ist von Amtes wegen und mit freier Kognition zu prüfen (vgl. BGE 128 II 13 E. 1a, 128 I 46 E. 1a, 120 Ib 97 E. 1; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1983, S. 73).

Der Entscheid der Wettbewerbskommission vom 15. Dezember 2003 ist eine Verfügung im Sinne des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021; Art. 5 Abs. 1 Bst. a). Diese Verfügung kann nach Artikel 44 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz [KG], SR 251) sowie im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege mit Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen angefochten werden (Art. 44 ff. und Art. 71a VwVG i.V.m. Art. 20 ff. der Verordnung vom 3.2.1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen, VSRK, SR 173.31).

Die Beschwerdeführerinnen sind durch die angefochtene Verfügung berührt und haben ein als schutzwürdig anzuerkennendes Interesse an deren Aufhebung. Sie sind daher zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Bst. a VwVG). Ihr Vertreter hat sich rechtsgenügend durch Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG). Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind erfüllt (Art. 46 ff. VwVG).

Auf die Verwaltungsbeschwerde ist somit einzutreten.

2. Das Kartellgesetz bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen und marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG).

Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben

oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG). Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- und Organisationsform (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG).

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

Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG). Als solche Verhaltensweisen fallen unter anderem in Betracht: die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen, die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen, die Erzwingung unangemessener Preise und die gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen (Art. 7 Abs. 2 Bst. a-d KG).

Die Wettbewerbskommission entscheidet auf Antrag des Sekretariats mit Verfügung über die zu treffenden Massnahmen (Art. 30 Abs. 1 KG). Die am Verfahren Beteiligten können schriftlich zum Antrag des Sekretariats Stellung nehmen. Die Wettbewerbskommission kann eine Anhörung beschliessen und das Sekretariat mit zusätzlichen Untersuchungsmassnahmen beauftragen (Art. 30 Abs. 2 KG).

Auf das Verfahren sind die Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 anwendbar, soweit das Kartellgesetz davon nicht abweicht (Art. 39 KG). Beteiligte an Abreden, marktmächtige Unternehmen, Beteiligte an Zusammenschlüssen sowie betroffene Dritte haben den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Urkunden vorzulegen. Das Recht zur Verweigerung der Auskunft richtet sich nach Artikel 16 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (Art. 40 KG).

Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 VwVG). Die Behörde würdigt, bevor sie verfügt, alle erheblichen und rechtzeitigen Vorbringen der Parteien. Verspätete Parteivorbringen, die ausschlaggebend erscheinen, kann sie trotz der Verspätung berücksichtigen (Art. 32 VwVG). Die Behörde nimmt die ihr angebotenen Beweise ab, wenn diese zur Abklärung des Sachverhaltes tauglich erscheinen (Art. 33 Abs. 1 VwVG).

3. Die Beschwerdeführerinnen rügen, die angefochtene Verfügung verletze Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, stelle den rechtserheblichen Sachverhalt unrichtig und unvollständig fest und sei unangemessen (Art. 49 VwVG).

3.1 Die entsprechenden Vorbringen werden in den Ziffern 4 (Formelles) und 5 (Materielles) behandelt.

Die Ausführungen gemäss Ziffer C. 2 der Beschwerde, wonach die angefochtene Verfügung der wirtschaftlichen Realität widerspreche, betreffen vor allem die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Endkundenmarkt und ihren Einfluss auf den Wholesalemarkt. Sie sind deshalb bei der Beurteilung der Marktstellung der Beschwerdeführerinnen zu behandeln. Angesprochen ist die Frage, ob sich die Beschwerdeführerinnen auf dem relevanten Markt tatsächlich in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können (Art. 4 Abs. 2 KG). Entgegen der Auffassung der Vorinstanz ist somit ersichtlich, um welchen Beschwerdegrund es geht (Verletzung von Bundesrecht durch unzutreffende Rechtsanwendung).

3.2 Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen, die sich an Abreden beteiligen, Marktmacht ausüben oder sich an Zusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 Abs. 1 KG). Unternehmen ist, wer sich als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen selbstständig am Wirtschaftsprozess beteiligt (Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> KG). Wirtschaftlich nicht selbstständig sind Tochtergesellschaften, die von der Muttergesellschaft beherrscht werden. Unternehmen im Sinne des Kartellgesetzes ist somit die Swisscom-Gruppe, wie die Vorinstanz zu Recht ausführt.

Verfügungen der Wettbewerbskommission regeln Rechtsverhältnisse mit solchen Unternehmen. Verfügungsadressat im materiellen Sinn ist, wer als Subjekt dieses Rechtsverhältnisses durch die Verfügung direkt berechtigt oder verpflichtet wird (GYGI, a.a.O., S. 132), Verfügungsadressat im formellen Sinn darüber hinaus, wer durch die Verfügung in seinen Interessen unmittelbar berührt wird (GYGI, a.a.O., S. 148). Parteien sind Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht (Art. 6 VwVG). Verfügungen sind den Parteien schriftlich zu eröffnen (Art. 34 Abs. 1 VwVG).

Die Vorinstanz hat somit zu Recht die Swisscom-Gruppe als materielle und die Swisscom Fixnet AG als formelle Verfügungsadressatin bezeichnet und die Verfügung beiden Adressatinnen als Parteien eröffnet.

3.3 TDC, Konkurrentin von Bluewin im Endkundenmarkt und Abnehmerin des Produkts BCS der Beschwerdeführerinnen, ersuchte darum, sich zur Verwaltungsbeschwerde äussern zu können, ohne sich jedoch als Partei zu konstituieren. Gestützt auf Artikel 57 Absatz 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes wurde TDC die Möglichkeit eingeräumt, sich als "andere Beteiligte" zu äussern. Ein Antragsrecht kommt TDC mangels Parteistellung nicht zu (RHINOW/KOLLER/KISS, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel 1996, Rz. 1344). Soweit die Eingabe von TDC vom 3. März 2005 für die vorliegend zu behandelnde Verwaltungsbeschwerde relevant ist, ist sie und die sie betreffende Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 20. April 2005 von der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zu berücksichtigen. Dies ist jedoch nur beschränkt der Fall, weil die materiellen Äusserungen von TDC an den Mängeln

der vorinstanzlichen Verfügung nichts ändern (vgl. vor allem unten Ziffer 4.3 ff., 5.1 ff., und 5.3).

TDC ist im Gegensatz zur Vorinstanz der Auffassung, Bluewin werde von den Beschwerdeführerinnen quer-subventioniert. Die diesbezüglichen Äusserungen von TDC und Beschwerdeführerinnen sind für das Beschwerdeverfahren irrelevant. Sie werden allenfalls im weiteren Verfahren vor der Wettbewerbskommission zu prüfen sein. Für das vorliegende Verfahren ebenfalls nicht relevant sind die Ausführungen von TDC betreffend ein angeblich überhöhtes Preisniveau im Wholesalemarkt. Denn Gegenstand der Untersuchung der Wettbewerbskommission und ihrer Verfügung ist nicht das Preisniveau als solches, sondern das Rabattschema der Beschwerdeführerinnen.

4. In formeller Hinsicht rügen die Beschwerdeführerinnen die Verletzung von Vorschriften des Verwaltungsverfahrens- und des Kartellgesetzes betreffend das rechtliche Gehör.

4.1 Die Verletzung des grundrechtlichen Anspruchs auf rechtliches Gehör ist gemäss ständiger Praxis des Bundesgerichts formeller Natur. Damit hat sie ungeachtet der Erfolgsaussichten einer Beschwerde in der Sache selbst die Aufhebung der angefochtenen Verfügung zur Folge (BGE 126 V 130 E. 2b; 125 I 113 E. 3; 121 I 230 E. 2a; 120 Ib 379 E. 3b). Die Rügen betreffend Verletzung des rechtlichen Gehörs sind daher vorab zu prüfen.

Wer vom Ausgang eines Verfahrens betroffen ist, hat verfassungsmässige Informations-, Einsichts-, Mitwirkungs- und Äusserungsrechte, welche die Fairness des Verfahrens garantieren sollen (JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, Bern 1999, S. 509). Artikel 29 Absatz 2 der Bundesverfassung (SR 101) fasst diese Verfahrensrechte unter dem Begriff des Anspruchs auf rechtliches Gehör zusammen. Die Garantien der verfahrensrechtlichen Kommunikation (zum Begriff vgl. MÜLLER, a. a. O., S. 510) sollen sicherstellen, dass die Einzelnen nicht als Objekte, sondern als Subjekte wahr- und ernst genommen werden. Sie stehen damit im Dienst der Menschenwürde. Darüber hinaus soll der Einbezug der Rechtssubjekte in das Verfahren zur Richtigkeit des Entscheids in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht und zur besseren Akzeptanz des Entscheids beitragen (MÜLLER, a.a.O., S. 510 f.; ferner HÄFELIN/HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Aufl., Zürich 2005, S. 240, Rz. 838 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, S. 254, Rz. 35 f.; KÖLZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, S. 45 f., N 129; LORENZ KNEUBÜHLER, Gehörsverletzung und Heilung, in: ZBI 3/1998 S. 97 ff., S. 100).

Zu den Garantien der verfahrensrechtlichen Kommunikation zählt zunächst der Anspruch auf vorgängige Stellungnahme und Anhörung (Gehörsanspruch im engeren Sinn). Er umfasst den Anspruch auf Orientierung durch die Behörde, das Recht auf Mitwirkung bei der Feststellung des Sachverhalts (Beibringung geeigneter Beweise, Mitwirkung bei der Erhebung der Beweise, Äusserung zum Beweisergebnis) und den

Anspruch auf ernsthafte Prüfung der Vorbringen durch die Behörde und deren Berücksichtigung in der Entscheidungsfindung. Letzteres bildet das Kernstück des rechtlichen Gehörs (MÜLLER, a.a.O., S. 520 ff.). Gegenstand der Prüfung und Berücksichtigung sind all jene Informationen, Argumente, Vorbringen und Anträge, die für die Entscheidungsfindung bedeutsam sind (MICHELE ALBERTINI, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000, S. 368, mit Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung). Ob die Behörde der Prüfungspflicht nachgekommen ist, ergibt sich in erster Linie aus der Begründung der Verfügung (BGE 117 Ib 481 E. 6b) bb), mit Verweis auf A. HÄFLIGER).

Zentral ist ferner der Anspruch auf Begründung eines Entscheids. Die Begründungspflicht sichert die spezifisch juristische Qualität des Urteils; die Argumentation muss sich mit den verschiedenen rechtlich relevanten Gesichtspunkten auseinandersetzen (MÜLLER, a.a.O., S. 537). Die Begründung soll den Rechtssubjekten zeigen, dass man sich mit ihren Eingaben und Interessen sorgfältig auseinandergesetzt hat, sie von der Legitimität des Entscheids überzeugen und ihnen die Sicherheit vermitteln, ernst genommen zu werden. Die entscheidende Behörde muss sich von Argumenten leiten lassen, die einer Nachprüfung standhalten; dadurch reduziert sich die Gefahr des Abstellens auf unsachliche Motive. Nur wenn der Verfügungsadressat die Gründe der Entscheidbehörde kennt, kann er sich dagegen sachgerecht zur Wehr setzen. Die Begründung muss nur diejenigen Gründe nennen, die für den Entscheid von tragender Bedeutung sind. Die Begründung muss umso einlässlicher sein, je intensiver ein Entscheid in die Rechtsstellung des Betroffenen eingreift, je komplexer die zu beurteilenden Rechts- und Sachverhaltsfragen sind, und je weiter der Entscheidungsspielraum der Behörde ist. Ein mangelhaft begründeter Entscheid ist auf Beschwerde hin grundsätzlich aufzuheben; ein Nachschieben der Begründung im Rechtsmittelverfahren genügt in der Regel nicht, um davon abzuweichen (vgl. im Einzelnen MÜLLER, a.a.O., S. 535 ff., mit zahlreichen Verweisen auf die Rechtsprechung). Die Begründung darf sich auf jene Aspekte beschränken, die von der Behörde willkürfrei als wesentlich betrachtet werden; allerdings muss aus der Motivierung ersichtlich sein, wieso die Behörde die vorgebrachten Äusserungen und Einwendungen für nicht erheblich, unrichtig oder allenfalls unzulässig gehalten hat (ALBERTINI, a.a.O., S. 369, mit Verweisen auf Literatur und Rechtsprechung, und S. 404).

Weiter zählen zu den Garantien der verfahrensrechtlichen Kommunikation die hier nicht im Vordergrund stehenden Ansprüche auf Akteneinsicht, die sicherstellen sollen, dass die Rechtsunterworfenen die Entscheidungsgrundlagen kennen (MÜLLER, a.a.O., S. 525 ff.), auf einen Entscheid der richtig zusammengesetzten zuständigen Behörde und auf Ausschöpfung der Kognition.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör bildet quasi das individualrechtliche Korrelat zum Untersuchungsgrundsatz im Verwaltungsverfahren und dient wie

dieser der Findung der materiellen Wahrheit. Die Verwaltung hat von sich aus für die richtige und vollständige Abklärung des Sachverhalts zu sorgen. Die Abklärungspflicht bezieht sich auf den rechtserheblichen Sachverhalt. Rechtserheblich sind alle Tatsachen, von deren Vorliegen es abhängt, ob so oder anders zu entscheiden ist. Zusätzliche Abklärungen sind vorzunehmen oder zu veranlassen, wenn aufgrund der Parteivorbringen oder anderer sich aus den Akten ergebender Anhaltspunkte hinreichend Anlass besteht (vgl. BGE 117 V 282 ff.).

Der an die Behörde gerichtete Untersuchungsgrundsatz und das ihn ergänzende Parteirecht des Gehörsanspruchs sollen mit anderen Worten sicherstellen, dass der Sachverhalt korrekt und vollständig ist, dass die erheblichen Beweise erhoben und zutreffend gewürdigt werden und dass der Entscheid auf alle wesentlichen Elemente abstützt und in nachvollziehbarer Weise begründet ist.

4.2 Die Beschwerdeführerinnen rügen zunächst die Verletzung des Anspruchs auf Prüfung und Berücksichtigung von frist- und formkonform eingereichten Eingaben. Das rechtliche Gehör umfasse nicht nur den Anspruch, sich vor Erlass der Verfügung zur Sache äussern und Akteneinsicht nehmen zu können, sondern auch das Recht, mit erheblichen Beweisanträgen effektiv gehört zu werden. Entsprechend müsse die Behörde die erheblichen Vorbringen prüfen und würdigen. Das Ergebnis müsse sich in der Verfügung niederschlagen. Zwar dürfe sich die Begründung auf die wesentlichen Aspekte beschränken. Bei nicht behandelten oder berücksichtigten Vorbringen müsse die Behörde aber ausführen, inwiefern sie nicht erheblich, unrichtig oder evtl. unzulässig seien. Das gelte insbesondere, wenn der Sachverhalt wie hier bestritten oder komplex sei, da gemäss der Rechtsprechung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hohe Anforderungen an die Sachverhaltsabklärung und die materielle Begründung zu stellen seien. Diesen Anforderungen werde die Verfügung nicht gerecht. Das ergebe sich schon daraus, dass sie mit dem Antrag des Sekretariats bis auf wenige Ziffern übereinstimme. Nur in einer Ziffer finde sich ein Hinweis darauf, dass die Stellungnahme überhaupt bei der Vorinstanz eingetroffen sei (Senkung eines Betrags in Rz. 32 der Verfügung). Neu sei ferner eine nicht begründete Ziffer des Dispositivs (Mitteilungspflicht). Alle übrigen Vorbringen seien ungehört geblieben (vgl. dazu im Einzelnen unten Ziff. 4.3 ff.). Die Verfügung schweige sich vollständig darüber aus, weshalb sämtliche Vorbringen allenfalls unwesentlich, untauglich oder unzulässig gewesen seien. Wegen der Nichtprüfung oder Nichtberücksichtigung beziehungsweise deren fehlender Begründung sei es ihr unmöglich zu beurteilen, ob sich eine Anfechtung der Verfügung rechtfertige. Sie müsse den Beschwerdeweg beschreiten, um zu erfahren, inwiefern ihre Vorbringen wesentlich seien. Indem die Vorinstanz den Antrag des Sekretariats praktisch unverändert übernommen habe, statt sich mit den Parteivorbringen nochmals zu befassen, sei auch der spezialgesetzliche Gehörsanspruch (Art. 30 Abs. 2 KG) verletzt worden.

Die Wettbewerbskommission hält entgegen, zwar müsse die Behörde alle erheblichen und rechtzeitigen Vorbringen in der Entscheidungsfindung würdigen. Aus der Begründungspflicht folge aber nicht, dass der Entscheid alle Behauptungen und Einwände wiedergeben müsse. Die Begründung dürfe sich auf die Aspekte beschränken, die von der Behörde willkürfrei als wesentlich beziehungsweise entscheiderelevant betrachtet würden. Aus der Gesamtheit der Begründung müsse, allenfalls implizit, hervorgehen, weshalb das Vorgebrachte als unwesentlich betrachtet wurde beziehungsweise weshalb die Behörde den Parteistandpunkten nicht gefolgt sei. Die Begründung müsse so abgefasst sein, dass der Entscheid sachgerecht angefochten werden könne. Ein Anspruch auf eine ausführliche schriftliche Urteilsbegründung bestehe nicht. Vorliegend sei nachvollziehbar, aus welchen Gründen die Vorbringen abgelehnt worden seien. Es treffe daher nicht zu, dass die Beschwerdeführerinnen nur mittels eines Rechtsmittels feststellen lassen könnten, ob die Vorbringen wesentlich seien. Im Übrigen stimmten Antrag und Verfügung deshalb überein, weil die Argumente der Beschwerdeführerinnen bereits vor ihrer Stellungnahme im Wesentlichen bekannt gewesen seien. Diese hätten im Lauf des Verfahrens viermal Gelegenheit gehabt, sich schriftlich zur Sache zu äussern, und die Stellungnahme zum Antrag hätte sich im Wesentlichen darauf beschränkt, früher vorgebrachte Argumente zu wiederholen, denen schon vorher Rechnung getragen worden sei. Da die Vorbringen der Parteien bereits bekannt gewesen und behandelt worden seien, stehe es der Wettbewerbskommission frei, den Antrag des Sekretariats zu übernehmen.

4.3 Der Vorinstanz ist grundsätzlich darin zuzustimmen, dass sie sich mit bereits bekannten Vorbringen nach der Stellungnahme zum Antrag des Sekretariats nicht erneut auseinandersetzen muss. Wenn aber bereits der Antrag ein erhebliches Vorbringen nicht behandelt (oder es stillschweigend verwirft), muss in der Verfügung darauf eingegangen werden (vgl. BGE 124 V 180 E. 2b, nach welchem die wörtliche Wiederholung des Vorbescheides in der Verfügung, ohne sich mit den Argumenten des Beschwerdeführers auseinanderzusetzen, eine Verletzung des rechtlichen Gehörs darstellt).

4.3.1 Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, die Wettbewerbskommission habe sich nicht mit dem Vorbringen befasst, auf eine Marktoffensive von Cablecom vom 17. November 2003 (Erhöhung der Bandbreiten, Senkung der Preise) reagieren zu müssen. Diese Offensive habe die Beschwerdeführerinnen veranlasst, am 2. Dezember 2003 per Februar 2004 ebenfalls Anpassungen vorzunehmen. Dies sei der Vorinstanz an der Anhörung vom 1. Dezember 2003 mitgeteilt und am folgenden Tag unter Beilage von Dokumenten bestätigt worden. Die Vorinstanz habe diese Tatsache jedoch ausser Acht gelassen.

Wenn die Beschwerdeführerinnen auf eine Erhöhung der Bandbreiten und eine Senkung der Preise von Cablecom (Endkundenmarkt) mit einer Anpassung des BBCS (Wholesalemarkt) reagieren, kann dies bedeu-

ten, dass der Einfluss der Verhältnisse im Endkundenmarkt auf den relevanten Markt stärker ist als von der Vorinstanz angenommen, dass sie sich mit anderen Worten von Anbietern eines schnellen Internetzugangs über das Kabelnetz nicht unabhängig verhalten können. Das wiederum ist geeignet, die von der Vorinstanz diagnostizierte beherrschende Stellung im relevanten Wholesalemarkt in Frage zu stellen. Das Vorbringen ist daher wesentlich.

Um ein von der Vorinstanz bereits vorher geprüftes und gewürdigtes Element kann es sich hier schon deshalb nicht handeln, weil es der Vorinstanz erst Anfang Dezember 2003 kommuniziert wurde, während der Antrag des Sekretariates vom 4. August 2003 und die Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen vom 17. Oktober 2003 datieren. Die Verfügung setzt sich mit diesem Vorbringen denn auch an keiner Stelle auseinander. Die Vorinstanz hat den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerinnen verletzt, indem sie das Vorbringen bei der Beurteilung des Einflusses des Wettbewerbs im Endkundenmarkt auf den Wholesalemarkt nicht in ihre Überlegungen einbezogen oder nicht mindestens begründet hat, weshalb es unwesentlich sein sollte.

Die Wettbewerbskommission bringt zu diesem Punkt nur materielle Argumente vor, auf die an anderer Stelle zurückzukommen ist (vgl. Ziff. 5.1.1). Diese Argumente ändern an der genannten Schlussfolgerung nichts.

4.3.2 Die Beschwerdeführerinnen beanstanden, die Wettbewerbskommission habe nicht berücksichtigt, dass die Senkung der Endkundenpreise durch Bluewin per 1. März 2002 eine Reaktion auf das von Cablecom Mitte 2000 gesetzte Preisniveau gewesen sei. Trotz ihres Hinweises übernehme die Verfügung den Antrag unverändert; ihr sei auch nicht zu entnehmen, weshalb der Umstand allenfalls unerheblich wäre.

Wenn sich die Beschwerdeführerinnen in ihrer Preisgestaltung im Endkundenmarkt an Konkurrenzprodukte anpassen, spricht dies für Wettbewerbsdruck, der ihren Einfluss auf diesen Markt relativiert. Dies wiederum könnte die diagnostizierte beherrschende Stellung im Wholesalemarkt in Frage stellen. Das Vorbringen ist daher wesentlich.

Die Verfügung geht auf das Vorbringen nicht ein. Weder behandelt sie es, noch begründet sie, weshalb es nicht wesentlich sein sollte. Die Vorinstanz hat den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerinnen verletzt, indem sie auf Abklärung und Würdigung verzichtet und das Vorbringen stattdessen quasi stillschweigend verworfen hat.

Auch diesbezüglich argumentiert die Vorinstanz nur materiell. Auf diese Argumente, die an der genannten Schlussfolgerung nichts ändern, ist an anderer Stelle einzugehen (vgl. Ziff. 5.1.2).

4.3.3 Die Beschwerdeführerinnen bemängeln, die Vorinstanz habe sich nicht mit dem Vorbringen befasst, dass die Kosten des Internetzugangs über Satellit keineswegs so hoch seien, wie im Antrag angenommen. Wer bereits über Satellit TV-Programme

empfange, benötige bloss noch eine DVB-Karte für CHF 150.-; bei erstmaliger Satellitenbenutzung betrügen die Investitionskosten CHF 300.-, und die wiederkehrenden Kosten seien kompetitiv (ab CHF 99.-/Jahr). Der Internetzugang über eine Satellitenverbindung sei daher ein klares Substitut zu ADSL.

Nach Auffassung der Wettbewerbskommission betrifft dieses Vorbringen nicht den Sachverhalt sondern die Würdigung, welche unter dem Titel des rechtlichen Gehörs nicht relevant sei.

Soweit sich die Würdigung der Vorinstanz auf unzutreffende tatsächliche Annahmen stützt, ist eine Frage des Sachverhalts angesprochen. Nimmt die Wettbewerbskommission zu Unrecht hohe Kosten an, kann sich daraus eine unzutreffende Beurteilung der Substituierbarkeit von ADSL-Diensten im Endkundenmarkt und der potenziellen Konkurrenz in diesem Markt ergeben. Das Vorbringen ist daher wesentlich. Das rechtliche Gehör als individualrechtliches Gegenstück zum Untersuchungsgrundsatz zielt auf die korrekte und vollständige Feststellung des Sachverhalts. Wenn die Verfügungsempfängerinnen darauf hinweisen, dass die Würdigung auf unzutreffenden Sachverhaltsannahmen beruht, ist die Wettbewerbskommission gehalten, darauf einzugehen. Die Verfügung setzt sich mit dem Vorbringen jedoch an keiner Stelle auseinander. Der Gehörsanspruch der Beschwerdeführerinnen wurde somit verletzt.

4.3.4 Die Beschwerdeführerinnen bemängeln, die Vorinstanz habe sich nicht mit dem Vorbringen auseinandergesetzt, dass WLAN zum relevanten Markt gehöre. WLAN könne nicht nur an öffentlich zugänglichen Standorten genutzt werden; auch Mehrfamilienhäuser könnten erschlossen werden. Die Wettbewerbskommission äussert auch diesbezüglich, die Frage betreffe nur die Würdigung.

Soweit sich die Würdigung auf unzutreffende tatsächliche Annahmen stützt, sind Sachverhaltsfragen angesprochen. Die Vorinstanz hat sich aber nicht auf unzutreffende Sachverhaltselemente gestützt, indem sie festhielt, WLAN sei in der Regel in öffentlichen Räumlichkeiten (Bahnhöfe, Flughafen, Kongresszentren etc.) anzutreffen. Es darf als bekannt vorausgesetzt werden, dass die schweizerische Bevölkerung grossmehrheitlich zur Miete wohnt und daher auf die Ausrüstung der Wohnungen mit WLAN keinen Einfluss hat. Die eher theoretische Möglichkeit, Mehrfamilienhäuser mit WLAN auszustatten, ist für die Substituierbarkeit von ADSL-Diensten im Endkundenmarkt daher nicht wesentlich und musste nicht ausdrücklich erwähnt werden. Eine Gehörsverletzung liegt insofern nicht vor.

4.3.5 Die Beschwerdeführerinnen beanstanden, die Vorinstanz gehe zu Unrecht von zwei Millionen internetfähigen Kabelnetzanschlüssen aus. Ihr Vorbringen, die korrekte Zahl betrage 2,3 Millionen, sei nicht gehört worden. Damit hätten deutlich über 50% der 3,8 Millionen Telefonkunden, falls diese alle dereinst über ADSL verfügen sollten, bereits heute eine echte Wahlmöglichkeit. Die Wettbewerbskommission äussert sich dazu in ihrer Vernehmlassung nicht.

Die Verfügung nennt die Anzahl der internetfähigen Kabelnetzanschlüsse im Zusammenhang mit dem potenziellen Wettbewerb und dem Einfluss des Endkundenmarktes auf den Wholesalemarkt. Beides betrifft die Beurteilung einer marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdeführerinnen und ist daher wesentlich. Der Gehörsanspruch zielt auf korrekte und vollständige Sachverhaltsfeststellung. Der Sachverhalt ist nicht korrekt, wenn die Wettbewerbskommission nachweislich nicht mehr aktuelle Daten nicht anpasst. Es ist nicht einsichtig, weshalb sie ihrer Verfügung nicht die aktuellen Marktdaten zugrunde gelegt hat, übrigens entgegen ihrer Behauptung in Randziffer 60 der Vernehmlassung. Wenn die Beschwerdeführerinnen in der Lage waren, in ihrer Stellungnahme zum Antrag die Angabe von 2,3 Millionen internettauglichen Kabelanschlüssen zu liefern, kann nicht zutreffen, dass bei Erlass der Verfügung keine aktuelleren Marktdaten verfügbar waren. Die Vorinstanz hat den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerinnen verletzt, indem sie die unzutreffende Angabe in ihrer Verfügung nicht korrigiert hat. Ob sie bei dieser Anzahl internettauglicher Kabelanschlüsse zu einer anderen Schlussfolgerung gelangt wäre, kann angesichts des formellen Charakters des Gehörsanspruchs dahingestellt bleiben.

4.3.6 Die Beschwerdeführerinnen beanstanden, die Vorinstanz habe ihr Vorbringen nicht berücksichtigt, nach welchem am 1. März 2002 nicht nur Bluewin, sondern ein weiterer ISP in den Genuss eines vergleichbaren Rabatts gekommen sei. Ein Hinweis auf diesen Umstand und eine Begründung, weshalb dieser für die Beurteilung des Sachverhalts irrelevant sei, fehle auch in der Verfügung. Nicht berücksichtigt worden sei sodann die Kritik an der Darstellung, die übrigen ISP seien allesamt ausserstande gewesen, auf die Preissenkung von Bluewin zu reagieren. Diese Aussage sei in der Stellungnahme zum Antrag widerlegt worden. Angesichts gleicher Kosten wie Bluewin sei mindestens ein weiterer ISP in der Lage gewesen, die Preise zu senken, und habe eine Preissenkung nach derjenigen von Bluewin, aber noch vor dem Erlass der vorsorglichen Massnahmen vom 6. Mai 2002 am 9. April 2002 auch tatsächlich angekündigt. Dies habe zu einem sofortigen, nicht erst nach Wirksamwerden der Preissenkung einsetzenden (von den Beschwerdeführerinnen in der Beschwerde im Übrigen bezifferten) Kundenwachstum geführt. Dennoch übernehme die Verfügung den Antrag, ohne sich mit den Vorbringen auseinanderzusetzen.

Der Wettbewerbskommission geht es vorliegend um die Wettbewerbsverhältnisse als solche, von denen alle ISP betroffen sind. Die Beschwerdeführerinnen argumentierten daher an der Sache vorbei. Die Wettbewerbskommission habe sich mit den Spezialrabatten durchaus befasst. Diese seien ausser in einem Fall für beschränkte Zeit (September 2001 - Juni 2002) mit Zusatzbedingungen verbunden gewesen (Zuwachs Kundenzahl). Trotz Zusatzrabatt und vorsorglicher Massnahmen habe ein weiterer ISP (nach Bluewin) die Anzahl Kunden, welche zum Maximalrabatt berechtigten, erst im Oktober 2002 erreicht. Weil die Zusatzrabatte im Übrigen an zusätzliche Bedingungen ge-

knüpft gewesen seien, sei trotzdem eine Diskriminierung verblieben. Die Untersuchung fokussiere auf das gesamte Rabattsystem. Dass ein ADSL-Anbieter zeitweise dieselben Bedingungen gehabt habe wie Bluewin, ändere an den Verhältnissen insgesamt nichts und sei daher nicht erheblich.

Die Frage, welches Unternehmen welche Rabatte gehabt hat beziehungsweise aufgrund der Marktentwicklung hätte erhalten können, und ob nur Bluewin die Preise senken konnte oder auch weitere ISP, wird in der Verfügung beim Diskriminierungstatbestand behandelt, konkret bei der Frage, ob das Rabattsystem ein unzulässiger bevorzugender Rabatt sei. Die Tatsache, dass ein weiterer ISP während einer kurzen Zeit (ab Februar 2002) vom selben Rabatt profitieren konnte wie Bluewin, und dass auch er die Preise senken konnte (und dies auch tatsächlich tat), spricht für sich genommen nicht gegen einen bevorzugenden Rabatt und ist daher nicht wesentlich. Dies wird aus der Verfügung ersichtlich, auch wenn die Wettbewerbskommission es nicht ausdrücklich gesagt hat. Eine Gehörsverletzung liegt aus diesen Gründen nicht vor.

4.3.7 Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, sie hätten die Vermutung der Vorinstanz, ohne die vorsorglichen Massnahmen hätte ausser Bluewin kein ISP bis Ende 2002 oder überhaupt jemals 20'000 Kunden akquirieren können, in der Stellungnahme zum Antrag aufgrund effektiver Zahlen und einer einfachen Schätzung (Extrapolation des Kundenwachstums) widerlegt. Die Verfügung setze sich damit nicht auseinander.

Die Wettbewerbskommission bringt diesbezüglich in ihrer Vernehmlassung nichts Zusätzliches vor.

Auch hier geht es um die Frage, ob ein bevorzugender Rabatt vorliegt, der einem oder mehreren bestimmten Unternehmen vorbehalten ist. Die Antwort auf diese Frage ist nicht davon abhängig, ob die übrigen ISP ebenfalls bald eine Kundenzahl erreicht hätten, die ihnen zum Maximalrabatt verholfen hätte, was die Beschwerdeführerinnen zunächst mit dem Verweis auf das rasante Wachstum des ADSL-Marktes (Stellungnahme zum Antrag) und dann gestützt auf die erwähnte Extrapolation (Verwaltungsbeschwerde) belegen wollten. Sie ist vielmehr davon abhängig, ob die Rabattierung, falls sie eine Behinderung anderer Unternehmen bei der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs ist, eine sachlich gerechtfertigte Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte oder eine Diskriminierung ist.

Das Vorbringen ist daher in diesem Zusammenhang nicht wesentlich. Die Vorinstanz hat den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerinnen nicht verletzt, indem sie sich mit der mit einem neuen Argument unterlegten Behauptung nicht erneut befasste.

4.3.8 Die Beschwerdeführerinnen argumentieren, ihr Vorbringen, der Diskriminierungsvorwurf könne nicht nur aufgrund der Marktentwicklung bis September 2002 (Abbildung 3 der Verfügung) beurteilt werden, sondern es seien neuere Daten beizuziehen, sei von der Vorinstanz nicht behandelt worden. Ein ISP habe

die für den Maximalrabatt notwendige Kundenzahl bereits im September 2002 erreicht. Dennoch übernehme die Verfügung nur den Antrag, ohne zu sagen, weshalb neue Daten unerheblich seien.

Die Wettbewerbskommission entgegnet, ab Mai 2002 seien die Verhältnisse durch die vorsorglichen Massnahmen bestimmt gewesen. Die Marktentwicklung erlaube daher keine Schlussfolgerungen über die Diskriminierungswirkung des Rabattsystems mehr.

Angesprochen ist hier, wie in den Ziffern 4.3.6 und 4.3.7, die Frage, ob ein bevorzugender Rabatt vorliegt, der bestimmten Unternehmen vorbehalten ist. Daher kann betreffend Gehörsverletzung auf die dortigen Schlussfolgerungen verwiesen werden. Es trifft zu, dass die Marktentwicklung ab Mai 2002 durch die vorsorglichen Massnahmen bestimmt war, und dass die dadurch beeinflusste Entwicklung der Kundenzahlen daher nicht als Element zur Beurteilung der Verhaltensweise herangezogen werden kann.

4.3.9 Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, ihre Korrektur der connectivity-Kosten sei nicht berücksichtigt worden. Der Betrag von CHF [...] (Antrag) sei auf CHF [...] korrigiert worden, nicht entsprechend der Angabe in einem früheren Schreiben des Sekretariates auf CHF [...]. Die Vorinstanz habe nicht offen gelegt, wie sie diesen Wert berechnet habe. Der begründete Antrag der Beschwerdeführerinnen, auf die von ihr für einen ISP ausgewiesenen Vollkosten (*access und connectivity*) abzustellen, sei nicht gehört und behandelt worden.

Die Wettbewerbskommission entgegnet, die Berechnung des Wertes von CHF [...] sei transparent; die Beschwerdeführerinnen würden ihrerseits Berechnungen dieser Art anstellen und kämen dabei auf noch höhere Werte (CHF [...]). Sie liefert ausserdem eine Berechnungsformel, der die Annahme einer Überbuchungsrate von zehn zugrunde liegt. Zum Argument der Beschwerdeführerinnen, dass man auf Vollkosten abstellen müsste, äussert sie sich nicht.

Ob man bei den *connectivity-Kosten* von CHF [...] oder CHF [...] ausgeht, dürfte von untergeordneter Bedeutung sein. Aus der Verfügung wird im Übrigen nicht ersichtlich, wofür der genannte Betrag bedeutsam sein sollte; die Erwägungen nehmen darauf an keiner Stelle ausdrücklich Bezug. Ebensowenig kann der Verfügung oder der Beschwerde entnommen werden, inwiefern das Abstellen auf Vollkosten für die Schlussfolgerungen bedeutsam wäre. Ob die Kostenangaben im Sachverhalt eine Reminiszenz aus einer früheren Untersuchungsphase sind, in welcher das Verhältnis von BCS-Kosten und Endkundenpreisen im Vordergrund stand, entzieht sich der Kenntnis der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen. Aus jetziger Sicht erscheinen die beiden Vorbringen jedenfalls nicht als entscheidungswesentlich, weshalb keine Gehörsverletzung vorliegt.

4.3.10 Schliesslich bemängeln die Beschwerdeführerinnen die Feststellung in der Verfügung, der Grund für die Umteilung der Anschlusskosten von den variablen zu den fixen Kosten sei nicht bekannt. Dies sei

in der Stellungnahme zum Antrag jedoch erläutert worden.

Die Wettbewerbskommission führt aus, die entsprechenden Ausführungen seien für die Beurteilung des Rabattsystems irrelevant. Die Zuteilung der Anschlusskosten zu den variablen Kosten sei unter dem Titel der Prüfung einer Quersubventionierung erfolgt. Eine solche hätte nicht nachgewiesen werden können. Ein Eingriff in die Rechtsstellung der Beschwerdeführerinnen liege somit nicht vor.

Die Aussage, der Grund der Umteilung der genannten Kosten sei der Wettbewerbskommission nicht bekannt, findet sich im Zusammenhang mit der Prüfung, ob Bluewin von den Beschwerdeführerinnen aus den Monopoldiensten quersubventioniert wird, was eine unzulässige Verhaltensweise sein könnte, wenn die quersubventionierte Leistung auf Dauer nicht mindestens selbsttragend erbracht werden könnte. Die Vorinstanz verneinte eine Quersubventionierung gestützt auf eine prospektive Analyse aufgrund der Businesspläne, wobei sie die Anschlusskosten nicht entsprechend den Angaben der Beschwerdeführerinnen umteilte. Die Umteilung ist somit nicht entscheidungsrelevant, weshalb keine Gehörsverletzung vorliegt, auch wenn es nicht von einer die Beschwerdeführerinnen ernst nehmenden Haltung der Wettbewerbskommission zeugt, wenn sie unzutreffende Aussagen in der Verfügung nicht bereinigt.

4.4 Die Beschwerdeführerinnen rügen weiter, die Vorinstanz habe diverse in der Stellungnahme zum Antrag und anlässlich der Anhörung gestellte Beweisanträge nicht berücksichtigt. So sei verschiedentlich beantragt worden, Marktabgrenzung, Marktstellung und Wirkung bestimmter Verhaltensweisen nicht nur mit qualitativen, sondern auch mit quantitativen Analysen der vom Sekretariat erhobenen Daten zu prüfen, und bei der Entscheidungsfindung seien neue Tatsachen zu berücksichtigen. Zwar könne die Behörde aufgrund einer antizipierten Beweiswürdigung auf die Abnahme eines Beweises verzichten, müsse diesfalls aber mindestens begründen, wieso sie die Beweisanträge für unerheblich oder unzulässig halte. Dies gelte umso mehr, als die Abgrenzung zulässigen und unzulässigen Verhaltens von marktmächtigen Unternehmen schwierig sei, hohe Sorgfalt verlange und gemäss der Rechtsprechung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hohe Anforderungen an die Beweiserhebung und -würdigung stelle. Der Verzicht der Vorinstanz auf die Entgegennahme der Beweisanträge oder auf eine begründete Ablehnung derselben verletze das rechtliche Gehör.

Die Wettbewerbskommission argumentiert, quantitative Analysen seien in der Stellungnahme nur vage gefordert worden. Die Beschwerdeführerinnen hätten keine konkreten Beweisführungsmassnahmen gefordert und auch keine Dokumente, Studien etc. angeboten. Angesichts der durchgeführten technischen und wirtschaftlichen Analysen habe auf ökonomische Studien verzichtet werden können. Aus der Stellungnahme zum Antrag sei nicht hervorgegangen, dass die Beschwerdeführerinnen neue Sachverhaltsermittlungen in Gang hätten setzen wollen. Das

**handout** habe nur Angaben enthalten, die schon verschiedentlich vorgebracht und in der Verfügung behandelt worden seien. Von einer Verletzung des rechtlichen Gehörs könne keine Rede sein, da die Beschwerdeführerinnen fünfmal schriftlich und einmal mündlich angehört worden seien. Die Vorbringen seien geprüft worden und aufgrund der Verfügung sei nachvollziehbar gewesen, weshalb sie allenfalls abgelehnt worden seien. Die Anforderungen an die Begründungspflicht seien erfüllt.

4.4.1 Was die Berücksichtigung quantitativer Kriterien angeht, brachten die Beschwerdeführerinnen in der Stellungnahme zum Antrag wenig Konkretes vor. Sie bedauerten, dass nur auf qualitative Daten abgestellt wurde, weil ökonomische Instrumente einen wertvollen Beitrag zur Klärung kontroverser Fragen hätten leisten können. Beispielsweise hätte man zeigen können, wie sich eine Preisänderung beim BBS im Kabelinternet (Endkundenmarkt) auswirkt. Dies hätte es erlaubt, die Marktsegmentierung und die Beurteilung der Marktstellung zu überprüfen. Entsprechende Instrumente seien verfügbar und von der Wettbewerbskommission in anderen Fällen auch schon angewendet worden. Das Datenmaterial für solche Analysen sei in der Untersuchung erhoben worden. Die Anforderungen an die Beweisführung und Beweiswürdigung seien nicht erfüllt. In der Verwaltungsbeschwerde wird dies wiederholt.

Es trifft zu, dass diese Vorbringen wenig konkret sind und dass die Beschwerdeführerinnen keine eigenen Dokumente ins Recht legten. Die Schlussfolgerung der Beschwerdeführerinnen, die Anforderungen an Beweisführung und -würdigung seien nicht erfüllt, betrifft im Übrigen vorab die materielle Betrachtung, nicht die formelle Frage des rechtlichen Gehörs. Eine Verletzung des Gehörsanspruchs liegt daher insofern nicht vor.

4.4.2 Hinsichtlich der Berücksichtigung neuer Tatsachen (zeitlich relevanter Sachverhalt) führten die Beschwerdeführerinnen in der Stellungnahme zum Antrag aus, die Vorinstanz habe nicht auf die Verhältnisse im Verfügungszeitpunkt beziehungsweise auf die aktuellen Daten abgestellt. Bei den ADSL-beziehungsweise BBS-Kunden werde auf die Zahlen am 30. September beziehungsweise 30. November 2002 abgestellt, bei den internettauglichen Kabelanschlüssen auf die Werte von Ende Juni 2003.

In der Beschwerde ergänzen die Beschwerdeführerinnen, die Nichtberücksichtigung dieser bereits oben in Ziffer 4.3 geprüften Vorbringen verletze nicht nur ihren Gehörsanspruch, sondern auch den Untersuchungsgrundsatz (Art. 12 VwVG). Nach diesem obliege es der Behörde, den massgeblichen Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen. Die Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes führe ebenfalls zu einer Aufhebung der angefochtenen Verfügung.

Dem ist grundsätzlich zuzustimmen, wobei im Einzelnen auf die Ausführungen gemäss Ziffer 4.3 sowie auf Ziffer 4.1 am Ende verwiesen werden kann. Soweit die Beschwerdeführerinnen rügen, nebst der Gehörsverletzung durch Nichtberücksichtigung von Parteivor-

bringen stelle die Nichtberücksichtigung dieser Vorbringen auch eine Verletzung des Anspruchs auf Abnahme von Beweisanträgen dar, erübrigen sich weitere Ausführungen, nachdem diverse Gehörsverletzungen in Ziffer 4.3 ff. bereits festgestellt wurden.

4.4.3 Was das anlässlich der Anhörung vom 1. Dezember 2003 der Wettbewerbskommission übergebene **handout** angeht, ist zunächst festzuhalten, dass dieses

- die Entwicklung des schnellen Internetzugangs über das Kabel- und das Telefonnetz bis Mitte 2003 und das Aufholen des ADSL-Kanals zeigt,
- die Marktanteile grosser Anbieter in beiden Kanälen (als 100% zu setzen) im Endkundenmarkt beziffert,
- auf einer Landeskarte die über das Kabelnetz erschlossenen Gebiete ausweist,
- einen Produkte- und Preisvergleich für den schnellen Internetzugang über die beiden Netze gemäss der Homepage von Cablecom bringt, der die Attraktivität des Angebots im Kabelinternet illustriert (höhere Bandbreiten, tiefere Preise).

Ausserdem wurde der Wettbewerbskommission, wie bereits in Ziffer 4.3.1 ausgeführt, anlässlich der Anhörung mitgeteilt, die Beschwerdeführerinnen müssten auf eine Marktoffensive von Cablecom reagieren. Dies wurde mit Schreiben vom 2. Dezember 2003 schriftlich bestätigt. Unabhängiges Verhalten sei somit nicht möglich. Wie gezeigt wurde, verletzt die Nichtberücksichtigung der Marktoffensive von Cablecom und der Anpassungen der Beschwerdeführerinnen beim BBS den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerinnen. Die weitere Prüfung, ob das rechtliche Gehör auch durch Nichtprüfung eines Beweisantrags verletzt wurde, erübrigt sich.

Was die Informationen im **handout** angeht, sind diese für die Frage der Marktstellung der Beschwerdeführerinnen relevant. Sie dokumentieren die Aufholjagd von ADSL, relativieren die Bedeutung von Bluewin im Endkundenmarkt (Marktanteil gemessen an allen Endkunden, nicht nur an denjenigen im ADSL-Bereich), zeigen das Potenzial des Internetzugangs über die Kabelnetze (2,3 Mio. internetfähige Kabelanschlüsse), allerdings ohne auszuweisen, in welchen Gebieten eine internetfähige Infrastruktur besteht, und die Konkurrenzfähigkeit des Kabelinternets hinsichtlich Bandbreiten und Preisen. Alle diese Angaben sind wesentlich zur Bestimmung des Wettbewerbs im Endkundenmarkt und seiner Bedeutung für den Wholesalemarkt.

Die Verfügung setzt sich mit diesen Elementen entgegen der Behauptung der Wettbewerbskommission nicht auseinander: Sie beschränkt sich unter dem Titel "Einfluss des nachgelagerten Marktes" auf Argumente zur so genannten Spiegelbildtheorie und schliesst aus dem unzulänglich berechneten Anteil von Bluewin im Endkundenmarkt (50% ausschliesslich bezogen auf den ADSL-Bereich), der Anzahl der mit Kabel- und Telefonnetz erschlossenen Haushalte, der Struktur der Kabelnetzbetreiber und der Finanzkraft der Beschwerdeführerinnen auf deren "nicht zu unterschät-



zende Marktmacht", aus der sich ein beschränkter Einfluss der Kabelnetzbetreiber auf die Preisgestaltung der Beschwerdeführerinnen im Wholesalemarkt ergebe.

Die Vorinstanz hat den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerinnen verletzt, indem sie die entsprechenden Beweisanträge nicht behandelte oder nicht mindestens begründete, weshalb sie irrelevant sein sollten. Dass es sich um Beweisanträge handelte, ergibt sich aus den Ausführungen der Beschwerdeführerinnen mit ausreichender Klarheit und geht zudem aus dem Protokoll der Anhörung vom 1. Dezember 2003 hervor.

4.5 Weiter sind die Beschwerdeführerinnen der Ansicht, das Verbot der Durchsetzung der untersuchten Rabattordnung lasse sie im Unklaren darüber, ob und in welchem Umfang Volumen- oder andere Rabatte kartellrechtlich unbedenklich seien. Zwar werde das untersuchte Rabattsystem untersagt, der Rahmen zulässigen Handelns werde aber nicht abgesteckt. Dies sei unter dem Aspekt der Rechtssicherheit und der Bestimmtheit einer Verfügung problematisch, weshalb die Verfügung auch unter diesem Titel mangelhaft sei.

Die Wettbewerbskommission hält dagegen, ihre Aufgabe bestehe in einer *ex post*-Beurteilung eines konkreten Verhaltens, nicht in einem regulierenden Eingriff in die unternehmerische Verantwortung. Im Übrigen lasse sich der Verfügung sehr wohl entnehmen, bei welchen Kostenposten Skalenerträge bestünden, die sich in Volumenrabatten niederschlagen dürften. Die Beschwerdeführerinnen seien daher auch ohne ausdrückliche Regelung in der Lage, die Rabatte diskriminierungsfrei auszugestalten.

Es trifft zu, dass die Wettbewerbskommission Verhaltensweisen zu beurteilen und nicht vorzuschreiben hat, wie sich ein Unternehmen im Markt verhalten muss. Die Situation ist für alle marktbeherrschenden Unternehmen insofern gleich, indem das Kartellgesetz nur Beispiele für unzulässige Verhaltensweisen nennt. Eine materielle Unschärfe besteht diesbezüglich immer, unabhängig davon, ob die Wettbewerbskommission ein bestimmtes Verhalten untersucht oder nicht. Das ist eine einer Missbrauchsgesetzgebung immanente Erscheinung, die mit dem Risiko der Unternehmen einhergeht, in ein kartellrechtliches Verfahren verwickelt zu werden. Dennoch liegt die Verantwortung für das Verhalten grundsätzlich beim Unternehmen. Dieses ist gefordert, sich nicht diskriminierend zu verhalten. Unklarheiten können aufgrund der Ausführungen der Verfügung zu den ISP-spezifischen Kostenpositionen oder im Rahmen der Beratungstätigkeit des Sekretariates der Wettbewerbskommission ausgeräumt werden, neuerdings auch mittels vorgängiger Meldung eines geplanten Verhaltens, das die direkte Sanktionierbarkeit nach dem neuen Recht ausschliesst (Art. 49a Abs. 1 und Abs. 3 KG).

Ein formeller Mangel kann in der Untersagung des untersuchten Rabattsystems ohne Konkretisierung der zulässigen Rabatte daher nicht erblickt werden.

4.6 Die Beschwerdeführerinnen bringen vor, die Pflicht, Änderungen von Preisen und Rabatten jeweils vorgängig mitzuteilen (Ziff. 4 des Dispositivs), sei in Verletzung des rechtlichen Gehörs ergangen. Weder habe sie Gelegenheit gehabt, sich dazu zu äussern, da diese Ziffer erst nach der Anhörung und der Stellungnahme zum Antrag aufgenommen worden sei, noch werde diese Mitteilungspflicht in der Verfügung begründet. Die Wettbewerbskommission sei nur zuständig, Verhaltensweisen zu untersuchen, welche sich schädlich auswirkten, also solche, die am Markt wirksam würden. Für beabsichtigte Änderungen, die nicht *ex post* beurteilt werden könnten, treffe dies nicht zu. Diese Anordnung sei daher ein unzulässiger Eingriff in die Vertrags- und Wirtschaftsfreiheit der Beschwerdeführerinnen. Die Gewährung von Rabatten sei nicht *per se* unzulässig, auch nicht im Fall marktbeherrschender Unternehmen. Die Pflicht zur vorgängigen Meldung von Preisänderungen unterstelle, die Beschwerdeführerinnen würden sich vermutungsweise unzulässig verhalten. Die Wettbewerbskommission könne jederzeit ein Verfahren eröffnen, um zu prüfen, ob sich die Preispolitik der Beschwerdeführerinnen in schädlicher Weise auswirkten. Das Instrumentarium zur Verhinderung von Missbräuchen sei damit ausreichend. Nicht einmal bereits als marktbeherrschend beurteilte Unternehmen hätten nach dem revidierten Kartellgesetz eine solche Meldepflicht, sondern nur eine Möglichkeit zur Meldung (Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG). Ziffer 4 des Dispositivs sei daher aufzuheben.

Die Wettbewerbskommission bringt vor, sie dürfe rechtsgestaltend eingreifen, um die Vollstreckung einer Verfügung sicherzustellen. Die Mitteilungspflicht sei nur eine befristete Informations-, keine Genehmigungspflicht. Sie erlaube es der Behörde, gegebenenfalls ein Verfahren zu eröffnen. Unzulässiges Verhalten werde dabei nicht unterstellt. Die Mitteilungspflicht sei verhältnismässig und kein tiefgreifender Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit. Sie diene der Vollstreckung der Verfügung.

Die Parteien sind vor dem Erlass einer Verfügung anzuhören und die Anordnung ist zu begründen. Das gilt auch für die Mitteilungspflicht gemäss Ziffer 4 des Dispositivs, ist aber nicht geschehen. Der Gehörsanspruch der Beschwerdeführerinnen wurde daher verletzt, weshalb die Verfügung insofern aufzuheben ist. Ob ein Eingriff tiefgreifend ist oder nicht, spielt für die Gewährung des rechtlichen Gehörs keine Rolle. Aus der Befugnis, gestaltend einzugreifen, folgt jedenfalls nicht, dass der Gehörsanspruch insofern entfällt. Dass die Mitteilungspflicht der Information der Behörde dient und Anpassungen nicht genehmigungsbedürftig sind, führt ebenfalls nicht zu einem anderen Ergebnis.

4.7 Die Beschwerdeführerinnen rügen, die Verfügung begründe die Informationspflicht gemäss Ziffer 5 des Dispositivs nicht, was ihren Gehörsanspruch verletze. Die Wettbewerbskommission äussert sich dazu nicht.

Verfügungen sind zu begründen. Die angefochtene Verfügung begründet die Informationspflicht nicht. Der Gehörsanspruch der Beschwerdeführerinnen ist

daher verletzt, auch wenn Dispositiv Ziffer 5 nicht die zentrale Frage der Zulässigkeit der untersuchten Verhaltensweise betrifft. Dass die Beschwerdeführerinnen die fehlende Begründung nicht bereits in ihrer Stellungnahme zum Verfügungsentwurf bemängelten, heisst nicht, dass sie dies in der Beschwerde nicht tun dürften. Die Möglichkeit der Stellungnahme zum Verfügungsantrag im Sinne des kartellrechtlich erweiterten Gehörsanspruchs schliesst die Rüge der Gehörsverletzung im Rechtsmittelverfahren nicht aus.

Informationspflichten dieser Art sind soweit ersichtlich Standard in den Verfügungen der Vorinstanz und wurden in der bisherigen Praxis nicht begründet. Sie dürften primär der Publizität der Verfügungen bei den von einer Verhaltensweise betroffenen Marktteilnehmern dienen. Diese kann auch auf andere Weise erreicht werden (Publikation in der RPW, Medienberichterstattung). Ob das Motiv einer Information durch die Verfügungsadressatin in einer Beschleunigung der Information oder einer administrativen Vereinfachung liegt (Verfügungsadressatin im Besitz der Adressen), ob damit das Interesse der Beschwerdeführerinnen an einer Information gewahrt werden soll, mit der sie einverstanden sind und die allfälligen Geschäftsgeheimnissen Rechnung trägt, oder ob die Informationspflicht möglicherweise einen gewissen pönalen Charakter hat, lässt sich mangels einer Begründung nicht sagen.

Die Wettbewerbskommission wird solche Informationspflichten in Zukunft kurz zu begründen haben.

4.8 Weil die Garantie des Gehörsanspruchs formeller Natur ist, zieht seine Verletzung prozessuale Wirkungen nach sich: Die angefochtene Verfügung wird grundsätzlich aufgehoben, selbst wenn kaum Aussicht darauf besteht, dass die Behörde unter Beachtung der Garantie zu einer anderen Entscheidung gelangt (ALBERTINI, a.a.O., S. 449, mit Verweisen auf die Rechtsprechung; vgl. auch oben Ziff. 4.1). Ist die Verfahrensfrage begründet, erübrigt sich die Prüfung der materiellen Vorbringen an sich (ALBERTINI, a.a.O., S. 450). Die Wirkung der Gehörsverletzung besteht in der Regel nicht in der Nichtigkeit der Verfügung, welche eine Korrektur der Gehörsverletzung im Rechtsmittelverfahren ausschliessen würde, sondern in deren Anfechtbarkeit (ALBERTINI, a.a.O., S. 451 f.).

Die sich aus der verfassungsmässigen Sicht ergebende Rechtsfolge der Gehörsverletzung (Kassation der Verfügung und Rückweisung der Sache an die Vorinstanz) steht in einem Spannungsverhältnis zu den gesetzlichen Verfahrensordnungen, namentlich zum Verwaltungsverfahrensgesetz, das in Artikel 61 in erster Linie einen reformatorischen Entscheid der Rechtsmittelbehörde vorsieht. Aus der formellen Natur des Gehörsanspruchs ergibt sich nicht, dass die Rechtsmittelbehörde in allen Fällen verpflichtet ist, den Entscheid aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen (ALBERTINI, a.a.O., S. 452).

Die Frage, ob die Sache zurückzuweisen ist, wenn die Beschwerdeinstanz einen Abklärungsbedarf in sachlicher Hinsicht feststellt, sollte vom Verfahrensrecht beantwortet werden. Enthält dieses, wie das Verwal-

tungsverfahrensgesetz, keine allgemeine Bestimmung, liegt es im Ermessen der Rechtsmittelbehörde, ob sie die Sache zurückweisen oder selber ergänzende Abklärungen treffen will. Wenn etwa ein umfassendes Beweisverfahren nötig ist, die Vorinstanz mit den örtlichen Verhältnissen besser vertraut oder sachlich kompetenter ist, spricht dies für eine Rückweisung auch dann, wenn die Rechtsmittelinstanz selber weitere Sachabklärungen zu treffen befugt ist (ALBERTINI, a.a.O., S.453).

Der Grundsatz der Aufhebung und Rückweisung der Sache hat Grenzen. Er kann einmal durchbrochen werden, wenn die Kassation die Rechtssicherheit und Verhältnismässigkeit in Frage stellen würde, wenn die Gehörsverletzung nicht als relevant erscheint oder wenn die Beschwerde materiell von vorneherein aussichtslos erscheint. In solchen Fällen kann die Beschwerdeinstanz die Gehörsverletzung feststellen und auf die prozessuale Folge der Kassation verzichten (ALBERTINI, a.a.O., S. 455 ff.). Ein solcher Fall ist vorliegend nicht gegeben, da die angefochtene Verfügung auch materielle Mängel hat.

Der Grundsatz kann sodann durchbrochen werden, wenn sich mit einem Entscheid der Rechtsmittelinstanz in der Sache ein prozessualer Leerlauf vermeiden lässt, wenn also praktische Bedürfnisse des rationellen Gangs der Entscheidungsfindung und der Verfahrensökonomie das Abweichen von der Rückweisung vorteilhafter erscheinen lassen. Die Verfahrensgarantien sind nicht Selbstzweck, sondern sollen der Verwirklichung des materiellen Rechts dienen. Die Rückweisung kann eine Verlängerung des Verfahrens bewirken, ohne dass dies für die Parteien oder die Verwaltung unter Umständen einen konkreten Nutzen hätte. Diesfalls kann der Verfahrensmangel behoben und die Verletzung geheilt werden. Eine Rückweisung an die Vorinstanz entfällt.

Nach der bundesgerichtlichen Praxis besteht diese Möglichkeit dann, wenn die Vorinstanz zum Ausdruck bringt, dass sie in der Sache nach wie vor gleich entscheiden würde, so dass die Rückweisung wenig Sinn hätte. Denn diesfalls müsste sich die Beschwerdeinstanz ein zweites Mal mit derselben Sache befassen (materielle Anliegen). Von einer Rückweisung kann auch abgesehen werden, wenn das Interesse des Beschwerdeführers an einer möglichst förderlichen Erledigung der materiellen Streitsache mit dem Interesse an der Einhaltung seines Gehörsanspruchs kollidiert (ALBERTINI, a.a.O., S. 459, mit zahlreichen Verweisen auf die Rechtsprechung).

Die Möglichkeit der Heilung besteht nur, wenn die Rechtsmittelbehörde in der Streitfrage dieselbe Kognition hat wie die Vorinstanz (ALBERTINI, a.a.O., S. 461, mit Verweisen auf die Rechtsprechung). Dies wäre vorliegend der Fall (Art. 49 VwVG). Ausgeschlossen wäre die Heilung dagegen, wenn sich die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen bei der Überprüfung der Ermessensausübung und der Handhabung von Beurteilungsspielräumen Zurückhaltung auferlegen würde (Kognitionsbeschränkung), wozu sie jedoch nicht befugt ist (BGE 130 II 449 E. 4.1).

Die Möglichkeit der Heilung betrifft sowohl Fragen der Sachverhaltsfeststellung als auch reine Rechtsfragen wie die Beurteilung von unbestimmten Rechtsbegriffen und die Ausübung des Ermessens. Das Eidgenössische Versicherungsgericht beschränkt die Möglichkeit der oberinstanzlichen Heilung von Gehörsverletzungen auf nicht besonders schwerwiegende Verletzungen. Das Bundesgericht hat sich die Praxis des EVG mittlerweile zu Eigen gemacht (BGE 126 I 68 E. 2; Urteil des Bundesgerichts vom 15.10.2004 i.S. B., 2A.44/2003, E. 2.2). Die Beschwerdeinstanz kann die erforderlichen Instruktionen selber vornehmen, es sei denn, die Rückweisung käme ihrerseits einer Verletzung des rechtlichen Gehörs gleich, wenn etwa nur ein Gerichtsgutachten oder andere gerichtliche Beweismassnahmen geeignet sind, zur Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts beizutragen, oder wenn die Rückweisung unter den Umständen als unverhältnismässig bezeichnet werden müsste (ALBERTINI, a.a.O., S. 462).

Es besteht weder eine Pflicht der Rechtsmittelbehörde, eine Gehörsverletzung zu heilen, noch ein Anspruch der Parteien auf einen materiellen Entscheid im Falle der Gehörsverletzung. Massgeblich soll nach der neueren Lehre eine Abwägung aller in Frage stehenden Interessen sein (vgl. ALBERTINI, a.a.O., S. 465).

4.9 Vorliegend muss nicht geklärt werden, ob die festgestellten Verletzungen des Gehörsanspruchs oberinstanzlich geheilt werden können, da die Verfügung nicht nur wegen formellen Mängeln, sondern auch aus materiellen Gründen aufzuheben ist.

5. In materieller Hinsicht rügen die Beschwerdeführerinnen die unzutreffende Feststellung des massgeblichen Sachverhalts (Ziff. 5.1), eine zu enge Abgrenzung des relevanten Marktes (Ziff. 5.2), eine unzutreffende Beurteilung der Marktstellung (Ziff. 5.3) sowie eine unrichtige Beurteilung der Verhaltensweise (Ziff. 5.4).

5.1 Die Beschwerdeführerinnen argumentieren, aus den Gehörsverletzungen resultiere eine Feststellung des massgeblichen Sachverhalts, die teils unzutreffend, teils unvollständig sei.

5.1.1 Was das Vorbringen angeht, die Vorinstanz habe die Marktoffensive von Cablecom vom November 2003 und ihre darauf folgende Anpassung beim BBCS nicht in ihre Überlegungen einbezogen, ist dieses nach Auffassung der Vorinstanz für den massgeblichen Sachverhalt nicht relevant, da die Änderung erst zwei Monate nach Erlass der Verfügung wirksam geworden sei. Angesichts der zeitlichen Koinzidenz mit der Anhörung reflektiere die Anpassung eher die Intention der Beschwerdeführerinnen, angeblichen wirksamen Wettbewerb zu illustrieren, als dass sie ein Beleg für solchen sei.

Die Auffassung, diese Anpassung sei für den Sachverhalt im Verfügungszeitpunkt irrelevant, ist unzutreffend. Die angekündigte Anpassung kann auch dann ein Beleg für die Bedeutung des Wettbewerbs im Endkundenmarkt und seinen Einfluss auf den Wholesalemarkt sein, wenn sie erst nach Erlass der Verfügung wirksam wird. Dass die erforderlichen techni-

schen, betrieblichen und kommerziellen Anpassungen etwas Zeit nicht nur auf Seiten der Beschwerdeführerinnen, sondern auch der ISP erfordern, steht dem nicht entgegen.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat die Beschwerdeführerinnen im Rahmen der Instruktion dazu befragt, wie sie die Marktoffensive in der kurzen Zeit zwischen Mitte November und der Ankündigung ihrer BBCS-Anpassungen zu spüren bekommen hätten. Sie verwiesen auf das grosse Medienecho (z.B. NZZ vom 18.11.2003, "Intensivierter Wettbewerb bei Breitband-Internet" sowie Der Bund vom selben Datum, "Schneller und billiger ins Internet") und auf die Tatsache, dass Cablecom mit einem direkten Preis- und Produktvergleich von ADSL- und CATV-Angeboten geworben habe. Das Bedrohungspotenzial sei angesichts des besseren Preis-Leistungs-Verhältnisses des Kabelinternetzugangs erheblich gewesen und hätte sich mittelfristig negativ auf die eigenen Kundenzahlen ausgewirkt. Auch von Seiten der ISP sei eine deutliche Reaktion auf die Offensive von Cablecom gefordert worden.

Worauf die Wettbewerbskommission ihre Einschätzung stützt, die Beschwerdeführerinnen hätten manipulative Absichten, lässt sich ihren Eingaben nicht entnehmen. Der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen erscheinen die Ausführungen der Beschwerdeführerinnen jedenfalls nicht *a priori* als unglaubwürdig. Die von ihnen eingereichten Unterlagen dokumentieren die fortlaufende Verbesserung und Weiterentwicklung des Angebots (Bandbreitenerhöhungen, Preissenkungen) auf beiden Marktstufen und in beiden Netzen und sprechen für regen Wettbewerb im Endkundenmarkt, dem die Beschwerdeführerinnen auch im Wholesalemarkt Rechnung tragen müssen.

5.1.2 Die Beschwerdeführerinnen rügen weiter, die Darstellung des Sachverhalts beginne mit der Preissenkung von Bluewin per 1. März 2002 (256 Kbps von CHF 64.- auf CHF 49.-, 512 Kbps von CHF 94.- auf CHF 79.-) und berücksichtige nicht, dass diese Preissenkung eine Anpassung an das von Cablecom Mitte 2000 gesetzte Preisniveau (256 Kbps zu CHF 49.-, 512 Kbps zu CHF 65.-) gewesen sei. Die Wettbewerbskommission äussert in der Vernehmlassung Zweifel daran, dass die Preissenkung per 1. März 2002 eine Reaktion auf das Mitte 2000 von Cablecom gesetzte Preisniveau sei. Zwischen diesen Zeitpunkten lägen fast zwei Jahre. Eine solche Verzögerung sei angesichts der ausgeprägten Dynamik des Marktes nicht glaubwürdig.

Es reicht nicht aus, dass die Vorinstanz am genannten Vorbringen zweifelt. Der Untersuchungsgrundsatz und der Gehörsanspruch der Beschwerdeführerinnen verpflichten sie, aktiv zu klären, was dafür oder dagegen spricht, und dem Ergebnis bei der Beurteilung des Sachverhalts Rechnung zu tragen.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen befragte die Beschwerdeführerinnen in der Instruktion zu den Gründen einer erst im März 2002 erfolgten Preisanpassung. Die Beschwerdeführerinnen gaben an, sie seien bei der Lancierung von ADSL davon ausgegangen, ihr Angebot werde dem mit technischen

Anfangsschwierigkeiten behafteten Kabelinternet angesichts des Preis-Leistungs-Verhältnisses trotz höherer Preise standhalten. Diese Annahme habe sich als unzutreffend herausgestellt. Die im Vergleich zum Kabelinternet schlechten Verkaufszahlen hätten bereits per 1. Februar 2001 zu Preissenkungen beim BBCS geführt (256/64 Kbit/s von CHF 69.- auf CHF 39.-; 512/128 Kbit/s von CHF 114.- auf CHF 54.-). Ebenfalls im Frühjahr 2001 habe Bluewin die Endkundenpreise massiv gesenkt (256/64 Kbit/s von CHF 139.- auf CHF nebst weiteren Anpassungen (vgl. NZZ vom 9.2.2001). Die Preissenkung vom März 2002 sei also nicht die erste Anpassung gewesen.

Die Auffassung der Vorinstanz, eine Preisanpassung nach fast zwei Jahren könne keine Reaktion auf das Angebot anderer Marktteilnehmer sein, überzeugt im Lichte dieser belegten Auskünfte nicht. Erstens können für eine Verzögerung durchaus Gründe bestehen. Dass das Angebot von Cablecom zunächst mit technischen Schwierigkeiten behaftet war, ist notorisch. Dies hat die Beschwerdeführerinnen offenbar veranlasst, ihre Preise zunächst auf höherem Niveau anzusetzen und sie dann zu senken, wenn sich ihr Angebot bezogen auf das Kabelinternet ungenügend entwickelt

(1998: CATV 6'000 Anschlüsse

1999: CATV 14'000 Anschlüsse

2000: CATV 52'000 Anschlüsse ADSL 1'000 Anschlüsse

2001: CATV 114'000 Anschlüsse ADSL 33'000 Anschlüsse

2002: CATV 260'000 Anschlüsse ADSL 195'000 Anschlüsse

2003: CATV 350'000 Anschlüsse ADSL 487'000 Anschlüsse

2004: CATV 480'000 Anschlüsse ADSL 802'000 Anschlüsse).

Grosse Sprünge erfolgten im ADSL-Bereich also ab dem Jahr 2002 (d.h. nach grösseren Anpassungen bei BBCS und auf Stufe Endkunden). Zweitens gingen der Preissenkung vom März 2002 bereits andere Anpassungen voraus. Was die Wettbewerbskommission in ihrer Eingabe vom 12. April 2005 vorbringt, führt nicht zu einem anderen Schluss: Es ist nicht einsichtig, weshalb die Anpassung von 2002 keine Reaktion auf das Kabelinternetangebot sein sollte, wenn dieser schon andere Anpassungen vorausgegangen sind. Eine erfolgreiche Anpassung an den Markt kann auch in mehreren Schritten erfolgen.

5.1.3 Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen stellt hohe Anforderungen an die Abklärung des Sachverhalts und die materielle Begründung (vgl. RE-KO/WEF 98/FB-001, publiziert in: RPW 1998/4, S. 655 ff.). Die Begründung muss umso einlässlicher sein, je weiter der Entscheidungsspielraum der verfügenden Behörde ist (vgl. oben Ziff. 4.1). Das bedeutet für den vorliegenden Fall, dass die Wettbewerbskommission die Wettbewerbsverhältnisse im Endkundenmarkt effektiv untersuchen muss, um deren Einfluss auf den Wholesalemarkt sachgerecht einschätzen und begründen zu können. Dies hat sie vorliegend nicht getan.

Entsprechend wird die Wettbewerbskommission den Infrastrukturwettbewerb und seinen Einfluss auf den

relevanten Markt näher zu klären haben. Dabei wird sie neben den Aspekten gemäss Ziffer 5.1.1 bis 5.1.2 auch die diversen weiteren Produkte- und Preisänderungen auf Endkunden- und Wholesalestufe in beiden Infrastrukturen im Zeitablauf zusammenhängend darstellen. Dazu gehört auch die Produkteanpassung beim BBCS vom Juli 2003 (Ausbau der Leistungsfähigkeit des Breitbandnetzes mit einer bis zu 50% höheren Übertragungsgeschwindigkeit), von der die Wettbewerbskommission zu Unrecht annimmt, sie habe für das Untersuchungsergebnis - wie die übrigen Anpassungen - keine Bedeutung.

Bei der Klärung der Wettbewerbsverhältnisse im Endkundenmarkt wird die Wettbewerbskommission auf die in den Ziffern 4.3.5 und 4.4.3 erwähnten Aspekte eingehen und bei CATV und ADSL auf vergleichbare Bezugsgrössen (erschlossene Haushalte oder Anschlüsse) abstellen. Sie wird klären, welche Rand- und Ballungsgebiete und damit welche Kundenpotenziale mit ADSL, CATV oder beiden Infrastrukturen erschlossen sind, und inwiefern der Infrastrukturwettbewerb im Endkundenmarkt vor allem bei der Akquisition von Neukunden spielt oder in wesentlichem Umfang auch Mutationen generiert. Was die Wechselbereitschaft der Endkunden angeht, wird sie ferner die (nicht widerspruchsfreien!) Ausführungen von TDC in der Eingabe vom 3. März 2005 sowie die Stellungnahme der Beschwerdeführerinnen zu dieser vom 20. April 2005 einbeziehen sowie die Folgekosten des Infrastrukturentscheids (z.B. Koppelung Kabel-TV-Abonnement und Internetzugang beziehungsweise Festnetztelefonanschluss und ADSL) der Endkunden und des Umsteigens von einem Netz auf das andere klären. Sie wird prüfen, wie es sich angesichts der qualitativen Unterschiede mit der Preisführerschaft des CATV- beziehungsweise ADSL-Angebots verhält, und erwägen, inwiefern neue Dienstleistungskombinationen im Endkundenmarkt (Triple Play im Kabelinternet und entsprechende Projekte über ADSL) für den Einfluss auf den relevanten Markt von Bedeutung sind (vgl. auch die Eingaben von TDC vom 3.3.2005 und der Beschwerdeführerinnen vom 20.4.2005).

Indem die Vorinstanz die Wettbewerbsverhältnisse im Endkundenmarkt nicht untersuchte, hat sie den für die Frage einer marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdeführerinnen im Wholesalemarkt massgeblichen Sachverhalt nicht ausreichend geklärt (vgl. im Übrigen unten Ziff. 5.3.6).

5.1.4 Weiter rügen die Beschwerdeführerinnen, es sei nicht berücksichtigt worden, dass nebst Bluewin ein weiterer ISP in den Genuss eines Rabatts in der Gröszenordnung des Maximalrabatts gekommen sei.

Die Wettbewerbskommission bestreitet in ihrer Vernehmlassung nicht, dass ein ISP während einer kurzen Zeit (ab Februar 2002) tatsächlich in den Genuss des gleichen Rabatts gekommen sei wie Bluewin. Dies ändere jedoch nichts daran, dass Bluewin den anderen ISP gegenüber in der übrigen Zeit bevorzugt worden sei.

Das trifft zu, ändert aber wiederum nichts daran, dass die Darstellung in Randziffer 33 der Verfügung unzu-

treffend ist, indem am 28. Februar 2002 nicht nur Bluewin, sondern ein weiterer ISP den Maximalrabatt erhielt. Dass dies nicht alleine auf dem Rabattschema beruhte, ist unerheblich. Massgeblich sind die effektiven Verhältnisse, nicht ausschliesslich die sich aus der untersuchten Rabattordnung ergebenden Umstände. Die Feststellung in Randziffer 34, nach der Bluewin wesentlich tiefere Kosten hatte als alle übrigen ISP, die nur Rabatte von 7% oder weniger hatten, ist in dieser Absolutheit unzutreffend.

Der Sachverhalt muss korrekt und differenziert dargestellt werden. Die Wettbewerbskommission hätte entsprechend die Konditionen dieses ISP erwähnen und darauf hinweisen müssen, wie sich die Lage entsprechend den Ergebnissen der Roundtablevereinbarung vom April 2002 weiterentwickelt hätten (und was dies für die laufende Untersuchung bedeutet). Diese Elemente gehören in den Sachverhalt, nicht in die Würdigung, wo sie in Randziffer 149 erstmals erwähnt werden.

5.1.5 Die Beschwerdeführerinnen beanstanden die Feststellung der Vorinstanz, die Konkurrenten von Bluewin seien allesamt nicht in der Lage gewesen, auf die Preissenkung vom März 2002 zu reagieren, ohne unter Umständen mit Verlusten anbieten zu müssen. Zumindest im Falle eines ISP sei erstellt, dass dessen Vollkosten tiefer gewesen seien als die Preise von Bluewin. Deshalb habe mindestens ein ISP auf das Angebot von Bluewin (CHF 49.- bzw. CHF 79.-) reagieren können und dies auch getan. Damit sei widerlegt, dass kein anderer Konkurrent die Preise habe senken können.

Die Wettbewerbskommission hält es - wohl weil die Vollkosten eines ISP von Januar leicht über den Endkundenpreisen von Bluewin vom März liegen - für zynisch zu behaupten, dieser ISP hätte die Preise anpassen können. Wie sie jedoch selber festhält, machen die BBCS-Kosten einen grossen Teil der Gesamtkosten aus. Die Erhöhung des Rabattes vom Februar 2002 fällt deshalb ins Gewicht. Die Vorinstanz hat nicht dargetan, dass die Vollkosten dieses ISP im genannten Zeitpunkt über den Endkundenpreisen von Bluewin gelegen hätten. Bei der Beurteilung wären im Übrigen auch die unterschiedlichen Überbuchungsraten zu veranschlagen. Andererseits berücksichtigen die Beschwerdeführerinnen nicht, dass im Sachverhalt auch die Änderungen zu berücksichtigen sind, welche nach Auslaufen von separaten Vereinbarungen erfolgt wären. Daher kann aus der Möglichkeit eines ISP, die Preise zum bewussten Zeitpunkt zu senken, nicht gefolgert werden, dass es auf Dauer so geblieben wäre.

Die Vorinstanz hat Kosten, Erträge und Verluste der übrigen ISP soweit ersichtlich nicht untersucht. Entsprechend unscharf ist die Formulierung "die übrigen ISP konnten die Preise nicht senken, ohne unter Umständen mit Verlusten anbieten zu müssen". Aus dieser Aussage lässt sich bezüglich der Möglichkeit zu Preisanpassungen nichts Konkretes ableiten. Auch Bluewin generierte in diesem Zeitraum übrigens Verluste.

Hingegen lässt sich trotz all diesen Einwänden materiell kaum bestreiten, dass die ISP mit den höchsten Rabatten und entsprechenden Einsparungen bei den BBCS-Kosten ihre Endkundenpreise - ungeachtet der ISP-individuellen Kosten- und Ertragslage - eher senken konnten, ohne zusätzliche Verluste einzufahren, als die ISP ohne oder mit einem kleinerem Rabatt.

Entsprechend ist der Sachverhalt zu bereinigen.

5.1.6 Die Beschwerdeführerinnen beanstanden die Darstellung in der Verfügung (Abbildung 3 in Rz. 36 der Verfügung), aus der die Vorinstanz ableite, ohne die vorsorglichen Massnahmen hätte kein anderer ISP vor Ende 2002 oder überhaupt jemals 20'000 Kunden erreicht (Rz. 150 der Verfügung). Ausserdem erfasse Abbildung 3 nur den Internetzugang über ADSL, nicht auch den Kabelkanal.

Eine gesonderte Darstellung der Entwicklung der ISP im ADSL-Bereich ist an sich nicht zu beanstanden. Es trifft jedoch zu, dass man aus dem Anteil von Bluewin im ADSL-Bereich nicht direkt auf deren Möglichkeit zur Preissetzung im ganzen Endkundenmarkt schliessen kann. Für die Klärung der Wettbewerbsverhältnisse im Endkundenmarkt und ihren Einfluss auf den vorgelagerten Markt müssen auch die Endkunden und Anbieter im Kabelkanal erfasst werden.

Die Vorinstanz verneinte die Frage, ob andere ISP ohne die vorsorglichen Massnahmen auch auf die für den Maximalrabatt erforderlichen Kundenzahlen gekommen wären. Dazu ist Folgendes zu sagen:

- Es kann ausgeschlossen werden, dass die Entwicklung ohne die vorsorglichen Massnahmen bei den ISP *ceteris paribus* zu einem schnelleren Kundenwachstum geführt hätte als mit den Massnahmen. Denn sie verschafften den ISP dieselben Vorteile wie zuvor Bluewin und einem weiteren ISP. Mit den Massnahmen erreichte ein Unternehmen im Oktober 2002 20'000 Kunden. Ohne die Massnahmen hätte es diese Kundenzahl im Jahr 2000 jedoch eventuell auch erreichen können, wenn der Vertragszusatz gemäss Roundtablegesprächen wirksam geworden wäre.
- Hätte kein Anbieter "überhaupt je 20'000 Kunden erreicht" ist nicht überzeugend hergeleitet. Für einen weiteren ISP ergibt sich dies bereits aus dem ersten Punkt. Für die übrigen ISP lässt Abbildung 3 entgegen der Auffassung der Vorinstanz keine Schlüsse zu, da sie nur aggregierte Daten enthält, nicht nach unterschiedlichen Rabatten differenziert und nicht zeigt, wie die Entwicklung verlaufen wäre, wenn anstelle der vorsorglich verfügbaren Preisgestaltung der Vertragszusatz gemäss den Roundtablegesprächen vom April 2002 Wirkung entfaltet hätte.
- Aus Abbildung 3 kann somit nicht geschlossen werden, wie sich der Markt ohne die vorsorglichen Massnahmen entwickelt hätte. Sie zeigt nur die Entwicklung unter dem Rabattschema und nach Inkrafttreten der vorsorglichen Massnahmen. Zu Anpassungen am Sachverhalt führt dies jedoch nicht,

da die entsprechende Aussage der Vorinstanz Gegenstand der Würdigung ist.

Die Entwicklung der Kundenzahl des ISP mit demselben Rabatt wie Bluewin ohne vorsorgliche Massnahmen kann im Übrigen entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen nicht mittels einer Extrapolation des Wachstums nach der Ankündigung der Preissenkung berechnet werden: Es ist ungewiss, ob die tieferen Preise nach Auslaufen der Spezialvereinbarung hätten weitergeführt werden können, und ein Wachstumsschub nach einer Preissenkung dürfte nur beschränkte Zeit wirken.

5.2 Der sachlich relevante Markt umfasst diejenigen Waren oder Dienstleistungen, die aus der Sicht der Marktgegenseite hinsichtlich Eigenschaften und Verwendungszweck substituierbar sind (Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, SR 251.4). Er ist vorliegend aus der Sicht der ISP abzugrenzen, da es um die Stellung der Beschwerdeführerinnen diesen gegenüber geht. Die ISP fragen nicht, wie ihre Endkunden breitbandige Internetverbindungen nach, sondern in erster Linie das von den Beschwerdeführerinnen entwickelte BBCS, allenfalls ein ähnliches Produkt, das ein Wholesaleangebot ermöglicht, auf anderen (Kabel- oder Elektrizitäts-) Netzen oder mittels weiterer technischer Alternativen. Die Nachfrage auf dem Endkunden- und dem Wholesalemarkt unterscheidet sich somit, weshalb die Abgrenzung eines relevanten Wholesale-Teilmarktes korrekt ist.

Was die Beschwerdeführerinnen dagegen vorbringen, führt nicht zu einer anderen Schlussfolgerung:

Zunächst trifft nicht zu, dass in der Mobilfunkuntersuchung (RPW 2002/1, S. 97 ff., insbesondere S. 118 ff.) nur deshalb eine engere Marktabgrenzung vorgenommen worden wäre, weil im Endkundenmarkt Wettbewerbsbeschränkungen vermutet worden seien. Auch hier erfolgte die Unterteilung mit Blick auf Unterschiede in der Nachfrage. Ebenso wurden im Entscheid Coop/Waro (RPW 2003/3, S. 559 ff.) Beschaffung- und Absatzmärkte unterschieden, obwohl auf den Absatzmärkten wirksamer Wettbewerb bestand.

Das Argument, der Internetzugang über Satellit und WLAN sei nicht gewürdigt worden, betrifft den Endkundenmarkt. Ebenso betrifft das Vorbringen, die Argumentation zum räumlich relevanten Markt sei widersprüchlich und trage regionalen Unterschieden nicht Rechnung, den Endkundenmarkt. Auf beides ist daher bei der Beurteilung der Marktstellung zurückzukommen.

Ob der sachliche Markt enger oder weiter abgegrenzt wird, ist im Übrigen letztlich nicht entscheidend, wenn der potenzielle Wettbewerb und der Einfluss des nachgelagerten Endkundenmarktes auf den Wholesalemarkt korrekt gewertet werden. Insofern ist die Befürchtung der Beschwerdeführerinnen nicht begründet, die enge Marktabgrenzung bewirke zwingend eine unterschiedliche Beurteilung vertikal integrierter Unternehmen und solcher, die Zwischenhandelsprodukte an Dritte verkaufen, weshalb eine Un-

terteilung der Wertschöpfungskette in separate Wholesale- und Retailmärkte unzulässig sei. Ebenso wenig ist die Folgerung begründet, bei einer solchen Markt-abgrenzung die eigene Unternehmensorganisation aus strategischen Gründen neu ausrichten zu müssen. Dass die genannten Aspekte vorliegend geprüft werden müssen, sagt zu Recht auch die Wettbewerbskommission. Ob sie dies wirklich getan hat, ist eine andere Frage (vgl. 5.3 ff.).

Die Vorinstanz hat den relevanten Markt somit richtig abgegrenzt.

5.3 Als marktbeherrschend gelten Unternehmen, die sich auf einem bestimmten Markt als Anbieter oder Nachfrager von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können (Art. 4 Abs. 2 KG). Die Möglichkeit zu unabhängigem Verhalten ergibt sich aus der Beurteilung des aktuellen und des potenziellen Wettbewerbs (vgl. 5.3.1). Bei vorgelegten Märkten ist zudem der Einfluss der Verhältnisse auf nachgelagerten Märkten zu veranschlagen (vgl. 5.3.2 - 5.3.8).

Die Beschwerdeführerinnen bestreiten das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung. Eine solche liege wegen ausreichendem potenziellem Wettbewerb und der Interdependenz von Wholesale- und Retailmarkt selbst bei der von der Vorinstanz vorgenommenen engen Markt-abgrenzung nicht vor. Für die Wettbewerbskommission ergibt sich die Marktbeherrschung daraus, dass die ISP heute keine Ausweichmöglichkeit zum BBCS hätten (fehlender aktueller Wettbewerb), dass der potenzielle Wettbewerb nicht ausreichend und der Einfluss des Wettbewerbs auf dem Endkundenmarkt die beherrschende Stellung auf dem vorgelegten Markt nicht in Frage zu stellen geeignet sei.

5.3.1 Die Vorinstanz führt aus, potenzieller Wettbewerb wirke nur disziplinierend, wenn Marktzutritte trotz Wettbewerbsbeschränkungen hinreichend wahrscheinlich seien, wenn diese rasch erfolgen und ein gewisses Gewicht entfalten könnten. Kein nennenswerter Einfluss bestehe, wenn Zutritte frühestens nach ein paar Jahren oder nur von kleineren Unternehmen wahrscheinlich seien (beschränkte Ausweichmöglichkeiten). Ein Wholesaleangebot auf dem Kabelnetz könnte zwar Wettbewerbsdruck ausüben, obwohl die Zahl der internetfähigen Kabelanschlüsse kleiner sei als die Anzahl ADSL-tauglicher Telefonanschlüsse. Ein ausreichend gewichtiger Marktzutritt innerhalb von zwei bis drei Jahren sei jedoch nicht wahrscheinlich. Cablecom wolle aus infrastrukturellen und organisatorischen Gründen zurzeit kein Wholesaleangebot einrichten, und ein allfälliges - auch gemeinsames - Wholesaleangebot der übrigen Kabelnetzbetreiber hätte wegen der zersplitterten Marktstruktur und der daraus folgenden begrenzten geografischen Abdeckung kaum Auswirkungen. Selbst wenn ein geografisch bedeutsames oder gar flächendeckendes Wholesaleangebot auf dem Kabelnetz realisiert würde, wäre dieses mit erheblichen Investitions- und Transaktionskosten verbunden, da für alle ISP bei praktisch allen Netzen *points of presence* erforderlich wären. Das Angebot wäre angesichts des kleineren Kundenpotenzials, auf das die Kosten um-

zulegen wären, kaum konkurrenzfähig, und die Steigerung des Kundenpotenzials setze ihrerseits wesentliche Zusatzinvestitionen voraus. Ein rascher und genügend grosser Marktzutritt auf dem Kabelnetz sei daher nicht ausreichend wahrscheinlich. Ebenso unwahrscheinlich sei ein rasches und genügend grosses Wholesaleangebot auf Stromleitungen, über WLL, WLAN oder UMTS, welche technischen Alternativen schon im Endkundenmarkt kaum auf Resonanz sties. Ein Wholesaleangebot über Satellit scheidet wegen der hohen Kosten für die Endkunden aus. Die Wahrscheinlichkeit von Marktzutritten, die raschen und wirksamen Wettbewerbsdruck bringen könnten, sei somit gering, so dass die Möglichkeit zu unabhängigem Verhalten weder durch aktuellen noch durch potenziellen Wettbewerb beschränkt werde.

Was die Beschwerdeführerinnen dagegen vorbringen, führt nicht zu einer anderen Schlussfolgerung. Wenn ein rascher Marktzutritt von Cablecom im Wholesalemarkt unwahrscheinlich erscheint, da dieses Unternehmen einen solchen ausdrücklich ausschliesst, kann potenzieller Wettbewerb nicht mit dem Argument bejaht werden, dass dieses Unternehmen theoretisch nicht durch hohe Investitionskosten und *sunk costs* von einem Zutritt abgehalten wird und dass ein Wholesaleangebot auf dem Kabelnetz technisch möglich sei. Eine Absichtserklärung des potenziellen Konkurrenten, in den Markt einzutreten, ist wohl nicht Voraussetzung potenziellen Wettbewerbs; der erklärte Wille, auf einen Eintritt zu verzichten, schliesst jedoch, mindestens bis auf Weiteres, seine Wahrscheinlichkeit aus. Dass hohe Wachstumsraten die Zutrittsschranken senken und potenziellen Wettbewerb stärken, und dass Cablecom über das erforderliche technische und betriebliche Know-how sowie etablierte Beziehungen verfüge, um in Wholesalemärkten bestehen zu können, ändert daran nichts. Die Wettbewerbskommission stellt im Übrigen nicht in Abrede, dass von einem Marktzutritt von Cablecom trotz geringerer Anzahl der erreichbaren Kunden ein nicht zu unterschätzender Wettbewerbsdruck ausgehen könnte; sie hält dies in Randziffer 115 der Verfügung vielmehr ausdrücklich fest. Die kleinere Anzahl internettauglicher Kabelanschlüsse ist denn auch nicht der Grund, weshalb potenzieller Wettbewerb verneint wird. Schliesslich mag zutreffen, dass Cablecom auf ihren strategischen Entscheid zurückkommen und innerhalb von zwei bis drei Jahren in den Wholesalemarkt eintreten könnte. Daraus folgt jedoch nicht, dass ein solcher Marktzutritt unter den gegebenen Verhältnissen innerhalb der massgeblichen zwei bis drei Jahre im Beurteilungszeitpunkt wahrscheinlich ist.

Was die Wahrscheinlichkeit eines einzelnen oder gemeinsamen Marktzutritts der übrigen ca. 400 Kabelnetzbetreiber angeht, liegt eine ausdrückliche Erklärung, von der Einführung eines Wholesaleangebotes absehen zu wollen, offenbar nicht vor. Vielmehr scheinen einzelne Kabelnetzbetreiber ihr Netzwerk einer begrenzten Anzahl von ISP geöffnet zu haben (Rz. 107 der Verfügung), auch wenn der Verfügung nicht zu entnehmen ist, ob es sich dabei um grössere oder kleinere Netze handelt, ob der Zugang für die ISP entgeltlich erfolgte, welche Infrastrukturkosten

damit verbunden waren, wer diese trägt und ob der so ermöglichte Internetzugang konkurrenzfähig ist. Technische Hindernisse scheinen jedenfalls nicht zu bestehen. Wäre daher zu folgern, ein gemeinsamer Zutritt mehrerer Kabelnetzbetreiber zum Wholesalemarkt sei wahrscheinlich und könnte genügend schnell und gewichtig erfolgen, so dass potenzieller Wettbewerb, wenn nicht von Cablecom, so doch von anderen Netzbetreibern ausgehen würde? Die Vorinstanz verneint diese Frage mit dem Argument, ein konzertierter Marktzutritt mehrerer kleinerer Netzbetreiber zum Wholesalemarkt bliebe entweder territorial begrenzt und wäre daher nicht ausreichend gewichtig, oder er wäre im Fall eines grösseren abgedeckten Gebietes mit verhältnismässig hohen Investitions- und Transaktionskosten verbunden. Diese müssten auf eine kleinere Anzahl von Kunden umgelegt werden und erhöhen liesse sich die Kundenzahl nur mit weiteren Investitionen. Auch ein gemeinsamer Marktzutritt wäre somit kaum erfolgreich und daher nicht wahrscheinlich.

Die Beschwerdeführerinnen ziehen diese einleuchtend erscheinende Schlussfolgerung nicht in Zweifel. Ihrer Argumentation zufolge haben die 2,3 Millionen (per 31.12.2004: 2,5 Mio.) breitbandfähigen Kabelnetzanschlüsse ausreichend disziplinierende Wirkung, und diese werde dadurch verstärkt, dass sie sich regionale Preis- und Produktdifferenzierungen als Unternehmen im Fokus gesteigerter öffentlicher Aufmerksamkeit noch immer nicht erlauben könnten. Der Einfluss wirksamen Wettbewerbs auch nur in begrenzten räumlichen Märkten werde daher schweizweit wirksam. Diese Argumente betreffen die Frage des Einflusses des Wettbewerbs im nachgelagerten auf den Wholesale-Markt und sind dort zu veranschlagen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz von der Cablecom ausgehenden potenziellen Wettbewerb zu Recht für unwahrscheinlich befunden hat. Dieselbe Folgerung für die übrigen Kabelnetzbetreiber, deren Basis von den Beschwerdeführerinnen nicht in Frage gestellt wurde, erscheint einleuchtend, auch wenn sie etwas pauschal und ohne einlässliche Szenarien zu möglichen Gebietszusammenschlüssen und Kosten erfolgte.

Was potenziellen Wettbewerb durch ein Wholesaleangebot über andere Technologien angeht, überzeugt die Überlegung, angesichts der geringen Anzahl Endkunden sei ein Markteintritt auf Stufe Wholesale innert zwei bis drei Jahren unwahrscheinlich. Dasselbe dürfte für ein Wholesaleangebot über Satellit gelten, und zwar selbst dann, wenn die Vorinstanz hier bezüglich der den Endkunden erwachsenden Kosten von einer unzutreffenden Annahme ausgegangen ist.

5.3.2 Die Vorinstanz ist der Auffassung, die Beschwerdeführerinnen könnten sich im Wholesalemarkt von anderen Marktteilnehmern im Wesentlichen unabhängig verhalten. Der Wettbewerb auf dem Endkundenmarkt schliesse dies nicht aus. Bluewin bediene 50% der ADSL-Anschlüsse und sei somit in der Lage, die Endkundenpreise erheblich zu beeinflussen. Sie

könne wegen der Abdeckung des Telefonnetzes eine grössere Anzahl Kunden erreichen (3,8 Mio. Anschlüsse). Bei einer Preiserhöhung im Endkundenmarkt könnten weniger Kunden auf das Kabelnetz ausweichen (2 Mio. internetfähige Kabelanschlüsse; *recte* 2,3 Mio. bzw. per 31.12.2004: 2,5 Mio.), als wenn die Endkundenpreise beim Kabelinternet erhöht würden. ADSL werde deshalb in Zukunft einen erheblichen Vorteil haben. Dieser Vorteil schlage sich in stärkeren Wachstumsraten bei der ADSL-Technologie nieder, die nun die Marktführerschaft übernommen habe. Die Kabelnetzbetreiber seien wegen der zersplitterten Marktstruktur und den trotz der Marketingbestrebungen des Verbandes nach wie vor selbstständig auftretenden über 400 Unternehmen relativ schwach. Zudem könne Bluewin von der Finanzkraft des Konzerns profitieren, sich erfolgreich auf dem Markt etablieren und eine gute Kundenbasis aufbauen. Die Beschwerdeführerinnen hätten im Retailmarkt eine nicht zu unterschätzende Marktmacht, weshalb der Einfluss der Kabelnetzbetreiber auf ihre Preisgestaltung als nicht sehr hoch einzustufen sei.

Die Beschwerdeführerinnen bestreiten die Möglichkeit zu im Wesentlichen unabhängigem Verhalten im relevanten Markt. Weil der Endkunde zwischen verschiedenen Angeboten wählen könne, müsse der Anbieter im Wholesalemarkt die Zwischenhandelspreise so gestalten, dass sein Produkt im Endkundenmarkt bestehen könne. Sie hätten sich an das Kabelinternetangebot denn auch verschiedentlich mit diversen Produkte- und Preisanpassungen auf Stufe BBCS und Endkunden anpassen müssen (vgl. oben Ziffern 5.1.1 - 5.1.3). Der Verhaltensspielraum der Beschwerdeführerinnen im relevanten Markt sei daher beschränkt, die Möglichkeit zu in wesentlichem Umfang unabhängigem Verhalten nicht gegeben.

Dass Produkteanpassungen im einen Netz die Anbieter im anderen Netz in der Vergangenheit immer wieder zu Reaktionen veranlasst haben, ergibt sich aus den Akten und den Abklärungen der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ebenfalls (vgl. Eingabe der Beschwerdeführerinnen vom 17.3.2005). Dies wurde von der Vorinstanz nicht veranschlagt, obwohl es für den Einfluss des Wettbewerbs im Endkunden- auf den Wholesalemarkt wesentlich aussagekräftiger erscheint als die genannten Ausführungen der Vorinstanz.

Diese Ausführungen erlauben den Schluss, die Beschwerdeführerinnen könnten sich auf dem relevanten Markt im Wesentlichen unabhängig verhalten, aus verschiedenen Gründen nicht, wie im Folgenden zu zeigen ist:

5.3.3 Zunächst ist nicht nachvollziehbar, inwiefern der Wettbewerb auf dem Retailmarkt wegen der unterschiedlichen Zahl von Telefonanschlüssen und internetfähigen Kabelnetzanschlüssen (mehr Kunden können von CATV auf ADSL wechseln) nicht spielen sollte, solange die mögliche Kundenzahl in beiden Netzen nicht annähernd erreicht ist. Die Vorinstanz ging von 340'000 ADSL-Kunden (Stand Ende Juni 2003) und 290'000 Kabelnetzkunden (Stand Ende März 2003) aus. Da das Kabelnetz 2,3 Mio. (per 31.12.2004: 2,5

Mio.) internetfähige Anschlüsse hat, hatte es im Verfügungszeitpunkt das Potenzial, sämtliche ADSL-Kunden aufzufangen (Gebiete ohne Ausweichmöglichkeiten auf Kabelinternet vorbehalten). Das gilt angesichts der Endkundenzahlen per 31. Dezember 2004 (ADSL: 800'000, Kabel: 480'000) auch heute und mindestens in näherer Zukunft noch. Inwiefern die ADSL-Kunden tatsächlich auf einen Kabelnetzanschluss ausweichen können oder nicht, hat die Vorinstanz nicht geprüft, da sie die Wettbewerbsverhältnisse im Endkundenmarkt nicht untersuchte und keine Gebiete und Kundenpotenziale mit und ohne Ausweichmöglichkeit auf das Kabelnetz ausschied (was, wie die Beschwerdeführerinnen zu Recht monieren, hinsichtlich der Bedeutung des Kabelnetzes auch zu widersprüchlichen Aussagen führte). Die Vorinstanz hat somit nicht dargetan, dass das Kabelnetz ausserstande wäre, die ADSL-Kunden gesamthaft oder doch zu einem wesentlichen Teil aufzufangen.

Die heute insgesamt tiefere Zahl der internettauglichen Kabelnetzanschlüsse erlangt frühestens dann Bedeutung, wenn die Kabelnetzbetreiber ihre Infrastruktur nicht weiter ausbauen und nicht mehr in der Lage sind, etwa im Falle einer Preiserhöhung im ADSL-Bereich eine wesentliche Zahl allenfalls abwanderungswilliger ADSL-Kunden aufzunehmen und so Wettbewerbsdruck zu erzeugen. Dass der ADSL-Kanal aus der heute höheren Anschlusszahl in der Zukunft einen solchen Vorteil ziehen könnte, spricht jedenfalls nicht gegen Wettbewerbsdruck auf dem Endkundenmarkt im Beurteilungszeitpunkt.

Ebenso wenig spricht gegen Wettbewerbsdruck auf dem Endkundenmarkt, dass ADSL den ursprünglichen Vorsprung des Kabelinternets dank höheren Wachstumsraten auf- und mittlerweile überholt hat. Die intensiven und teils aggressiven Werbekampagnen von Unternehmen im Kabel- und im Telefonnetz sprechen eher für ausgeprägten Wettbewerb zwischen diesen Infrastrukturen, mindestens bei der Akquisition von Neukunden. Ausschlaggebend für die höheren Wachstumsraten im ADSL-Bereich insgesamt erscheint eher die Möglichkeit der Auswahl unter einer Vielzahl von ISP, ferner dass die Leistungen im ADSL-Bereich heute besser sind als beim Kabelinternet (vgl. K-Tipp Nr. 4 vom 23.2.2005, S. 20 f.), dies im Gegensatz zur noch 2003 bestehenden Situation, als das Kabelinternet besser abschnitt (vgl. Kassensturz vom Februar 2003 und [www.cablemodem.ch](http://www.cablemodem.ch), "Kabelinternet 25% schneller als ADSL", News 2003), oder dass der Kundendienst bei Cablecom in der Vergangenheit immer etwa wieder zu Beanstandungen Anlass gab. Dass der in Zukunft möglicherweise entstehende, auf einer grösseren Zahl der erschlossenen Haushalte beruhende Vorteil für das schnellere Wachstum bei ADSL verantwortlich wäre, wie die Vorinstanz schreibt, ist dagegen wenig einleuchtend.

Diese beiden Kriterien erlauben keine Rückschlüsse auf eine beherrschende Stellung. Sie sind nicht sachgerecht und daher rechtsfehlerhaft.

5.3.4 Auch die übrigen Erwägungen in der Verfügung sind nicht durchwegs überzeugend und lassen den Schluss, die Beschwerdeführerinnen könnten sich im



Wholesalemarkt unabhängig verhalten, nicht zu. Die zersplitterte Marktstruktur etwa hat nur beschränktes Gewicht, wenn die 400 Netzbetreiber ihre Internetplattform gemeinsam vermarkten, und das Argument, die Kundennähe in einzelnen regionalen Märkten könne ein Wettbewerbsvorteil sein, leuchtet ein. Die Finanzkraft des Konzerns begründet für sich alleine ebenfalls keine Möglichkeit zu unabhängigem Verhalten, zumal Quersubventionierungen nicht festgestellt wurden. Dass Bluewin bei der Kundenakquisition eine gute Ausgangslage hat (Telefonkundenstamm), dürfte zutreffen, gilt aber teilweise auch für Netzbetreiber im Kabelinternet (TV-Kundenstamm).

Aus der Aussage, Bluewin habe im Retailmarkt eine "nicht zu unterschätzende Marktmacht", folgt weder, dass sie dort eine beherrschende Stellung einnimmt, noch dass der Wettbewerb dort nicht wirksam wäre, noch dass sich die Beschwerdeführerinnen im Wholesalemarkt im Wesentlichen unabhängig verhalten können (ganz abgesehen davon, dass der Einfluss der Beschwerdeführerinnen auf die Preise im Endkundenmarkt nicht mit ihrem Anteil im ADSL-Bereich untermauert werden kann). Der Wettbewerb im Endkundenmarkt kann auch dann wirksam sein und auf die Verhältnisse auf dem vorgelagerten Markt durchschlagen, wenn ein Unternehmen im Endkundenmarkt einen gesteigerten Einfluss hat. Es reicht nicht festzustellen, dass Bluewin im Retailbereich einen gewissen Markteinfluss hat. Vielmehr muss die Wettbewerbskommission dartun, dass sich die Beschwerdeführerinnen im relevanten Markt von anderen Marktteilnehmern im Wesentlichen unabhängig verhalten können.

5.3.5 Die Beschwerdeführerinnen argumentieren, die Annahme einer beherrschenden Stellung sei schon deshalb unplausibel, weil eine Preiserhöhung beim BBCS verbunden mit einer Erhöhung der Endkundenpreise angesichts der Kabelnetzkonkurrenz zu einem Verlust an ADSL- und BBCS-Kunden führen würde, was irrationalem Verhalten entspräche. Selbst wenn Bluewin die Endpreise nach einer BBCS-Preiserhöhung dank einer Quersubventionierung tief halten könnte und die übrigen ISP aus dem Markt scheiden würden, würde dies nichts bringen, weil sie die Endpreise wegen der Kabelnetzkonkurrenz nicht erhöhen könnte, zumal sie sich regionale Preisdifferenzierungen nicht erlauben könne. Die Wettbewerbskommission hält eine solche Vorgehensweise nicht für irrational: Auf kurze Sicht könnten die Beschwerdeführerinnen Verluste aus dem Endkundengeschäft von Bluewin mit höheren Einnahmen aus dem BBCS kompensieren, und auf längere Sicht den Marktanteil im Endkundengeschäft erhöhen. Durch das Ausscheiden der übrigen ISP würde voraussichtlich ein Duopol zwischen Swisscom und Cablecom entstehen, in dem Erstere eine überragende Stellung einnähme, und die Beschwerdeführerinnen wären dann angesichts der Vorteile der ADSL-Technologie wahrscheinlich in der Lage, die Endkundenpreise in einem gewissen Masse zu erhöhen.

Beide Sichtweisen sind teilweise einleuchtend, teilweise spekulativ. Marktanteilsgewinne von Bluewin ge-

nerieren zwar auch ohne Preiserhöhungen Wachstum. Inwiefern dies nach einem Ausscheiden der übrigen ISP die Verluste aus dem BBCS kompensieren würde, ist aber nicht belegt (vgl. dazu jedoch die Ausführungen von TDC in der Eingabe vom 3.3.2005). Ebenso wenig ist klar, in welchem Verhältnis allfällige zeitlich beschränkte Mehreinnahmen beim BBCS - soweit sie bei gleichzeitigem Kundenverlust zulasten der ISP denn tatsächlich entstehen würden - zu Verlusten im Endkundenmarkt stehen würden. Ob und in welchem Mass Bluewin bei einem Ausscheiden der übrigen ISP aus dem Markt wesentliche Marktanteilsgewinne verbuchen könnten, lässt sich heute ebenfalls nicht voraussagen; die Kunden könnten auch auf das Kabelnetz ausweichen - je nach Reaktion der Netzbetreiber auf eine solche Situation in mehr oder weniger ausgeprägtem Mass - und würden nicht automatisch Bluewin "anwachsen". Die Kabelnetzbetreiber könnten einer allfälligen anschliessenden Preiserhöhung von Bluewin als einziger verbliebener ADSL-Anbieterin ausser mit weiteren Preissenkungen mit einer Erweiterung ihrer Netze oder der Beseitigung allfälliger struktureller Mängel begegnen. Schliesslich könnten technologische Alternativen wieder oder neu auf den Markt drängen und dem Wettbewerb im Endkundenmarkt erneut Auftrieb verleihen. Im Übrigen ist die von der Wettbewerbskommission erwähnte Möglichkeit zu einer gewissen Erhöhung der Preise wettbewerbsrechtlich nicht *per se* problematisch, wenn ADSL tatsächlich Qualitätsvorteile hat.

5.3.6 Will man den Einfluss der Verhältnisse im Endkundenmarkt auf den Wholesalemarkt seriös einschätzen, kommt man um eine Klärung der Wettbewerbsverhältnisse zwischen den beiden Netzen nicht herum. Diese Beurteilung ist zentral, wenn man den parallelen Vertriebskanälen mit ihren unterschiedlichen Geschäftsmodellen gerecht werden und die beherrschende Stellung nicht mehr oder weniger direkt aus der Marktabgrenzung und dem fehlenden potenziellen Wettbewerb im Wholesalemarkt ableiten will.

In Ziffer 5.1.3 wurde aufgeführt, welche Sachverhaltselemente für die Wettbewerbsverhältnisse im Endkundenmarkt wesentlich erscheinen. So ist zu veranschlagen, in welchen Agglomerationen beziehungsweise Randregionen welche Kundenpotenziale welche Auswahlmöglichkeiten haben, wie sich das Kabelinternet in neu erschlossenen Regionen entwickelt, welche Auswirkungen Preissenkungen oder -erhöhungen im einen oder anderen Netz auf das Verhalten der Endkunden haben, inwiefern Preisanpassungen und Produktverbesserungen verbunden mit Werbekampagnen Mutationen von Endkunden von einem Netz auf das andere bewirken oder wegen *lock-in*-Effekten in erster Linie die Akquisition von Neukunden beeinflussen, und inwiefern dies unterschiedlich zu gewichten ist, je nachdem, ob sich der Markt in einer starker Expansions- oder einer Reifephase befindet.

Nach Auffassung der Beschwerdeführerinnen ist die Nachfrage im Endkundenmarkt preiselastisch; Preissenkungen von Bluewin und TDC im Endkundenmarkt hätten zu starken Nachfragesteigerungen geführt,

und Preiserhöhungen könnten, wo Ausweichmöglichkeiten bestehen, deshalb das Gegenteil bewirken. Dass Werbekampagnen verbunden mit Produkteanpassungen beim betreffenden Anbieter zu einem stärkeren Wachstum führen, ist aufgrund der Akten und der Abklärungen der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen erstellt (z.B. Zunahme des Wachstums bei Bluewin nach dem 1.3.2002, bei TDC nach einer entsprechenden Ankündigung vom 9.4.2002, beim Kabelinternet nach der Marktoffensive vom November 2003 [praktisch Verdoppelung der Wachstumsquote im darauf folgenden Halbjahr]). Ob daraus auch abzuleiten ist, dass der Produkte- und Preiswettbewerb zu Mutationen zwischen Kabelinternet- und ADSL-Endkunden führt, und inwiefern dies in einer Wachstumsphase ins Gewicht fallen kann, lässt sich daraus jedoch nicht ersehen.

Diese Abklärungen und Einschätzungen zum Endkundenmarkt fehlen in der Verfügung vollständig. Es überschreitet die Möglichkeiten der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, das Erforderliche im Rahmen des Beschwerdeverfahrens selber vorzunehmen, weshalb es Sache der Wettbewerbskommission sein wird, dies nachzuholen. Dies rechtfertigt sich auch mit Blick auf die Wahrung des Instanzenzugs.

Bei der Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse im Endkundenmarkt wird die Vorinstanz auch den Stellungnahmen von TDC und den Beschwerdeführerinnen vom 3. März 2005 beziehungsweise 20. April 2005 Rechnung tragen und berücksichtigen,

- inwiefern die auch von der Wettbewerbskommission erwähnte ausgeprägte Dynamik des Marktes für oder gegen eine beherrschende Stellung der Beschwerdeführerinnen spricht,
- dass der von ihr bei der Wettbewerbsstellung von Cablecom erwähnte Umstand, ein Wholesaleangebot würde deren Marktstellung beeinträchtigen, wohl auch den Beschwerdeführerinnen zugute zu halten wäre,
- und dass die Preise des schnellen Internetzugangs im internationalen Vergleich offenbar tief sind, dies bei hoher Marktpenetration (vgl. Der Bund, 28.10.2004, S. 43), was eher für die Wirksamkeit des Wettbewerbs im Endkundenmarkt als dagegen spricht, auch wenn in einigen Ländern wie Japan oder Korea für weniger Geld höhere Bandbreiten zu haben sind (vgl. BAKOM, Breitbandkommunikation in der Schweiz, März 2005, S. 18 f.).

Sollte die Prüfung gemäss Ziffer 5.3.6 ergeben, dass sich die Beschwerdeführerinnen angesichts des Einflusses der Verhältnisse auf dem Endkundenmarkt auf dem relevanten Markt nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können, jedoch insoweit Spielraum haben, als sie diesen Druck mittels Gestaltung der Rabattierung teilweise unterlaufen können, bliebe zu prüfen, inwiefern dies angesichts der gesetzlichen Definition der marktbeherrschenden Stellung für die Begründung einer Verhaltenskontrolle ausreichen kann.

Was TDC in der Eingabe vom 3. März 2005 zur Frage der Marktbeherrschung vorbringt, ändert im Übrigen nichts daran, dass die Vorinstanz die beherrschende Stellung der Beschwerdeführerinnen im relevanten Markt nicht hinreichend untersucht und begründet hat.

5.3.7 Unter dem Strich erscheint die Bejahung einer marktbeherrschenden Stellung etwas konstruiert, um die kartellrechtlichen Verhaltensvorschriften bereits heute zur Anwendung bringen zu können. In diese Richtung weisen immerhin die Überlegungen der Vorinstanz zu einem möglicherweise künftig entstehenden Duopol zwischen den Beschwerdeführerinnen und Cablecom. Die kartellrechtliche Verhaltenskontrolle erfasst aber nur Unternehmen, die aktuell eine beherrschende Stellung innehaben. Es ist nicht Sache der Wettbewerbsbehörden, gewissermassen mittels einer aus strukturpolitischen Gründen vorgezogenen Verhaltenskontrolle auf eine erwünschte Marktstruktur hinzuwirken beziehungsweise eine möglicherweise entstehende unerwünschte Marktstruktur zu verhindern. Wettbewerbspolitik ist nicht in erster Linie Struktur- sondern Anpassungspolitik. Massgeblich sind die jeweiligen Wettbewerbsverhältnisse und die Auswahlmöglichkeiten der Endkund/inn/en. Markt und Wettbewerb sind letztlich auch die Instrumente, die zu effizienten Vertriebsstrukturen führen.

Es gilt zu berücksichtigen, dass der Wettbewerb grundsätzlich auch in einer Duopolstruktur sehr intensiv sein kann. Wenn die bestehenden Netze einmal ausgeschöpft und das Kabelnetz nicht mehr in der Lage sein sollte, einen wesentlichen Teil allenfalls abwanderungswilliger ADSL-Endkunden aufzufangen und so Druck auf die Beschwerdeführerinnen auszuüben, eröffnen sich bei unzulässigem Verhalten Marktchancen für andere, heute weniger oder nicht sehr erfolgreiche Technologien (Satellit, UMTS etc.) und kann eine daheringe neue Dynamik eine dannzumal allenfalls beherrschende Stellung wiederum erodieren. Falls dies nicht eintritt, bleiben die Möglichkeiten des Vorgehens gegen Abreden und Parallelverhalten oder der Preismissbrauchsprüfung.

Im Übrigen scheint die Wettbewerbskommission ihrer Schlussfolgerung selber nicht ganz zu trauen, wenn sie in der Vernehmlassung ausführt, aufgrund der starken Präsenz von Bluewin im Endkundenmarkt und der zersplitterten Struktur im Kabelnetz sei es "unmöglich, davon auszugehen, dass sich die Beschwerdeführerinnen ohne weiteres nicht unabhängig verhalten können". Aufgabe der Wettbewerbskommission ist es aber darzutun, dass sich die Beschwerdeführerinnen unabhängig verhalten können, wenn sie sie der Verhaltenskontrolle unterziehen will. Denselben Eindruck vermittelt die Aussage in der Verfügung vom 1. September 2003, laut welcher "aus der Sicht der Endkunden ein gewisser Wettbewerb zwischen der ADSL-Technologie und den Betreibern der Fernseekabelnetze (insbesondere der Cablecom) besteht. Diese auf die ADSL-Technologie wahrscheinlich disziplinierend wirkenden Einflüsse der Kabelnetze...". Zwar steht diese Aussage im Zusammenhang mit dem Erlass vorsorglicher Massnahmen und erfolgte aufgrund

einer summarischen Prüfung. Dass sie vom 1. September 2003 datiert, also nachdem das Sekretariat in seinem Antrag an die Wettbewerbskommission vom 4. August 2003 (Verfügungsentwurf in vorliegender Sache) das Gegenteil gefolgert hat, lässt dennoch auf gewisse Zweifel der Wettbewerbsbehörde schliessen.

5.3.8 In der Lehre wurde kritisiert, die Rechtsanwendung stelle zu hohe Anforderungen an die tatbestandsmässigen Voraussetzungen von Artikel 7 Absatz 1 des Kartellgesetzes. Die Frage der marktbeherrschenden Stellung und des Missbrauchs stünden zu Unrecht im Zentrum. Richtigerweise müsse das Gewicht auf die Behinderung und ihre Rechtfertigung gelegt werden, wenn man diesen Artikel nicht seines Gehaltes entleeren wolle. Wenn eine Behinderung nachgewiesen sei, rechtfertige dies die Annahme, dass sich das betreffende Unternehmen unzulässig verhalte, es sei denn, die Verhaltensweise sei aus sachlichen Gründen gerechtfertigt (vgl. ROGER ZÄCH, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, V/2, Kartellrecht, zweiter Teilband, Basel 2000, S. 141 f.).

Soweit aus dieser Auffassung abzuleiten wäre, die marktbeherrschende Stellung sei tendenziell zu bejahen, wenn eine sachlich nicht gerechtfertigte Behinderung bei Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs erstellt ist, ist zu bedenken, dass die gesetzlichen Verhaltensvorschriften ausdrücklich nur für marktbeherrschende Unternehmen gelten.

5.4 Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG). Die Vorschrift richtet sich allgemein gegen Behinderungs- und Ausbeutungspraktiken, die auf die Errichtung von Markteintritts-, Marktaustritts- oder Mobilitätsbarrieren ausgerichtet sind, ferner Praktiken, welche die gezielte Verdrängung von Konkurrenten oder die Erhöhung der Kosten der Marktrivalen zum Zweck haben (vgl. BRUNO SCHMIDHAUSER, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz [Komm. KG], Zürich 1997, Art. 7, Rz. 32).

Als solche Verhaltensweisen fallen unter anderem in Betracht die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen, die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen und die gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen oder Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 KG). Die Aufzählung im Gesetz ist nicht abschliessend (R. DALLAFIOR, Komm. KG, a.a.O., Art. 7, Rz. 88).

Das Kartellgesetz sagt nicht ausdrücklich, unter welchen Umständen eine bestimmte Verhaltensweise missbräuchlich ist. Laut der Botschaft ist wettbewerbslich relevantes Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens grundsätzlich dann unzulässig, wenn es andere Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund ... behindert oder .... benachteiligt (Botschaft vom 23.11.1994 zu einem Bundesgesetz

über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, BBl 1995 I 522, S. 569, nachfolgend: Botschaft KG; vgl. auch EVELYNE CLERC, in: PIERRE TERCIER/CHRISTIAN BOVET (Hrsg.), Commentaire romand, Droit de la concurrence, Genève, Bâle, Munich 2002, Art. 7, Rz. 79). Ob ein Verhalten unbedenklich ist, dessen sich auch ein Unternehmen ohne gesteigerten Markteinfluss bedienen könnte, ist in der Lehre umstritten (vgl. SCHMIDHAUSER, a.a.O., Art. 7, Rz. 40; ZÄCH, a.a.O., S. 187; CLERC, a.a.O., Art. 7, Rz. 65).

Die Hauptschwierigkeit der Verhaltenskontrolle liegt in der Abgrenzung zulässigen und unzulässigen Verhaltens. Einerseits sollen den marktbeherrschenden Unternehmen die Früchte ihrer leistungsbezogenen Anstrengungen belassen, andererseits sollen nicht leistungsbezogene Verhaltensweisen unterbunden werden. Die Verhaltenskontrolle ist darauf ausgerichtet, aktuellen und potenziellen Konkurrenten die Möglichkeit offenzuhalten, die Positionen der marktbeherrschenden Unternehmen anzugreifen beziehungsweise zu bestreiten. Angesichts der Gefahr, dass Aussenseiter die Verhaltensnormen des Kartellgesetzes für taktisch motivierte Klagen einsetzen können, muss die Rechtsanwendung darauf achten, nicht nur deren Interessen, sondern auch die Vertrags- und Wettbewerbsfreiheit des beherrschenden Unternehmens zu schützen (MARKUS RUFFNER, Unzulässige Verhaltensweisen marktmächtiger Unternehmen, AJP 7/1996, S. 835).

Marktbeherrschende Unternehmen sind grundsätzlich an das Gleichbehandlungsgebot gebunden (CLERC, a.a.O., Art. 7, Rz. 84). Eine (Preis-) Diskriminierung kann nicht nur bei Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte, sondern auch bei Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte gegeben sein (RUFFNER, a.a.O., S. 842).

5.4.1 Die Verhaltensweise des marktbeherrschenden Unternehmens muss andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern, damit sie für unzulässig im Sinne von Artikel 7 Absatz 1 des Kartellgesetzes erklärt werden kann.

Die angefochtene Verfügung beantwortet die Frage, welche Anforderungen an den Nachweis der Behinderung zu stellen sind, nicht ausdrücklich: Muss sie sich aus konkreten Marktdaten ergeben und also sachverhaltsmässig belegt sein? Genügen allgemeine theoretische Überlegungen? Aus der Tatsache, dass die Vorinstanz Daten zur Marktentwicklung mit und ohne vorsorgliche Massnahmen aufführt und diese interpretiert, ist eher zu folgern, dass sie davon ausgeht, die Behinderung müsse sachverhaltsmässig mit Marktdaten belegt werden. In dieselbe Richtung weist die Formulierung in Randziffer 147 der angefochtenen Verfügung, nach welcher zu prüfen sei, ob die Konkurrenten tatsächlich behindert worden seien.

In einer theoretischen Betrachtung kann eine Behinderungswirkung des Rabattsystems nicht verneint werden: Die BBS-Kosten machen mit offenbar ca. 40% einen grossen Teil der Gesamtkosten der ISP aus. Von diesen Kosten entfallen 75%-90% auf den Bereich access, 25%-10% auf die connectivity. Dass es für

einen ISP daher wesentlich ist, ob er beim access einen grossen, einen mittleren, einen kleinen oder gar keinen Rabatt erhält, liegt bei diesen Dimensionen auf der Hand. In dieser Optik ist die Schlussfolgerung, das Rabattsystem behindere andere Unternehmen in der Ausübung des Wettbewerbs, indem es die Kosten grösserer ISP senkt (bzw. diejenigen kleinerer ISP erhöht), daher nicht zu beanstanden.

Betrachtet man den Behinderungstatbestand aufgrund der Marktdaten und prüft man die Frage, ob das Rabattschema andere Unternehmen in der Aufnahme des Wettbewerbs behindert, lässt die Entwicklung der Marktzutritte im Zeitverlauf diesen Schluss nicht zu. Den von der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen im Rahmen der Instruktion eingeholten Daten lässt sich entnehmen, dass seit Lancierung des Internetzugangs mittels ADSL im Oktober 2000 bis Ende 2004 36 ISP in den Markt eingetreten sind. Davon entfielen 24 Marktzutritte auf die 19 Monate vor den vorsorglichen Massnahmen und bloss 12 Zutritte auf die 31 Monate danach. Angesichts dieses Verlaufs kann das Rabattsystem andere Unternehmen kaum in der Aufnahme des Wettbewerbs behindert oder im Sinne einer Marktzutrittsschranke gewirkt haben.

Was die Behinderung anderer Unternehmen in der Ausübung des Wettbewerbs angeht, stützt die Vorinstanz ihre Folgerung, dieses Erfordernis sei erfüllt, auf folgende Überlegungen (Rz. 157 ff. der Verfügung): Die Behinderung lässt sich an der Entwicklung der Kundenzahlen messen. Bluewin konnte wegen dem 20-prozentigen Rabatt im März 2002 die Preise senken. Das brachte ihr einen wesentlichen Wettbewerbsvorteil gegenüber ihren Konkurrenten, die möglicherweise unter Einstandspreis hätten verkaufen müssen, um konkurrenzfähige Preise offerieren zu können. Dieser Wettbewerbsvorteil widerspiegelte sich in der Marktentwicklung (Abbildung 3 in Rz. 36 der Verfügung): Nach der Preissenkung erhöhte Bluewin ihren Marktanteil bis zum Erlass der vorsorglichen Massnahmen laufend und erheblich. Die Konkurrenten erhöhten ihre Anteile langsamer als vor dem 1. März 2002. Aufgrund der vorsorglichen Massnahmen änderte sich diese Entwicklung. Die tieferen Preise von Bluewin sind nicht das Resultat höherer Effizienz, denn die übrigen ISP konnten ihre Preise dank dem höheren Rabatt ebenfalls senken. Der höhere Rabatt für Bluewin beziehungsweise die resultierende Benachteiligung der übrigen ISP bewirkt eine Erhöhung der Kosten der Konkurrenten von Bluewin und stellt daher eine Wettbewerbsbehinderung dar.

Diese auf der Erhebung der Daten zur Entwicklung der Kundenzahlen gestützten Überlegungen sind korrekt. Dass Bluewin schon stärker gewachsen ist, als die Beschwerdeführerinnen noch keine Mengenrabatte gewährten (d.h. bis 31.1.2001), und dass sie auch stärker wächst, seit die vorsorglich verfüzten Einheitspreise gelten, ändert nichts an der Tatsache, dass Bluewin nach der Preissenkung vom März 2002 schneller wuchs als zuvor, dass die aggregierte Wachstumskurve der übrigen ISP in dieser Zeit langsamer zunahm und dass sich beides nach Inkraftsetzung der vorsorglichen Massnahmen änderte. Dass ein weiterer

ISP im vierten Quartal 2001 sogar höhere Rabatte hatte als Bluewin, bedeutet angesichts der Entwicklung von dessen Vollkosten nicht, dass er vor Bluewin mit einer Preissenkung hätte vordringen können.

Die Vorinstanz hat die Behinderungswirkung des Rabattschemas somit nachgewiesen. Kartellrechtlich ist dies dann von Bedeutung, wenn sich die Behinderung nicht aus sachlichen Gründen rechtfertigen lässt.

5.4.2 Das Kartellgesetz äussert sich nicht explizit zur Zulässigkeit von Mengenrabatten. Mengenrabatte tragen in der Regel dazu bei, dass Preisdifferenzierungen kostengerecht erfolgen (RUFFNER, a.a.O., S. 843). Nach der Lehre sind sie deshalb grundsätzlich zulässig, wenn sie an den Umfang der beim betroffenen Hersteller getätigten Käufe geknüpft sind und dies wirtschaftlich gerechtfertigt ist (DALLAFIORI, Komm. KG, Art. 7, Rz. 152; vgl. auch CLERC, a.a.O., Art. 7, Rz. 181). Unterschiedliche Kosten und Skalenerträge rechtfertigen unterschiedliche Preise (RUFFNER, a.a.O., S. 842; vgl. auch ZÄCH, a.a.O., S. 206, sowie CLERC, a.a.O., Art. 7, Rz. 172). Mengenrabatte nach Massgabe der Bezüge bei einem Hersteller sind in der Regel nicht diskriminierend, müssen sich aber auf Effizienzgewinne stützen können (vgl. CLERC, a.a.O., Art. 7, Rz. 184).

Es liegt in der Natur von Mengenrabatten, dass die wichtigsten Abnehmer eines Produktes von tieferen durchschnittlichen Einheitspreisen (bzw. von höheren durchschnittlichen Reduktionsätzen) profitieren als die weniger wichtigen Abnehmer. Mengenrabatte dürfen sich aber nicht im Sinne ungleicher Bedingungen für gleiche Leistungen auswirken. Wenn die Auslöseschwellen der einzelnen Rabattstufen dazu führen, dass ein Rabatt beziehungsweise ein höherer Rabatt bestimmten Partnern vorbehalten wird, indem ihnen ein Vorteil zukommt, der nicht durch Skalenerträge gerechtfertigt ist, die der Lieferant dank diesen Partnern im Vergleich zu ihren Konkurrenten realisieren kann, stellt der Mengenrabatt eine ungleiche Behandlung gleicher Verhältnisse dar. Indizien für eine solche Ungleichbehandlung können Auslöseschwellen sein, die nur bestimmten besonders wichtigen Partnern des marktbeherrschenden Unternehmens zugute kommen, oder eine nicht lineare Erhöhung der Rabattsätze, jedenfalls wenn die Auslöseschwellen beziehungsweise die Nichtlinearität sachlich nicht gerechtfertigt sind. Ein von den portugiesischen Flughäfen angewandtes Mengenrabattsystem wurde aus dem Grund für unzulässig befunden, weil die Progression der Rabattsätze bei der höchsten Rabattstufe sehr viel höher war als bei den vorangehenden Rabattstufen, ohne dass dies sachlich gerechtfertigt war. Der Rabatt für die höchste Rabattstufe, von dem de facto nur die zwei portugiesischen Fluggesellschaften profitierten, war im Verhältnis zu den Rabatten in den vorderen Tranchen überrissen (CLERC, a.a.O., Art. 7, Rz. 184).

5.4.3 Mengenrabatte sind kartellrechtlich also bedenklich, wenn sie nicht durch Skaleneffekte gerechtfertigt sind. Die Vorinstanz schreibt, Skaleneffekte, die auf die Zunahme der Endkunden *aller* ISP zurückzuführen seien, vermöchten die Rabattierung sachlich

zu rechtfertigen (Rz. 153), und verweist diesbezüglich auf den entsprechenden Abschnitt B.4.2.3 der Verfügung. Sie führt im Sachverhalt im Einzelnen aus, bei welchen Kostenpositionen mit zunehmender Anzahl Endkunden Skalenerträge auftreten (ATM-Konzentration, BBCS *edge* Seite Endkunden, *backbone, operation support system*, vgl. Rz. 19 ff. sowie 23 der Verfügung). Im Abschnitt B.4.2.3 nimmt die Vorinstanz die angekündigte Prüfung allerdings nicht vor, wie die Beschwerdeführerinnen zu Recht beanstanden.

Stattdessen beschränkt sie sich in Randziffer 148 ff. der Verfügung darauf, diejenigen Kostenposten zu veranschlagen, bei denen sich *ISP-spezifische* Kostenreduktionen finden (im Wesentlichen Vertrieb, Marketing, Administration und Verwaltung). Bei den Kosten des Bereichs BBCS Edge Seite ISP fallen mit zunehmender Kundenzahl eines ISP sowohl Kostensenkungen wie zufolge erforderlicher Neuinvestitionen Kostenerhöhungen an, so dass die Skalenerträge zu relativieren beziehungsweise vernachlässigbar sind. Aus dem Umstand, dass diese ISP-spezifischen Kosten nur einen sehr geringen Teil der Kosten des BBCS ausmachen (vgl. Rz. 154 f. der Verfügung), folgert die Vorinstanz, Rabatte bis zu 20% seien sachlich nicht zu rechtfertigen.

Die Beschwerdeführerinnen hatten bereits bei der Beantwortung des Fragebogens vorgebracht, die Rabattierung sei durch Skalenerträge im Gesamtmarkt gerechtfertigt. Die Vorinstanz hätte sich mit diesem Vorbringen befassen müssen. Das tat sie in von Amtes wegen festzustellender Verletzung des Gehörsanspruchs der Beschwerdeführerinnen in der Verfügung nicht.

Die Verfügung erläutert nicht, weshalb Mengenrabatte nur den kleinen Teil der Kostenreduktionen sollten reflektieren dürfen, die auf die ISP-spezifische Reduktion der Durchschnittskosten zurückzuführen sind. In der Vernehmlassung begründet die Wettbewerbskommission dies damit, dass es für die Beschwerdeführerinnen praktisch keine Rolle spiele, ob sie einen Wholesalekunden mit 100'000 Endkunden habe oder zehn à je 10'000 Kunden. Indem das Rabattschema nicht auf die Grösse des Marktes abstelle sondern auf die Grösse des ISP (Kundenzahl als Auslöseschwelle), nehme es nicht den Gesamtmarkt als Referenz.

Es stellt sich die Frage, ob es eine Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte ist, die Skalenerträge aus dem Gesamtmarkt in Form von Mengenrabatten denjenigen ISP zufließen zu lassen, die viel dazu beitragen, und diejenigen leer ausgehen zu lassen beziehungsweise ihnen einen kleinen Rabatt zu gewähren, die wenig beitragen. Geht man davon aus, dass die grossen ISP zu den Skaleneffekten zufolge Zunahme sämtlicher Endkunden mehr beitragen, erscheint dies nicht *a priori* problematisch, und dass man bei einem Mengenrabatt auf die Kundenzahl oder das Geschäftsvolumen des Kunden abstellt, ist normal.

Wie sich aus der grafischen Darstellung von Kundenzahlen und Rabattsätzen ergibt, ist die untersuchte Rabattierung ein linearer Mengenrabatt. Eine Progression bei der höchsten Rabattstufe, die sehr viel

höher wäre als bei den vorangehenden Rabattstufen und die daher im Verhältnis zu den vorderen Tranchen überrissen wäre (vgl. oben Ziff. 5.4.2 am Ende), liegt somit nicht vor.

Tragen jedoch alle ISP nach Massgabe ihrer Kundenzahl zu den Skaleneffekten im Gesamtmarkt bei, erfordert das Gleichbehandlungsgebot, dass Preisnachlässe entsprechend diesem Beitrag gewährt werden. Ein Mengenrabattschema scheidet in einer solchen Situation aus, weil es auf eine Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte hinausläuft, Preisnachlässe nur den grossen ISP zu gewähren und den Beitrag der Kleineren von Nachlässen auszuschliessen.

Die den marktbeherrschenden Unternehmen auferlegte Gleichbehandlungspflicht bewirkt so gewissermassen eine Annäherung an das genossenschaftliche Prinzip, demzufolge alle Beteiligten am gemeinsam erstrebten Nutzen partizipieren sollen: Spart die Genossenschaft dank einem Grosseinkauf 30%, gibt sie diesen Vorteil allen ihren Abnehmern in Form von gleichen Rabatten weiter (alle erhalten z.B. 30% oder 25% auf ihren Bezügen). Spart ein gewinnstrebendes Privatunternehmen bei einem Grosseinkauf 30%, kann es den Vorteil je nach Bezugsmenge seiner Käufer abstufen mit Rabatten von zum Beispiel 20%, 10% und 0% (nicht alle Abnehmer erhalten etwas von dem Vorteil). Spielen die Wettbewerbskräfte und haben die Abnehmer Ausweichmöglichkeiten, ist gegen eine Ungleichbehandlung der Abnehmer nichts einzuwenden. Im Falle eines marktbeherrschenden Unternehmens muss sich eine Ungleichbehandlung gleicher oder vergleichbarer Sachverhalte jedoch mit sachlichen Gründen rechtfertigen lassen.

Das Argument der Beschwerdeführerinnen, es sei legitim, denjenigen ISP grössere Rabatte zu geben, die mehr zu den Skalenerträgen beitragen, würde bedeuten, dass die grossen ISP bei sinkenden Grenzkosten tiefere Preise zahlen müssten. Das kann auch deshalb nicht zutreffen, weil umgekehrt niemand auf die Idee käme, den grossen ISP bei steigenden Grenzkosten höhere Preise zu verrechnen. Wer die Veränderung der Grenzkosten letztlich verursacht, lässt sich nie klar bestimmen, weshalb sich auch preisliche Differenzierungen nicht zuordnen lassen.

Materiell erscheint die Schlussfolgerung der Vorinstanz, die Mengenrabatte gemäss untersuchtem Rabattschema seien mangels Rechtfertigung durch Skaleneffekte unzulässig, aufgrund dieser Überlegungen zutreffend. Da sich die Beschwerdeführerinnen dazu mangels Begründung in der Verfügung noch nicht äussern konnten, wird die Vorinstanz sie nicht nur bezüglich der Neubeurteilung der marktbeherrschenden Stellung, sondern gegebenenfalls auch in dieser Frage noch anzuhören haben.

5.4.4 Die Vorinstanz zieht ihre Folgerung, die untersuchte Rabattierung sei sachlich nicht gerechtfertigt, auch daraus, dass Bluewin mit ihrem Rabatt von 20% einen Wettbewerbsvorteil hatte, der ihr vorbehalten gewesen sei (Rz. 148 ff. der Verfügung).

Diese Argumentation läuft darauf hinaus, aus einer Wettbewerbsbehinderung direkt auf deren Unzuläs-

sigkeit zu schliessen. Jeder Mengenrabatt vermittelt den Unternehmen mit dem höchsten Rabatt einen Vorteil, den nur sie geniessen und der den Unternehmen ohne oder mit kleinerem Rabatt vorenthalten bleibt. Daraus kann nicht geschlossen werden, die Unternehmen mit dem höchsten Rabatt bekämen einen unzulässigen bevorzugenden Rabatt. Sonst wäre jeder Mengenrabatt unzulässig. Ein Rabatt ist jedoch nicht dann ein unzulässiger bevorzugender Rabatt, wenn nur bestimmte Unternehmen davon profitieren, sondern dann, wenn sich die Unterscheidung sachlich nicht rechtfertigen lässt (vgl. oben Ziffer 5.4.2 und 5.4.3). Das ist nachzuweisen, bevor die Schlussfolgerung gezogen werden kann, es liege ein unzulässiger bevorzugender Rabatt vor.

Die Argumentation der Vorinstanz wäre konsistenter ausgefallen, wenn sie dem Beurteilungsraster gemäss Kartellgesetz gefolgt wäre (1. Liegt eine Behinderung vor? 2. Ist sie sachlich gerechtfertigt?), anstatt zu prüfen, ob 1. ein vorbehaltener Rabatt vorliegt, der 2. durch ISP-spezifische Kostenreduktionen gerechtfertigt ist, 3. andere Unternehmen behindert und 4. durch *legitimate business reasons* gerechtfertigt ist. Dieses Vorgehen führte dazu, dass die Vorinstanz die Elemente der Behinderung und der Rechtfertigung bei diesen Prüfungsschritten mehrfach veranschlagte und vermengte. So hätte sie unter dem Titel der *legitimate business reasons* nicht zu prüfen gehabt, ob die Rabattgestaltung für die ISP einen Anreiz darstellt, alles zu unternehmen, um sich gegen die Kabelnetzbetreiber zu behaupten (vgl. Rz. 175 und 176 der Verfügung), sondern ob ein Mengenrabatt ausschliesslich zu Gunsten der grösseren ISP, obwohl alle ISP entsprechend ihrer Kundenzahl zu den Skalenerträgen im Gesamtmarkt beitragen, den Gleichbehandlungsgrundsatz respektiert oder ihm zuwiderläuft. Die Aussage, es gehe nicht um eine Anreizschaffung zur Kundenakquisition, sondern um eine Bevorzugung von Bluewin, gehört zur Frage der Behinderung und hat bei der sachlichen Rechtfertigung keine weitere Bedeutung. Auch die Ausführungen gemäss Randziffer 148 ff. der Verfügung gehören zur Frage der Behinderung. Die nicht über alle Zweifel erhabenen Aussagen in Randziffer 150 der Verfügung (vgl. oben Ziff. 5.1.6) erübrigen sich so.

5.4.5 Die Beschwerdeführerinnen haben grundsätzlich nichts dagegen einzuwenden, dass man sich mangels einer eigenen Praxis auf diejenige des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften im Fall "Portugiesische Flughäfen" abstützt. Im vorliegenden Fall sei dies jedoch problematisch, weil Mengenrabatte je nach Marktphase eine unterschiedliche Bedeutung hätten. Die ADSL-Dienste hätten sich bei Erlass der Verfügung in der Einführungsphase befunden. In dieser Phase seien die ADSL-Dienste nicht skalierbar, denn solange der *break even point* nicht erreicht sei, fielen vor allem Verluste an. Mengenrabatte dienten in dieser Marktphase vor allem dazu, möglichst schnell aus der Verlustphase herauszukommen. In späteren Marktphasen seien Mengenrabatte nicht mehr so bedeutsam und könnten sich als wettbewerbswidrig erweisen. Der vom Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften beurteilte Fall habe sich auf einen Markt in

einer solchen späteren Phase bezogen. Wenn dies nicht berücksichtigt werde, resultierten Fehlschlüsse.

Die Wettbewerbskommission äussert sich dazu nicht.

Nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen argumentieren die Beschwerdeführerinnen bezüglich der Skaleneffekte widersprüchlich: Einerseits stellen sie den Prüfungsraster der Vorinstanz mit dem Argument in Frage, die ADSL-Dienste seien in der Einführungsphase nicht skalierbar, andererseits berufen Sie sich hinsichtlich der Rechtfertigung ihres Verhaltens (*legitimate business reasons*) selber auf Skaleneffekte, welche das Rabattschema rechtfertigten. Auch hier steht aber die Einführungsphase zur Diskussion. Daher ist nicht ersichtlich, inwiefern die auf die Marktphasen bezogene Argumentation zu Fehlschlüssen führen sollte. Die Beschwerdeführerinnen ziehen ihrerseits keine konkreten Schlussfolgerungen aus ihrem Vorbringen.

5.5 Die Vorinstanz hat den massgeblichen Sachverhalt nicht korrekt und vollständig festgestellt. Sie hat das Recht unzutreffend angewendet, indem sie bezüglich des Einflusses des Endkunden- auf den Wholesalemarkt aufgrund nicht sachgerechter Kriterien eine marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerinnen bejahte. Hinsichtlich der Frage der Unzulässigkeit der Verhaltensweise hat sie den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerinnen in von Amtes wegen festzustellender Weise verletzt, indem sie nicht begründete, weshalb Skalenerträge im Gesamtmarkt nicht geeignet sind, die Rabattierung zu rechtfertigen. Die Verfügung hält der Überprüfung deshalb auch bezüglich des Diskriminierungstatbestandes nicht Stand, obwohl die Beurteilung der Wettbewerbskommission angesichts der Überlegungen gemäss Ziffer 5.4.3 materiell zutreffend erscheint.

Die Verwaltungsbeschwerde ist daher gutzuheissen, der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie im Sinne der Erwägungen eine neue Verfügung treffe.

Da die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen mit dieser Rückweisung einen instanzabschliessenden Entscheid in der Hauptsache trifft, erweist sich der Antrag um Erlass vorsorglicher Massnahmen als gegenstandslos (Entscheid des Bundesgerichts vom 24.6.2003 i.S. X, 1P.263/2003 E. 4; BGE 111 Ib 182 E. 2b; GYGI, a.a.O., S. 245). Indem das Verfahren wieder vor der Wettbewerbskommission hängig sein wird, wird es ihr obliegen, im Sinne der Erwägungen von Amtes wegen oder auf Antrag der Beschwerdeführerinnen, die geeigneten vorsorglichen Massnahmen zu erlassen.

6. Bei diesem Ausgang des Verfahrens gelten die Beschwerdeführerinnen als obsiegend, weshalb keine Verfahrenskosten zu sprechen sind (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Die von den Beschwerdeführerinnen am 16. Februar 2004 geleisteten Kostenvorschüsse von je CHF [...] sind ihnen zulasten der Bundeskasse zurückzuerstatten (Art. 5 Abs. 3 der Verordnung vom 10.9.1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren, SR 172.041.0).

Eine Parteienschädigung ist den Beschwerdeführerinnen nicht zuzusprechen, da sie nicht durch einen unabhängigen Rechtsanwalt, sondern durch einen bei der Swisscom AG angestellten Fürsprecher vertreten sind (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 10.3.2003 i.S. Swisscom Fixnet AG, 2A.619/2002 E. 4; REKO/WEF FB/2003-9 E. 10, publiziert in: RPW 2004/1 S. 204 ff.).

***Demnach entscheidet die  
Rekurskommission für Wettbewerbsfragen:***

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 15. Dezember 2003

wird aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Wettbewerbskommission zurückgewiesen.

2. Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt. Die geleisteten Kostenvorschüsse von je CHF [...] werden den Beschwerdeführerinnen zulasten der Bundeskasse zurückerstattet.

3. Es wird keine Parteienschädigung zugesprochen.

4. [Rechtsmittelbelehrung]

5. [Eröffnung]

B 3

### 3. *Telekurs Multipay AG/Weko*

*Es sind drei weitere analoge Entscheide ergangen: UBS Card Center AG/Weko; Swisscard AECS AG/Weko und Cornèr Banca SA/Weko*

*Beschwerdeentscheid vom 9. Juni 2005 in Sachen Telekurs Multipay AG (Beschwerdeführerin) (Verwaltungsbeschwerde vom 24.1.2003) gegen Wettbewerbskommission (Vorinstanz) (Verfügung vom 18.11.2002) betreffend unzulässige Wettbewerbsbeschränkung*

#### *Es hat sich ergeben:*

A. Die Telekurs Multipay AG (vormals: Telekurs Europay AG beziehungsweise Telekurs Europay [Schweiz] SA) offeriert Händlern und Dienstleistungserbringern, welche über das Kreditkartennetz von Eurocard/Mastercard und VISA Zugang zum bargeldlosen Zahlungsverkehr wünschen, Kreditkarten-Annahmeverträge (Akzeptanzverträge). Für diese Tätigkeit (als sog. "Acquirer") verfügt die Telekurs Multipay AG für die Eurocard/Mastercard über eine entsprechende Lizenz der Europay International SA (Waterloo, Belgien). Für das VISA-Acquiring-Geschäft ist sie seit der Übernahme dieses Geschäftszweiges von der UBS Card Center AG im Mai 2003 lizenziert.

Im Unterschied zum "Issuinggeschäft", bei welchem die Kreditkartengesellschaften (oder von diesen lizenzierte Unternehmen) die von ihnen herausgegebenen Kreditkarten an Private abgeben und mit diesen in Rechtsbeziehungen stehen, sind die Acquirer im Akzeptanzgeschäft bestrebt, mittels Annahmeverträge möglichst viele Verkaufsstellen in eines (oder mehrere) der fünf in der Schweiz betriebenen Kreditkartensysteme (Eurocard/Mastercard, VISA, American Express [AMEX], Diners oder JCB) einzubinden, um Inhabern von Kreditkarten das bargeldlose Bezahlen von Einkäufen (etc.) zu ermöglichen. Gemäss den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der hier zu Lande verwendeten Kreditkarten-Annahmeverträge verspricht der Acquirer dem Verkäufer die Vergütung des vom Kreditkarteninhaber geschuldeten Betrages, sofern bestimmte Sicherheitsvorkehrungen eingehalten sind. Im Gegenzug verpflichtet sich der Verkäufer zur Bezahlung einer Kreditkartenkommission (berechnet als Prozentsatz des Transaktionsbetrages). Ferner enthalten praktisch alle Kreditkarten-Annahmeverträge ein Preisdifferenzierungsverbot (sog. *no discrimination rule*, nachfolgend: NDR-Klausel ["Barverkaufsklausel"]), welches dem Verkäufer untersagt, vom Kunden je nach Zahlungsmittel unterschiedliche Preise zu verlangen. Insofern darf jener weder die Kreditkartenkommission auf den Karteninhaber überwälzen (sog. *surcharging*) noch einen Preisnachlass gewähren, falls der Kunde ein anderes Zahlungsmittel als die Kreditkarte verwenden will. Des Weiteren verbietet die NDR-Klausel eine Differenzierung zwischen den verschiedenen Kreditkartensystemen.

Das Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft wird in der Schweiz heute neben der Telekurs Multipay AG von

weiteren Unternehmen betrieben: Swisscard AECS AG für die American Express Card (AMEX-Card); Cornèr Banca SA für VISA-Card und Eurocard/Mastercard; Diners Club (Schweiz) AG für die Diners-Card; JCB International Co. Ltd. (mit Sitz in Japan und Filiale in Genf) für die JCB-Card; UBS Card Center AG für VISA-Purchasing-Kreditkarten. Nachdem im Laufe der letzten Jahre die von einigen Kreditkartengesellschaften statuierten länderexklusiven Lizenzierungssysteme weggefallen sind, bieten in der Schweiz auch Unternehmen mit Sitz im Ausland (sog. *cross border acquirer*) Kreditkarten-Annahmeverträge für VISA- und Eurocard/Mastercard-Kreditkarten an.

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend: Sekretariat) eröffnete am 14. Oktober 1998 eine Vorabklärung zum inländischen Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft, insbesondere zur Frage, ob die (von den Händlern/Dienstleistungserbringern zu tragenden) Kreditkartenkommissionen sowie die NDR-Klauseln in den Kreditkarten-Annahmeverträgen rechtmässig seien.

Am 10. September 1999 eröffnete das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der Wettbewerbskommission eine Untersuchung gegen die Telekurs Multipay AG, die Cornèr Banca SA, die Diners Club (Schweiz) AG, die Swisscard AECS AG sowie die UBS Card Center AG. Gegenstand dieser Untersuchung war, ob die NDR-Klausel der Kreditkarten-Annahmeverträge eine wettbewerbsrechtlich unzulässige Verhaltensweise eines oder mehrerer marktbeherrschender Unternehmen darstelle.

Das Sekretariat legte der Telekurs Multipay AG sowie den übrigen Parteien am 4. April 2001 einen ersten Verfügungsentwurf vor. Hierzu liess sich die Telekurs Multipay AG am 3. Juli 2001 vernehmen. Gestützt auf die Stellungnahmen der Parteien beauftragte die Wettbewerbskommission am 6. August 2001 das Sekretariat, den Sachverhalt hinsichtlich des grenzüberschreitenden Akzeptanzgeschäfts (*cross border acquiring*) zu ergänzen.

Im Anschluss an die weiteren Erhebungen legte das Sekretariat am 15. August 2002 den von der Untersuchung betroffenen Unternehmen einen überarbeiteten (zweiten) Verfügungsantrag vor und lud sie ein, sich zu den gegenüber dem ersten Verfügungsantrag abgeänderten Textstellen zu äussern. Die Telekurs Multipay AG reichte ihre Stellungnahme am 7. Oktober 2002 ein.

Nach Abschluss der Untersuchung erliess die Wettbewerbskommission am 18. November 2002 folgende Verfügung (publiziert in: RPW 2003/1, S. 106 ff.):

"1. Es wird festgestellt, dass die Acquirer Cornèr Banca SA, Telekurs Europay AG, Swisscard AECS AG sowie UBS Card Center AG in der Schweiz im Markt für den Zugang zum Kreditkartenzahlungsverkehr (Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft)



eine kollektive marktbeherrschende Stellung einnehmen.

2. Es wird festgestellt, dass das Verbot der Preisdifferenzierung nach Art des Zahlungsmittels (NDR-Klausel) eine unangemessene Geschäftsbedingung darstellt, welche von den Acquirer gegenüber den Händlern erzwungen wird. Dieses Verhalten lässt sich sachlich nicht rechtfertigen, weshalb die Acquirer ihre kollektive marktbeherrschende Stellung im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c KG missbrauchen.

3. Den Acquirer wird untersagt, das Verbot der Preisdifferenzierung nach Art des Zahlungsmittels (bzw. nach Kreditkartensystem) in den bestehenden Händlerverträgen durchzusetzen, in neuen Verträgen als Vertragsbestimmung einzuführen oder anderweitig von den Händlern zu erzwingen.

4. Die Acquirer werden hiemit verpflichtet, die Händler, mit denen sie einen Kreditkarten-Annahmevertrag eingegangen sind, über das Durchsetzungsverbot betreffend die NDR-Klausel gemäss Ziffer 3 dieses Verfügungsdispositives innerhalb von drei Monaten ab Rechtskraft dieses Urteils zu informieren.

5. Die Acquirer werden zudem verpflichtet, spätestens innerhalb eines Monats nach Ablauf der in Ziffer 4 dieses Verfügungsdispositives erwähnten Frist die Wettbewerbskommission über die Umsetzung dieser Auflage schriftlich zu orientieren.

6. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Artikel 50 beziehungsweise 54 KG belegt werden.

7. Die Verfahrenskosten von insgesamt CHF [...], bestehend aus einer Gebühr von CHF [...] und Auslagen von CHF [...], werden den Adressaten der Verfügung gemäss Dispositiv Ziffer 1 zu gleichen Teilen, das heisst je CHF [...], und unter solidarischer Haftung auferlegt.

8. Das Verfahren gegen Diners Club (Schweiz) AG wird eingestellt." (...)

Zur Begründung hielt die Wettbewerbskommission fest, das rechtliche Gehör der Parteien sei nicht verletzt worden. Insbesondere sei der vorliegende Entscheid nachvollziehbar begründet. Die Fristen zum Einreichen der Stellungnahmen seien praxismässig angesetzt und auf Gesuch hin auch verlängert worden. Bei der Qualifizierung von Geschäftsgeheimnissen sei sehr wohl eine Interessenabwägung vorgenommen worden; einzig in die dem Geschäftsgeheimnis unterliegenden Daten habe nicht Einsicht genommen werden können. Die aufgrund des ersten Verfügungsantrags verlangten Sachverhaltsergänzungen zum grenzüberschreitenden Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft wie auch die übrigen Vorbringen seien im zweiten Verfügungsantrag berücksichtigt worden. Aus prozessökonomischen Gründen habe die zweite Stellungnahme auf die abgeänderten Stellen des neuen Verfügungsantrags beschränkt werden

müssen. Des Weiteren sei die Untersuchungsmaxime nicht verletzt worden, da die vorgenommenen Sachverhaltsermittlungen ausreichten und die Entscheidungsgrundlagen keinesfalls veraltet seien. Die vielfach geforderte erneute Überprüfung der bisherigen Erhebungen am Schluss der Untersuchung sei kaum praktikabel und aus Gründen der Prozessökonomie nicht vertretbar.

Die Wettbewerbskommission erwog weiter, die Telekurs Multipay AG, die Cornèr Banca SA, die Swisscard AECS AG sowie die UBS Card Center AG würden vom Geltungsbereich des Kartellgesetzes erfasst, da sie zusammen einen über die gewöhnliche Marktmacht hinausgehenden Einfluss ausüben könnten. Demgegenüber fielen die Diners Club (Schweiz) AG und die JCB International Co. Ltd. angesichts ihrer marginalen Marktanteile nicht unter den gesetzlichen Anwendungsbereich. Vorliegend bestünden auch keine vorbehaltenen Vorschriften: Die im Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG, SR 241) und der dazu gehörenden Verordnung (PBV, SR 942.211) statuierte Pflicht zur Preisbekanntgabe stehe einer Preisdifferenzierung nach Art des Zahlungsmittels nicht entgegen.

In materieller Hinsicht führte die Wettbewerbskommission im Wesentlichen aus, die Prüfung der Frage, ob die NDR-Klausel kartellrechtlich zulässig sei, setze die Feststellung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung der betroffenen Parteien voraus, was von der Abgrenzung des (sachlich und örtlich) relevanten Marktes abhängt:

Der sachlich relevante Markt umfasse alle Waren oder Leistungen, welche hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks von der Marktgegenseite als substituierbar angesehen werden. Als Nachfrager (Marktgegenseite) der von den Acquirern angebotenen Dienstleistung des "Zugangs zum Kreditkarten-Zahlungsverkehr" träten die Händler auf, welche in der Schweiz Waren oder Dienstleistungen vertreiben. Da die Händlernachfrage auch von den Wünschen der Kunden hinsichtlich geeigneter Zahlungsmöglichkeiten abhängt, sei die Substituierbarkeit (insbes. betreffend den Verwendungszweck) auch aus deren Sicht zu beantworten.

Der Kreditkarten-Zahlungsverkehr beziehungsweise die Eigenschaften von Kreditkarten liessen sich wie folgt charakterisieren: Die weltweit als Zahlungsmittel akzeptierten Kreditkarten dienen der Erfüllung von Geldschulden durch die Hingabe eines "Geldsurrogates" und ermöglichen so den bargeldlosen Zahlungsverkehr. Beteiligt seien immer mehrere Parteien: der Kreditkartenherausgeber (Issuer), der Kreditkarteninhaber, der Händler und der Acquirer, sofern er nicht mit dem Issuer identisch sei. Für den (elektronisch oder manuell ermöglichten) Zugang zum Kreditkarten-Zahlungsverkehr habe der Händler dem Acquirer eine individuell (nach Branche, Grösse, Umsatz oder Transaktionsart) festgelegte Kommission und (bei elektronischer Datenübermittlung mittels EFTPOS [*electronic fund transfer at point of sale*], IET [*internet electronic transaction*], SET [*secure electronic transaction*]) zusätzlich eine Kommunikationsgebühr zu ent-

richten. Mit Blick auf den Verwendungszweck des Zuganges zum Kreditkarten-Zahlungsverkehr seien diejenigen Leistungen, welche der Kunde vom Issuer erhalte, von denjenigen zu unterscheiden, welche der Acquirer dem Händler gewähre: Mit Abschluss eines Annahmevertrages übernehme der Händler für das entsprechende Kreditkartensystem eine Vertriebsfunktion, indem er seinen Kunden die Nutzung der Dienstleistungen ermögliche, welche diesen vom Issuer im Kreditkarten-Vertrag versprochen worden seien (d.h. Garantie der Annahme der Kreditkarte als Zahlungsmittel ungeachtet des Herausgabeortes; aufgeschobene Fälligkeit der Zahlschuld im Sinne eines zinslosen Darlehens, indem der Issuer den mittels Kreditkarte beglichenen Betrag dem Karteninhaber nicht sofort belaste; Möglichkeit verzinslicher Kreditgewährung ["revolvierender Kredit"]; Nutzung von zusätzlichen Dienstleistungen [sog. *goodies*, wie z.B. Qualifyer-Miles, Reiseunfallversicherung, Reiseannullierungskostenversicherung, Entfallen der Gebühr bei Erreichen bestimmter Umsatzlimiten etc.]). Der Annahmevertrag sehe für den Händler folgende Leistungen des Acquirers vor: zentrale Abrechnung und Auszahlung (nationales und internationales Clearing) ungeachtet des Herausgabeortes der verwendeten Kreditkarte; Zahlungsgarantie unter Übernahme des Debitorenrisikos und der Inkassokosten (bei Beachtung aller Sicherheitsvorkehrungen); Reduktion der mit dem kostenträchtigen Bargeldhandling verbundenen Risiken (Verlust, Diebstahl, Zinsverlust); Eröffnung neuer Vertriebskanäle (insbes. für Distanzverkäufe "via Internet oder Telefon"); Lieferung betriebswirtschaftlich wichtiger statistischer Informationen sowie finanzielle Leistungen für die Durchführung von Werbekampagnen für Kreditkarten. Diese Merkmale zeigten indessen, dass sich der Zugang zum Kreditkartenzahlungsverkehr aus der Sicht der Marktgegenseite (Händler) und deren Kunden nicht durch andere Zahlungsverkehrssysteme substituieren lasse:

Bargeld sei als ein den Händler von Gesetzes wegen zur Annahme verpflichtendes Zahlungsmittel grundsätzlich nur landesintern einsetzbar. Bei Barzahlung gehe die entstandene Verbindlichkeit sogleich unter und der Händler erhalte einen sofort investierbaren Gegenwert für das verkaufte Gut, wobei - anders als im Kreditkartenzahlungsverkehr - weder der Händler noch seine Kunden spezifische Leistungen (Dienstleistungen bzw. *goodies* etc.) erhielten. Da eine vollständige Substituierbarkeit den gegenseitigen Austausch erfordere, müsse nicht nur die Zahlung mittels Kreditkarte durch Bargeld, sondern umgekehrt auch die Bargeldzahlung durch eine Zahlung mittels Kreditkarten austauschbar sein. Dies sei aber nicht der Fall, zumal der Bargeldverkehr nicht dieselben Eigenschaften und Verwendungszwecke wie der Zugang zum Kreditkartenzahlungsverkehr aufweise.

Das Post- und Bankengiro dienen als bargeldlose Zahlungsverkehrsmittel der Begleichung von in Rechnung gestellten Schulden mittels Geldüberweisungen in Buchform (Giralgeld). Ähnlich wie bei Kreditkartenzahlungen erhalte der Kunde in der Regel einen dreissigtägigen Fälligkeitsaufschub. Im Unterschied zu Zahlungen mittels Kreditkarten erwachse den Partei-

en des Post- und Bankengiroverkehrs zusätzlicher Aufwand (Käufer: Zahlungsauftrag oder Schaltereinzahlung; Verkäufer: Rechnungsstellung und Inkassokontrolle), wobei der Verkäufer das Debitorenrisiko sowie allfällige Inkassokosten selber tragen müsse. Da der Post- und Bankengiroverkehr kein weltweit akzeptiertes Zahlungsmittel sei, fehle eine wesentliche Substitutionseigenschaft.

Debitkarten (wie z.B. ec-Karte, Postcard, M-CARD) eröffneten - ähnlich wie Kreditkarten - im Rahmen eines Mehrparteienverhältnisses ebenfalls Zugang zu einem bargeldlosen, manuell oder elektronisch betriebenen Zahlungssystem (ohne dass dem Händler aber wegen der Gebundenheit des Systems an den Verkaufspunkt weitere Vertriebskanäle wie Internet oder Telefon offen stünden). Die (in der Schweiz herausgegebenen, ohne Maestro-Funktion ausgestatteten) Debitkarten könnten im Ausland nur zum Geldbezug an Automaten eingesetzt werden, nicht aber zum Güterkauf. Der Händler habe bei der Postcard lediglich fixe Bearbeitungsgebühren, bei den durch die Telekurs Multipay AG vermittelten Maestro-Debitkarten transaktionskostenabhängige Kommissionen und bei der M-CARD zurzeit keine Gebühren zu bezahlen. Im Unterschied zu Kreditkarten werde das Kundenkonto gleichentags (oder innerhalb von zwei Tagen) belastet, weshalb die Kreditfunktion entfalle, wenn nicht eine Konto-Überzugslimite vereinbart sei. Andere kreditkartentypische Leistungen (wie z.B. *goodies*) entfielen. Ein Verzicht von Händlern auf Debitkarten (zu Gunsten des Zugangs zum Kreditkartenzahlungsverkehr) würde zu erheblichen Einnahmeausfällen führen. Aus Sicht der Marktgegenseite und deren Kunden sei der Anschluss an das Kreditkartensystem nicht durch den Zugang zum Debitkartenzahlungsverkehr substituierbar.

Die hier zu Lande gegenwärtig wenig verbreiteten Wertkarten (*prepaid-cards* mit CASH-Funktion), in deren Chip der Geldbetrag elektronisch geladen sei ("elektronisches Portemonnaie"), liessen sich nur im Inland und einzig für Beträge bis maximal CHF 300.- einsetzen. Da das Lesegerät den geschuldeten Kaufbetrag direkt vom Guthaben im Chip abbuche, ohne dass dem Händler auch hier wegen der Systemgebundenheit weitere Vertriebskanäle offen stünden, sei mit der Wertkarte grundsätzlich keine Kreditfunktion verbunden. Aus Sicht der Marktgegenseite und deren Kunden sei der Zugang zum Kreditkartenzahlungsverkehr nicht durch den Zahlungsverkehr mittels Wertkarte substituierbar.

Während in der Schweiz das bargeldlose Zahlen mittels Check (als auf Sicht zahlbaren Anweisung in Wertpapierform) wirtschaftlich bedeutungslos sei und sich der Kreditkartenzahlungsverkehr auch nicht durch den Checkzahlungsverkehr substituieren lasse, seien die mit Zahlungsfunktion ausgestatteten Kundenkarten lediglich bei einem Händler oder allenfalls in einem Verbund mehrerer Händler einsetzbar, wobei das Zahlungsverfahren entweder Rechnungsstellung oder automatische Belastung (mittels Lastschriftverfahren oder Belastungsauftragsdienst) vorsehen könne. Aufgrund der eng begrenzten Verwendbar-

keit sei eine Substitution des Zuganges zum Kreditkartenzahlungsverkehr ausgeschlossen.

Aus diesen Überlegungen wie auch aus Folien der Telekurs Multipay AG folge, dass der Anschluss an den Zahlungsverkehr mittels Kreditkarte nicht im Wettbewerb mit anderen Zahlungssystemen stehe. Aus der Sicht der Händler würden sich "die Anschlüsse an verschiedene Zahlungssysteme" jeweils ergänzen, da die Händler mit dem Anschluss an ein bestimmtes bargeldloses Zahlungssystem immer nur ein Kundensegment erreichen könnten. Für den Grossteil des Handels sei der Anschluss an ein Kreditkartensystem aus Konkurrenzgründen unerlässlich. Der Einwand, wonach der Markt aus der Sicht der Konsumenten abzugrenzen sei und daher alle Zahlungsmittel umfasse, verkenne, dass nicht die Kunden Marktgegenseite der Parteien in der Untersuchung seien, sondern die Händler, welche ihren Kunden den Zugang zu einem oder mehreren Zahlungsverkehrssystemen anböten. Dass angesichts der Funktionalität und des Verwendungszwecks auch die Sicht der Konsumenten zu berücksichtigen sei, schade nichts, vielmehr werde dadurch dem Netzwerkcharakter eines Kreditkartensystems Rechnung getragen. Unbehelflich sei auch der Umstand, dass bisher Händler wie Migros, Denner und Media Markt auf den Zugang zum Kreditkartensystem verzichtet hätten. Fehl gehe schliesslich das Argument der UBS Card Center AG, wonach gerade wegen der "Auswirkungen des Preisdifferenzierungsverbots auf andere Zahlungsmittel" diese ebenfalls zu berücksichtigen wären. Denn wie später noch darzulegen sei, sei es missbräuchlich, dass der Händler seine Preisgestaltungsfreiheit auch in Bezug auf Kreditkartentransaktionen verliere. Sachlich relevant sei somit der Markt für den Zugang zum Kreditkarten-Zahlungsverkehr.

Der räumlich relevante Markt, das heisst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Dienstleistungen nachfrage oder anbiete, umfasse die Schweiz. Denn der überwiegende Teil der schweizerischen Händler frage den "Zugang zum Kreditkarten-Zahlungsverkehr" innerhalb der Schweiz nach. Daran ändere auch die weltweite Liberalisierung der Lizenzierungssysteme nichts, da nach wie vor der weitaus grösste Teil der Händler mit Sitz in der Schweiz von der grenzüberschreitenden Öffnung des Acquiringgeschäfts nicht profitieren könne. Denn nur dreizehn der befragten Unternehmen hätten einen Vertrag mit einem ausländischen Acquirer ausgewiesen. Nach wie vor bleibe die vor kurzem aufgehobene Gebietsexklusivität von erheblicher Bedeutung. Eine kurzfristige Ausweitung auf den europäischen oder sogar weltweiten Markt könne im heutigen Zeitpunkt ausgeschlossen werden. Die zukünftigen Entwicklungen auf dem sachlich relevanten Markt seien für die Bestimmung des räumlichen Marktes nicht zu berücksichtigen, da dieser hier weder saisonal noch von kurzfristigem Bestand sei.

Des Weiteren prüfte die Wettbewerbskommission im Lichte der bei Fusionskontrollverfahren entwickelten Kriterien, ob die Telekurs Multipay AG, die Swisscard AECS AG, die Cornèr Banca SA und die UBS Card Cen-

ter AG als Acquirer aufgrund der Marktstrukturen je das Marktverhalten ihrer Konkurrentinnen antizipierten (d.h. dementsprechend gleich reagierten) und insofern auf dem relevanten Markt durch ein strukturbedingtes, "natürliches" Parallelverhalten (sog. "stillschweigende Kollusion" [= *tacit collusion* im Gegensatz zu bewusster und gewollter Konzertierung]) eine kollektiv marktbeherrschende Stellung einnehmen:

Zur Frage der Marktkonzentration führte die Wettbewerbskommission aus, je weniger Teilnehmer sich auf dem sachlich relevanten Markt konkurrenzieren, desto grösser sei das Risiko, dass bestimmte Wettbewerbsparameter Gegenstand expliziter oder stillschweigender Kollusion würden. Denn dadurch würden gegenseitige Kontrollen erleichtert und ein Unterlaufen (sog. *cheating*) erschwert. In der Schweiz betrieben im Wesentlichen nur die besagten vier Unternehmen das Akzeptanzgeschäft für die weltweit führenden Kreditkartensysteme, wobei die Acquirer für die Diners- und JCB-Kreditkarten als "Nischenplayer" unbedeutend seien. Insofern sei die Marktkonzentration gross und der relevante Markt oligopolistisch strukturiert, auch wenn die Cornèr Banca SA inzwischen das Acquiring für Eurocard/Mastercard übernommen habe. Zwar sei im Interesse des *cross border acquiring* die in gewissen Lizenzen vorgesehene Gebietsexklusivität vor kurzem teilweise aufgehoben worden (für Eurocard/Mastercard 1999/2000; für VISA "seit ein paar Jahren"; bei der AMEX-Card bestehe faktisch noch Gebietsexklusivität). Trotzdem seien nur wenige ausländische Unternehmen auf dem relevanten Markt tätig geworden. Das grenzüberschreitende Akzeptanzgeschäft habe keinen wesentlichen Einfluss auf die aktuelle Konkurrenzsituation in der Schweiz, zumal es sich nur an wenige Unternehmen international tätiger Konzerne oder an schweizerische Händler mit Verkaufsstellen im Ausland richte. Die in der Schweiz aktiven ausländischen Acquirer vermöchten daher weder als potenzielle noch als aktuelle Wettbewerber die vier grossen Acquirer zu disziplinieren.

Des Weiteren verfügten diese Acquirer für die in der Schweiz umsatzstärksten Kreditkarten (Eurocard/Mastercard, VISA-Card, AMEX-Card) über einen Marktanteil von zusammen 98 Prozent, wobei die einzelnen Anteile asymmetrisch verteilt seien. Die Marktanteile seien während der letzten Jahren (1996 - Juni 2000) stabil geblieben, was darauf schliessen lasse, dass zwischen den vier besagten Acquirern kein Verdrängungswettbewerb stattgefunden habe. Der Umstand, dass die Diners Club (Schweiz) AG, die JCB International Company sowie die ausländischen Acquirer (mit Ausnahme der Royal Bank of Scotland) als Konkurrenten ebenfalls eine NDR-Klausel in ihren Annahmeverträgen führten, zeige, dass sich jene der Vorgehensweise der vier grossen Acquirer anschliessen.

Ferner sei der Grad an Markttransparenz ein wichtiges Indiz zur Bestimmung der kollektiven Marktbeherrschung. Mit steigender Transparenz werde ein paralleles Verhalten der Marktteilnehmer umso wahrscheinlicher. Die CS Group sei an drei und die UBS AG

an zwei der vier grossen Acquirern finanziell beteiligt (die Swisscard AECS AG sei ein Joint Venture der American Express Travel Related Services Company Inc. und der CS Group; das Aktienkapital der Cornèr Banca SA werde zu 27 Prozent von der CS Group gehalten; an der Telekurs Multipay AG seien die CS Group wie auch die UBS AG beteiligt und an der UBS Card Center AG sei die UBS AG beteiligt). Neben den Kapitalverflechtungen bestünden auch personelle Verflechtungen, indem in den Verwaltungsräten der Swisscard AECS AG, der Cornèr Banca SA und der Telekurs Multipay AG je auch Vertreter der CS Group und der UBS AG Einsitz genommen hätten. Zudem basierten die nicht exklusiven VISA-Lizenzen der Cornèr Banca SA und der UBS Card Center AG auf dem gleichen Regelwerk. Diese Umstände seien geeignet, den Informationsaustausch zwischen den verschiedenen Acquirern zu fördern, was das Risiko von konvergentem Marktverhalten erhöhe. Aufgrund der finanziellen und persönlichen Verflechtungen über die kontrollierenden Muttergesellschaften CS Group und UBS AG sei unter den vier besagten Acquirern die Möglichkeit des Informationsaustauschs und damit der Markttransparenz gegeben.

Im Unterschied zu wachsenden Märkten, wo Neuzutritte wahrscheinlich seien und die Wettbewerber deshalb die Marktentwicklung nicht antizipieren könnten, begünstige ein stabiles und transparentes Umfeld natürliches Parallelverhalten. Die Prüfung der Marktstabilität umfasse zwei Gesichtspunkte: den Entwicklungsstand des betreffenden Marktes (Marktphase) sowie die zu diesem Zeitpunkt bestehenden Möglichkeiten des Marktzugangs (potenzieller Wettbewerb). Vorliegend sei das Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft bereits von der Entwicklungs- in die Reifephase übergetreten, was sich am stabilisierten Wachstum der Anzahl der von den Acquirern betreuten Händlern ablesen lasse (1996: 260 116; 1997: 273 092; 1998: 277 230; 1999: 294 615; 06/2000: 290 294), auch wenn das bei ihnen erzielte Transaktionsvolumen noch weiter zunehmen könne. Dieser Übertritt in die Reifephase begünstige natürliches Parallelverhalten, da in diesem Stadium Marktanteile naturgemäss nur noch zulasten von Konkurrenten gewonnen werden könnten. Des Weiteren bestünden erhebliche Markteintrittsschranken: die Lancierung einer neuen, international einsetzbaren Kreditkarte durch einen neuen Anbieter sei unwahrscheinlich. Angesichts der strengen Auflagen in den Kreditkartenregelwerken sei auch der Auftritt eines weiteren schweizerischen Acquirers kaum wahrscheinlich. Schliesslich werde der Eintritt bestehender ausländischer Acquirer in den inländischen Markt durch hohe Hürden erschwert (hohe Terminalumprogrammierungskosten, erhöhte Kommunikationskosten, erhöhte Kosten für den Auslandszahlungsverkehr, "Probleme betreffend das Zahlungsrisiko", Sprachprobleme etc.). Auch schätzten die befragten ausländischen Acquirer ihren Marktanteil in zwei bis drei Jahren auf weniger als ein Prozent. Somit sei angesichts des geringen potenziellen Wettbewerbs die Gefahr eines möglichen Markteintritts neuer Konkurrenten, welche die Stabilität der Kollusion beeinträchtigen könnten, gering.

Als weitere die kollektive Marktbeherrschung stabilisierende Faktoren bestünden zwischen den vier Acquirern Interessen-, Produkte- und Kostensymmetrien. Die vier Acquirer strebten mit ähnlicher Zielsetzung eine langfristige Marktpräsenz an. Angesichts der Reifephase des Marktes wären sie nur in der Lage, Marktanteile zulasten von Mitkonkurrenten zu gewinnen. Da sie bei einer Prognose künftiger Entwicklungen davon ausgehen müssten, dass auch inskünftig das Verhalten der Konkurrenten ihre Gewinne beeinflussen werde, bestehe ein substantielles Interesse an einem natürlichen Parallelverhalten. Die Analyse der Entwicklung der Marktanteile habe gezeigt, dass in den letzten vier Jahren zwischen den Acquirern kein Konkurrenzkampf stattgefunden habe. Auch inskünftig sei ein solcher auszuschliessen, da die Acquirer ähnliche Ziele verfolgten und teilweise von den gleichen Muttergesellschaften beherrscht würden. Des Weiteren würde ein Parallelverhalten auch durch eine starke Homogenität der angebotenen Güter erleichtert, weil sich die Anbieter auf wenige Wettbewerbsparameter beschränken könnten. Die hier zu Diskussion stehenden Dienstleistungen seien insofern stark homogen, als den Händlern unter Übernahme des Debitorenrisikos ein zusätzliches Zahlungssystem sowie weitere Dienstleistungen (Statistiken, Werbemaassnahmen etc.) angeboten werden. Für die Acquirer sei es angesichts der weitgehend identischen Dienstleistungen einfach, ihre Marktaktivitäten gleichförmig zu gestalten. Da in den letzten Jahren die Kommissionen wie auch die Marktanteile bei den homogenen Produkten beständig geblieben seien, bestehe kein Indiz für aggressives Verhalten unter den Wettbewerbern. Dies erlaube den Schluss auf Kostensymmetrie im Sinne ähnlicher Kostenstruktur der vier Acquirer.

Eine starke Stellung der Marktgegenseite würde die Wahrscheinlichkeit von Kollusionen reduzieren, da die Abnehmer den Wettbewerb unter den Anbietern spielen lassen könnten, was zur Destabilisierung allfälliger Absprachen oder eines Parallelverhaltens beitrüge. Indessen hänge die Stärke dieser Stellung von der Marktstruktur ab: Je grösser die Anzahl Abnehmer sei, desto weniger hätten diese die Möglichkeit, eine Kollusion oder ein Parallelverhalten zu destabilisieren. Die hier in eine Vielzahl kleiner Abnehmer aufgesplittete, wenig konzentrierte Marktgegenseite vermöge das Parallelverhalten der Acquirer eher zu stabilisieren als zu gefährden, zumal die Händler je einzeln über zu wenig Verhandlungsmacht verfügten, um auf die Vertragsgestaltung Einfluss nehmen zu können. So seien die Acquirer nicht bereit, mit Händlervereinigungen zu verhandeln oder Verträge mit Händlern abzuschliessen, welche die NDR-Klausel ablehnten. Vielmehr hätte ein Verstoss gegen diese Klausel die Vertragsauflösung zur Folge. Hinsichtlich der Kommissionen bestehe unter den Acquirern kein Wettbewerb. Zwar bestünden zwischen den Acquirern unterschiedliche Kommissionsansätze. Gleichwohl sei die absolute Höhe der Kommissionen während der letzten Jahre stabil geblieben. Insbesondere Unternehmen aus Branchen mit viel ausländischer Kundschaft (Tourismus, Hotellerie etc.) könnten sich einen Ver-

zicht auf den Kreditkartenzahlungsverkehr nicht leisten, da sie sonst mit signifikanten Umsatzeinbussen rechnen müssten. Dies betreffe auch ausschliesslich in der Schweiz tätige Händler, welche keinen Zugang zu einem ausländischen Acquirer hätten.

Die Preiselastizität erlaube eine Abschätzung des Preisspielraums eines Anbieters: Je grösser diese Elastizität sei, desto grösser fielen für den Anbieter die durch kleine Preisänderungen ausgelösten "Nachfrageeffekte" aus. Deshalb hätten die Anbieter einen um so grösseren Anreiz, gegen ein Parallelverhalten zu verstossen, je grösser die Preiselastizität der unternehmensspezifischen Nachfrage sei. Umgekehrt verstärke eine geringe Preiselastizität der Nachfrage die Stabilität natürlichen Parallelverhaltens. Heute seien die Händler faktisch gezwungen, Zugänge zu Kreditkartensystemen zu ermöglichen. Preisänderungen hätten geringe Auswirkungen auf die Nachfrage. Dass die Kommissionen aller Acquirer in den letzten Jahren stabil geblieben seien, weise darauf hin, dass es wegen der bestehenden Preiselastizität zu einem beschränkten Wettbewerb unter den Acquirern gekommen sei, was das Parallelverhalten wesentlich stabilisiere. Zudem sei in den letzten Jahren die Anzahl der betreuten Vertragspartner ausgeschöpft worden. Deshalb bestehe für die Acquirer dieser Systeme eine geringe Preiselastizität im Sinne der unternehmensindividuellen Nachfrage. Da die NDR-Klausel keine Preisdiskriminierung erlaube, blieben dem Konsumenten allfällige Änderungen der Kommissionssätze unbekannt, weshalb ihm auch verwehrt sei, das wirtschaftlich günstigere Zahlungsmittel auszuwählen.

Gestützt auf diese Analyse kam die Wettbewerbskommission zum Schluss, dass die Telekurs Multipay AG, die Cornèr Banca SA, die Swisscard AECS AG sowie die UBS Card Center AG im Sinne eines natürlichen Parallelverhaltens eine kollektiv marktbeherrschende Stellung einnehmen, zumal sie in der Lage seien, ihr gegenseitiges Verhalten zu antizipieren. Kurz: Angesichts der grösstenteils gegebenen Markttransparenz, der heute beständigen Marktphase, der vernachlässigbaren Gefahr des potenziellen Wettbewerbs und der starken Produktehomogenität Sorge die Oligopolstruktur des schweizerischen Kreditkarten-Akzeptanzgeschäfts dafür, dass keiner der vier Acquirer einen Anreiz habe, vom Parallelverhalten (insbes. hinsichtlich der NDR-Klausel) abzuweichen. Unzutreffend seien die Argumente der Acquirer, wonach keine Marktzutrittschranken bestünden und sich der Markt derzeit stark und inskünftig wegen der ausländischen Acquirer noch stärker entwickeln werde. Fehl gehe ferner der Einwand der UBS Card Center AG, dass nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichts erster Instanz (EuG) "die Aufrechterhaltung und Stabilität einer kollektiven Marktbeherrschung" einen Sanktionsmechanismus unter den Oligopolisten zur Verhinderung des Ausscherens voraussetze, was aber hier nicht vorliege. Denn aufgrund der Markttransparenz und der bestehenden Produkte- und Interessensymmetrien wüssten die Acquirer, dass ein Ausscheren eines Konkurrenten zu einer allgemeinen Senkung der - bisher dank kollektiver Marktbeherr-

schung hoch gehaltenen - Marktkonditionen führen würde. Das Bestehen einer solchen Möglichkeit der Anpassung des Verhaltens durch die anderen Oligopolisten genüge aber bereits im Sinne des erforderlichen Sanktionsmechanismus.

Schliesslich erachtete die Wettbewerbskommission die NDR-Klausel als unangemessene Geschäftsbedingung und insofern als eine kartellgesetzlich unzulässige Verhaltensweise. Aus wirtschaftlichen Gründen seien die Händler auf den Anschluss an ein Kreditkartensystem angewiesen, weshalb ihnen die Acquirer die NDR-Klausel nach dem Grundsatz des "*take it or leave it*" aufzwingen könnten. Diese Klausel schränke die Händler in ihrer Freiheit zur Preisfestsetzung schwerwiegend ein. Ohne wirtschaftliche Begründung würde den Händlern untersagt, ihre Güterpreise nach den ihnen durch den Gebrauch einer bestimmten Kreditkarte entstehenden Kosten zu differenzieren. Die NDR-Klausel schwäche die Verhandlungsposition der Händler gegenüber den Acquirern bezüglich der Kommissionen sehr stark ein, da sie die Kommissionen weder offen legen noch auf die Kunden überwälzen dürften. Damit würden die Händler des wichtigsten Druckmittels beraubt, um den Wettbewerb unter den Acquirern spielen zu lassen. Dadurch werde letztlich ein Wettbewerb zwischen den Acquirern und den Händlern hinsichtlich der Höhe von Kommissionen verhindert. Wegen dieses Überwälzungsverbots erhielten die Kreditkartenbenützer keine Signale über die Benützungskosten ihrer Karten. Somit könne der Preis seine Informationsfunktion nur ungenügend wahrnehmen, was zu einer Fehlallokation von Ressourcen führen könne. Seien die Kosten des Kreditkartensystems höher als diejenigen anderer Zahlungssysteme, könne die NDR-Klausel zu einer aus volkswirtschaftlicher Sicht exzessiven Nutzung von Kreditkarten und damit zu einer suboptimalen Ressourcenallokation führen. Die volkswirtschaftlichen Kosten würden dabei entweder vom Händler getragen (Reduktion der eigenen Marge zu Gunsten der Acquirer) oder aber durch Quersubventionierung auf die Verkaufspreise überwälzt. Allerdings seien erzwungene unangemessene Geschäftsbedingungen durch mehrere marktbeherrschende Unternehmen nur dann missbräuchlich, wenn sie sich nicht rechtfertigen liessen (*legitimate business reasons*).

Im vorliegenden Fall lasse sich das Verhalten der vier Acquirer nicht rechtfertigen. So sei die NDR-Klausel nicht notwendig, um das weltweite Kreditkarten-Zahlungssystem aufrecht zu erhalten. Vielmehr habe der Kreditkarten-Zahlungsverkehr auch in denjenigen europäischen Ländern (Grossbritannien, Dänemark, Schweden und Niederlande) ungehindert zugenommen, welche die NDR-Klausel bereits vor Jahren verboten hatten. Sodann bringe der Zugang zum Kreditkarten-Zahlungssystem nach den Aussagen der Händler keinen zusätzlichen Nutzen (z.B. Spontankäufe), der eine Vergütung rechtfertigen würde. Während Spontankäufe bei der Lancierung von Kreditkarten eine Rolle gespielt haben mochten, scheine die Möglichkeit mit Kreditkarten zu bezahlen wegen deren weiten Verbreitung kein entscheidendes Kaufkriterium mehr zu sein. Die NDR-Klausel führe zu einer

Verstärkung der kollektiven Marktbeherrschung und dadurch zu einer Schwächung der Verhandlungsmacht der Marktgegenseite mit der Folge, dass der Wettbewerb zwischen den Acquirern und den Händlern über die Kommissionshöhe verhindert werde. An diesem Ergebnis vermöchten auch die Erwägungen der Europäischen Kommission vom 9. August 2001 in Sachen "VISA International" (vgl. ABl. L 293/24 vom 10.11.2001) nichts zu ändern. Die Europäische Kommission habe ihren Negativattest zur NDR-Klausel auf zwei Studien abgestützt, welche die Auswirkungen eines NDR-Verbots auf die Preisgestaltung der Händler untersucht habe. Nach Ansicht der Europäischen Kommission habe die NDR-Klausel keine spürbaren Auswirkungen auf den Wettbewerb unter den Händlern zur Folge gehabt und selbst der "Markt für die Anwerbung" (Markt für den Zugang zum Kreditkartenzahlungsverkehr) sei vom Verbot nicht erheblich betroffen worden. Dieser Ansicht könne aber insoweit nicht gefolgt werden, als die Begründung, wonach das Verbot der NDR-Klausel den Wettbewerb zwischen den Acquirern nicht gefördert habe, lediglich eine sachlogische Folge der Erkenntnis des fehlenden Wettbewerbs auf nachgelagerten Märkten darstelle. Dass die Händler ihren Kunden gegenüber die Preise nicht nach Art der Zahlungsmittel offen dürften, verunmögliche die Entstehung eines entsprechenden Nachfragedrucks gegenüber den Acquirern. Dadurch könne der notwendige Wettbewerb unter den verschiedenen Kreditkartensystemen gar nicht erst entstehen. Vorliegend gehe es aber nicht um die Auswirkungen auf den allenfalls nachgelagerten Konsumentenmarkt, sondern einzig um den Markt des Zugangs zum Kreditkartenzahlungsverkehr und insofern einzig um den Wettbewerb zwischen den Acquirern. Ob die inländischen Händler nach einem Verbot der NDR-Klausel ihre Preise gegenüber den Kunden überhaupt differenzieren würden, könne offen gelassen werden. Von Bedeutung sei jedenfalls, dass diese Möglichkeit bestehe.

Hinsichtlich der Verfahrenskosten erachtete die Wettbewerbskommission die wirtschaftliche Bedeutung des Falles (1999: in der Schweiz getätigten Kreditkartenumsätze von CHF 13.2 Mia.) als genügend für eine 50-prozentige Erhöhung der Grundgebühr.

B. Gegen diese Verfügung (eröffnet am 10.12.2002) erhob die Telekurs Multipay AG (Beschwerdeführerin), vertreten durch Rechtsanwalt [...], am 24. Januar 2003 Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen und stellte folgende Rechtsbegehren:

"Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 18. November 2002 sei aufzuheben und die Wettbewerbskommission anzuweisen, das Untersuchungsverfahren vorbehaltlos einzustellen;

eventuell

die Sache sei zur Neuurteilung an die Wettbewerbskommission zurückzuweisen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin."

Vorab bemängelt die Beschwerdeführerin, die angefochtene Verfügung verletze ihre Verfahrensrechte

sowie den Untersuchungsgrundsatz und zeige nicht auf, welche der komplexen Facetten der NDR-Klausel vom Dispositiv erfasst würden. Die Vorinstanz habe sich nicht rechtsgenügend mit ihren Einwänden - insbesondere zur Abgrenzung des relevanten Marktes und zur angeblichen Missbräuchlichkeit der NDR-Klausel - auseinander gesetzt. Auch sei der rechtserhebliche Sachverhalt unvollständig und teilweise unrichtig festgestellt worden. So werde beispielsweise behauptet, alle Acquirer würden die NDR-Klausel stipulieren, obschon das im Fall der *Royal Bank of Scotland* nicht der Fall sei. Ferner werde die Bedeutung des *cross border acquiring* einseitig auf überholte Mutmassungen ausländischer Acquirer gestützt. Demgegenüber zeigten die am 7. Oktober 2002 unterbreiteten Daten, dass die bisherigen und noch anstehenden Marktbewegungen 0,1 Prozent weit überträfen. Ausserdem habe die Vorinstanz die Folgen des Markteintritts der Cornèr Banca SA beim Eurocard/Mastercard-Acquiring ignoriert. Entgegen den Behauptungen der Vorinstanz seien die Marktanteile der vier grossen Anbieter in der Schweiz während der letzten Jahre nicht stabil geblieben. Allein in den letzten drei Monaten hätten zahlreiche ihrer Kunden (mit hohem Umsatzvolumen) gekündigt, um zu anderen Acquirern zu wechseln. Dies belege den erheblichen Wettbewerbsdruck unter den Acquirern. Der Schluss, wonach sich Kreditkarten nicht durch andere Zahlungsmittel substituieren liessen, gründe auf theoretischen Mutmassungen. Demgegenüber belegten die wenigen einschlägigen Antworten der Händler, dass diese Kreditkarten als mit anderen Zahlungsmitteln substituierbar erachteten. Zudem bestätigten die Studien der HSG wie auch von Pricewaterhouse Coopers die Austauschbarkeit der Zahlungsmittel. Empirischen Daten zufolge bewirke die Aufhebung der NDR-Klausel keine Kostenallokation. Im Sinne einer dem Kartellgesetz vorbehaltenen Vorschrift sei zu berücksichtigen, dass die Vorinstanz in einer Auflage zum Entscheid vom 20. April 1998 (betr. die Fusion UBS/SBV) die Marktstruktur vorgegeben habe. Es sei systemwidrig, ihre Muttergesellschaft, die Telekurs Holding AG, als Gemeinschaftswerk der Schweizer Banken zu zementieren und diesen gleichzeitig vorzuwerfen, ihr Gemeinschaftswerk führe zu kartellrechtlich bedenklicher Markttransparenz. Abgesehen davon weise die Vorinstanz diese gar nicht erst nach.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, der sachlich relevante Markt ergebe sich nicht aus einer betriebswirtschaftlichen Analyse der Eigenschaften eines Produktes, sondern er zeige den wettbewerblichen Handlungsspielraum der Marktteilnehmer auf. Insofern seien hier die Produkte und Dienstleistungen zu bestimmen, welche als Ausweichprodukte auf die Kreditkarte einen spürbaren Wettbewerbsdruck ausübten, ohne dass "gegenseitige" oder "vollwertige" Austauschbarkeit der Substitutionsgüter erforderlich wäre. Zu Unrecht hafte die Vorinstanz an einem abstrakt-technischen Vergleich von Produkteigenschaften, ohne das hypothetische Verhalten der massgeblichen Nachfrager zu analysieren. Nach dem dafür entwickelten "*small but significant non-transitory increase in price test*" (*SSNIP-Test*) umfasse der relevante

Markt diejenigen Waren, auf welche eine substanzielle Zahl von Konsumenten wechselten, falls sich der Preis des untersuchten Produkts dauerhaft um einen kleinen, aber signifikanten Betrag erhöhte. Vielmehr reiche es aus, dass genügend viele Benützer der betreffenden Kreditkarte (sog. *marginal consumers*) leicht auf andere Zahlungsmittel (insbes. Bargeld) ausweichen könnten, so dass der entsprechende Umsatzverlust den Gewinn aus der Preissteigerung neutralisiere und dadurch Wettbewerbsdruck gegen unabhängiges Verhalten erzeuge. Da der Händler im Normalfall den Einsatz eines etwas weniger vorteilhaften Zahlungsmittels dem Verlust einer zusätzlichen Verkaufstransaktion vorziehe, entscheide meist der Käufer (und nicht der Händler), wie er bezahlen wolle (z.B. mit einer bestimmten Kreditkarte). Insofern sei es falsch, zur Austauschbarkeit von Kreditkarten nur auf die Sicht der Händler abzustellen. Die Vorinstanz ignoriere die gegenseitigen wirtschaftlichen Abhängigkeiten von Händlern, Kunden und Zahlungsmittelsystem und unterstelle eine isolierte Nachfrage der Händler nach dem Kreditkartenzahlungsverkehr. Entgegen der Meinung der Vorinstanz existiere der behauptete selbstständige Markt des Zugangs zum Kreditkartenzahlungsverkehr (mit sich gegenüberstehenden Händlern und Acquirern) gar nicht. Vielmehr stellten Acquirer und Issuer auf einem einheitlichen Markt für Zahlungsmittel gemeinsam ein Zahlungssystem zur Verfügung, das Bargeld substituieren. Diesem Ergebnis entspreche auch die Haltung der Europäischen Kommission, welche in der Entscheidung "Visa International" zwei Arten von Wettbewerb unterscheidet: 1. den Wettbewerb auf dem System-/Netzmarkt (d.h. zwischen verschiedenen Systemen bzw. anderen Zahlungsmitteln) und 2. den Wettbewerb auf dem nachgelagerten systeminternen Markt. Auch bestätige die Europäische Kommission die gegenseitige Abhängigkeit des Nachfrageverhaltens von Händlern und Konsumenten.

Demgegenüber argumentiere die Vorinstanz widersprüchlich: zuerst definierte sie (ergebnisorientiert, aber ökonomisch unkorrekt) einen engen sachlich relevanten Markt der Kreditkarten, um danach der NDR-Klausel wettbewerbsbeschränkende Wirkung zu unterstellen, weil diese Klausel Preisdifferenzierungen (je nach Zahlungsmittel) unterbinde, was allerdings Wettbewerb unter den Zahlungsmitteln voraussetze. In der Tat stünden Bargeld, Kredit-, Debit- und andere Zahlkarten sowie der Post- und Bankengiroverkehr im Wettbewerb mit Kreditkarten, weshalb der sachlich relevante Markt auch diese Zahlungsmittel umfasse. Bargeld sei das natürliche Substitut der Kreditkarte. In Bezug auf die Annahmepflicht seien Bargeld (als gesetzliches Zahlungsmittel) und Kreditkarten (als vertraglich mit den Händlern vereinbartes Zahlungsmittel) identisch. Selbst die Vorinstanz bestätige, dass bei einer Erhöhung der Kosten für die Kreditkartenbenutzung eine genügende Anzahl Konsumenten auf Bargeld wechseln würden. Der rein nationale Bargeldverkehr sei für den allein massgeblichen *marginal consumer* kein Problem. Belanglos für die Substituierbarkeit seien die zwischen dem Post- und Bankengiroverkehr und den Kreditkarten konstruierten Unter-

schiede hinsichtlich der Kreditfunktion, dem administrativen Aufwand und dem Debitorenrisiko. Ebenso bedeutungslos seien die dem Händler beim Einsatz von Debitkarten anfallenden Kosten, die sich von denjenigen des Kreditkartengebrauchs unterschieden. Vielmehr sei es erwünscht, dass ein Angebot an austauschbaren Produkten unterschiedlicher Qualität zu verschiedenen Preisen bestehe. Die Antworten der befragten Händler sowie Präjudizien der Vorinstanz und ausländischer Wettbewerbsbehörden bestätigten die Substituierbarkeit der Zahlungsmittel. Auch stimme die Behauptung nicht, dass mit dem Anschluss an ein bestimmtes Zahlungssystem immer nur ein Kundensegment erreicht werden könne. Denn heute verfügten praktisch alle Kreditkartenbesitzer über weitere bargeldlose Zahlungsmittel und hätten eh die Möglichkeit mit Bargeld zu bezahlen. Auch wenn die verschiedenen Zahlungsmittel im Schnitt für unterschiedliche Transaktionssummen verwendet würden, genüge bereits ein Abwanderungspotenzial, das disziplinierend auf die Kreditkartenunternehmen wirke.

Der räumlich relevante Markt umfasse mindestens Europa, da im Sinne des SSNIP-Tests bei einer substanziellen Preiserhöhung eine genügende Anzahl Händler zu ausländischen Acquirern wechseln würde. Die dynamische Marktentwicklung im letzten Jahr beweise, dass keine nennenswerten Hürden einem Vertragsabschluss mit einem *cross border acquirer* entgegenstünden. Eine bedeutende Rolle spielten die bereits vertraglich an *cross border acquirer* gebundenen Unternehmen multinationaler Gruppen (sog. *crown jewel customers*). Ferner liesse es sich mit dem dynamischen Wettbewerbsverständnis des Kartellgesetzes kaum vereinbaren, zukünftige Entwicklungen nicht zu berücksichtigen. Auch die Europäische Kommission habe in ihrem "Visa International"-Entscheidung vom 25. Juli 2002 festgehalten, dass insbesondere beim Wettbewerb zwischen einzelnen Systemen der räumliche Markt grösser sein könnte als die nationalen Märkte.

Die Beschwerdeführerin zieht sodann in Zweifel, ob aus ökonomischer Sicht hier das Konzept der kollektiven Marktbeherrschung zur Prüfung unzulässiger Verhaltensweisen überhaupt anwendbar sei. Abgesehen davon, dass der hier massgebliche Markt für Zahlungsmittel zu geringen Marktanteilen führe, was eine kollektiv marktbeherrschende Stellung von vornherein ausschliesse, sei die Ermittlung unzulässigen Parallelverhaltens ohnehin schwierig. Stillschweigendes Parallelverhalten ("oligopolistische Interdependenz", "Reaktionsverbundenheit" oder *tacit collusion* genannt) wäre nur anzunehmen, wenn im Ergebnis eine (einer Wettbewerbsabrede entsprechende) längerfristige Verhaltensabstimmung unter den vier Acquirern vorläge, welche sich aus den Marktverhältnissen ergäbe. Insofern müsste jedes Mitglied des marktbeherrschenden Oligopols in der Lage sein, das Verhalten der anderen Mitglieder in Erfahrung zu bringen, um mit hinreichender Genauigkeit und Schnelligkeit auf das Verhalten seiner Konkurrenten reagieren zu können. Zudem müsste eine stillschweigende Koordinierung auf Dauer wahrscheinlich sein mit dem Anreiz, nicht vom gemeinsamen Verhalten abzuweichen. Auch wäre nachzuweisen, dass die voraussichtli-

che Reaktion der tatsächlichen und potenziellen Konkurrenten ausserhalb des herrschenden Oligopols und der Verbraucher das gemeinsame Vorgehen langfristig nicht zu destabilisieren vermöchte. Statt diese oligopolistische Reaktionsverbundenheit nachzuweisen, habe die Vorinstanz formalistisch Strukturmerkmale der Fusionskontrolle geprüft, was aber der herrschenden europäischen Kartellrechtspraxis wie auch vorinstanzlichen Präjudizien widerspreche. Entscheidend sei für eine kollektiv marktbeherrschende Stellung, ob ein bestimmtes Marktgleichgewicht auch in Zukunft bestehen werde, weil Anreize zu abweichendem Verhalten fehlten oder Vergeltungsmöglichkeiten (bei abweichendem Verhalten) bestünden. Dies sei hier indessen nicht der Fall, wie die jüngsten Verschiebungen des Marktanteils bewiesen. Die Vorinstanz erkläre nirgends, welches Verhalten angeblich gleichförmig sein soll. Grundsätzlich zeigten (abgesehen von einer Ausnahme) alle Acquiring-Verträge Konvergenz nur hinsichtlich der NDR-Klausel. Demgegenüber sprächen die unterschiedlichen Kommissionsätze wie auch das aggressive Auftreten der Cornèr Banca SA für Wettbewerb. Ferner sei nicht ersichtlich, inwiefern sich die angeblich kollektiv marktbeherrschenden Acquirern von den anderen unterschieden. Abgesehen davon habe die Vorinstanz die gewählten Kriterien fehlerhaft überprüft:

Zur Frage der Anzahl Marktteilnehmer sei eine kollektiv marktbeherrschende Stellung von vier oder mehr Unternehmen theoretisch möglich, aber sehr unwahrscheinlich. Die asymmetrische Verteilung der Marktanteile unter den fraglichen vier Acquirern spräche gegen eine marktbeherrschende Stellung. Überdies unterschlage die Vorinstanz die nach der Liberalisierung der Lizenzierungssysteme erfolgten Marktanteilsentwicklungen der beiden letzten Jahre. Markttransparenz bestehe nicht, da zwischen den vier Acquirern kein Informationsaustausch stattfinde und schon gar nicht über die Unternehmensstrategie. Dass die kapitalmässigen und personellen Verflechtungen die behauptete Markttransparenz bewirkten, weise die Vorinstanz nicht nach. Des Weiteren sei der Markt für Zahlungsmittel weder stabil noch gesättigt, sondern wachse vielmehr. Das Transaktionsvolumen bargeldloser Zahlungssysteme werde auch in Zukunft zunehmen. Daneben stünden Innovationen an (z.B. im Bereich des bargeldlosen Zahlens mittels Mobiltelefon). Die Konkurrenz unter den Acquirern erfolge nicht über die NDR-Klausel, sondern vielmehr über die Kommissionen und weitere Dienstleistungen. Die spekulativen Aussagen der Vorinstanz zur potenziellen Konkurrenz basierten lediglich auf zwei knappen Stellungnahmen ausländischer Acquirer. Demgegenüber herrsche bereits heute auf dem schweizerischen Markt grosser Wettbewerbsdruck. Ferner bestünden auch keine nennenswerten Marktzutrittsschranken. Auch eine atomistische Marktgegenseite könne eine erhebliche Nachfragemacht ausüben. Des Weiteren übersehe die Vorinstanz die zwischen den verschiedenen Acquirern bestehenden wesentlichen Unterschiede bezüglich der Ausgangslage (Unternehmensstruktur, Lizenzierungssysteme), der Interessen und der Kosten. Im Laufe der letzten Jahre seien die Kreditkarten-

kommissionen, welche den Preis und nicht die Kosten des Produkts darstellten, nicht beständig geblieben, weshalb sich daraus zur Stützung der These der kollektiven Marktbeherrschung nichts ableiten lasse. Sodann fehle ein wirksamer Sanktionsmechanismus wie auch die nötige Transparenz, um Verstösse gegen das angeblich oligopolistische Gleichgewicht wirksam bekämpfen zu können. Immer dann, wenn Acquirer von einer erfolgten Preissenkung eines Konkurrenten erführen, seien ihnen unter Umständen wichtige Kunden bereits abgesprungen. Deshalb genüge eine systematische Preissenkung der anderen Acquirer eben nicht, um Marktanteilsgewinne von Preisbrechern zu verhindern.

Ferner sei es nicht missbräuchlich, die NDR-Klausel zu verwenden, da sie sich nicht spürbar wettbewerbswidrig auswirke. Die Vorinstanz halte lediglich fest, die NDR-Klausel könne zu einer Fehlallokation von Ressourcen führen, ohne zu behaupten, dass dies auch tatsächlich der Fall sei. Dabei belegten die von der Vorinstanz zitierten Studien, dass selbst bei einer Aufhebung der NDR-Klausel die Händler ihre Preisgestaltungsfreiheit nicht nutzten. Diese Klausel schränke die Handlungsfreiheit der Händler nicht substantiell ein. Unerklärlich sei, weshalb die Vorinstanz den Befund der Europäischen Kommission im Entscheid "Visa International", wonach sich die Aufhebung dieser Klausel in Schweden und Holland nicht spürbar auf den Markt auswirke, hier nicht ebenfalls für bedeutsam erachte. Immerhin gebe die Vorinstanz implizit zu, dass die angeblich wettbewerbsbeschränkende Wirkung der NDR-Klausel Wettbewerb unter den Zahlungsmitteln (und nicht nur unter Kreditkarten) voraussetze.

Des Weiteren erblickt die Beschwerdeführerin in der NDR-Klausel keine wirtschaftlichen Nachteile für die Händler. Diese seien frei, die Preise ihrer Güter festzulegen und insbesondere die Kreditkartenkommissionen (wie alle anderen Geschäftskosten) in ihre Preiskalkulation einfließen zu lassen. Gewisse Händler hätten auch erklärt, selbst ohne NDR-Klausel wären sie nicht interessiert, entsprechende Zuschläge zu erheben oder Rabatte zu gewähren. Ein Wegfall der NDR-Klausel würde die Händler in Bezug auf die Höhe der Kommissionen indifferent werden lassen, da eine vollumfängliche Überwälzung auf die Konsumenten erlaubt wäre. Das würde die Bereitschaft der Händler schwächen, den Wettbewerb unter den Acquirern spielen zu lassen, was ihre Verhandlungsposition verschlechtern würde. Im Übrigen bedeute die angebliche Erzwingbarkeit der NDR-Klausel nicht auch deren Missbräuchlichkeit, da in einer marktbeherrschenden Stellung alle Klauseln - auch angemessene - durchsetzbar seien. Abgesehen davon sei die NDR-Klausel gerechtfertigt, da sie ein funktionierendes Kreditkartensystem sichere und den Konsumenten schütze. Ohne die Klausel wäre der Karteninhaber der Gefahr ausgesetzt, dem Händler zusätzlich neben der Kreditkartenjahresgebühr einen die Kommission meist übersteigenden Betrag zahlen zu müssen. Dies würde die Preistransparenz zerstören. Zudem schütze die NDR-Klausel vor Trittbrettfahrern. Denn der Zugang zum Kreditkarten-Zahlungsverkehr bringe dem Händler



zusätzlichen Nutzen (in Form von Dienstleistungen und einer Umsatzzunahme), der vom Händler zu entschädigen sei.

Betreffend die Verfahrenskosten rügt die Beschwerdeführerin schliesslich, diese seien mangels Verstosses gegen das Kartellgesetz nicht geschuldet. Selbst wenn ein Verstoss zu bejahen wäre, dürfte die Gebühr nicht erhöht und schon gar nicht unter Solidarhaftung aufgelegt werden.

C. Mit Schreiben vom 29. Januar 2003 gab die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen der Cornèr Banca SA, der Swisscard AECS AG, der Diners Club (Schweiz) AG sowie der UBS Card Center AG Kenntnis vom Eingang der vorliegenden Verwaltungsbeschwerde.

Mit Eingabe vom 12. Februar 2003 beantragt die UBS Card Center AG, vertreten durch die Rechtsanwälte [...], die Verfahren FB/2003-1, FB/2003-2, FB/2003-3 und FB/2003-4 seien zu vereinigen und eventualiter seien ihr in den Verfahren FB/2003-1, FB/2003-2 und FB/2003-4 Parteirechte einzuräumen. Zur Begründung wird angeführt, die vier Verwaltungsbeschwerden richteten sich gegen dieselbe Verfügung und beträfen denselben Sachverhalt sowie gleiche Rechtsfragen. Betreffend die Marktabgrenzung und die Zulässigkeit der NDR-Klausel könne für alle Parteien nur im selben Sinne entschieden werden. Die Notwendigkeit, Geschäftsgeheimnisse abzudecken, spreche nicht gegen eine Verfahrensvereinigung. Ohnehin habe sie angesichts ihrer Parteistellung in den anderen drei Verfahren Anspruch auf Akteneinsicht. In Bezug auf den Eventualantrag stehe sie in einer nahen Beziehung zum Streitgegenstand der drei Verfahren. Da sich die Vorbringen der anderen Beschwerdeführerinnen mittelbar auch auf den Beschwerdeentscheid ihr gegenüber auswirkten, müsse ihr die Möglichkeit eingeräumt werden, zu den Argumenten der anderen Beschwerdeführerinnen Stellung zu nehmen.

Mit Eingabe vom 19. Februar 2003 verlangt die Swisscard AECS AG die Einräumung von Parteirechten in den Verfahren FB/2003-2, FB/2003-3 und FB/2003-4, da sie als Adressatin der angefochtenen Verfügung Parteistellung habe. Denn eine Änderung oder Aufhebung der angefochtenen Verfügung in den Verfahren FB/2003-2, FB/2003-3 und/oder FB/2003-4 könne sich auf ihre Stellung auswirken. Zudem würden sich wohl die anderen Beschwerdeführerinnen in ihren Eingaben auch zu ihrer Stellung auf dem relevanten Markt äussern. Obschon sie bisher keine Kenntnis von den Argumenten der anderen Beschwerdeführerinnen habe, sei aufgrund des bisherigen Verfahrensverlaufs praktisch auszuschliessen, dass sie sich an den anderen Verfahren als Beschwerdegegnerin beteiligen werde. Da sie in diesen Verfahren aus formellen Gründen auch nicht als Beschwerdeführerin zu qualifizieren sei, beantrage sie die Zulassung als Partei "sui generis".

Mit Schreiben vom 21. Februar 2003 beantragt die Vorinstanz unter anderem die Vereinigung der Verfahren FB/2003-1, FB/2003-2, FB/2003-3 und FB/2003-4. Ferner sei ihr die Einreichung einer integralen Stellungnahme zu gestatten, da die Beschwerdeschriften der Parteien inhaltlich im Wesentlichen identisch sein

dürften. Zur Begründung verweist die Vorinstanz auf die Eingabe der UBS Card Center AG vom 12. Februar 2003.

Mit Eingabe vom 23. April 2003 stellt die Cornèr Banca SA folgende Anträge:

- "1. Die Verfahren Nr. FB/2003-1, FB/2003-2, FB/2003-3 und FB/2003-4 seien unter Wahrung der Geschäftsgeheimnisse der Cornèr Banca SA zu vereinigen.
2. Eventualiter seien der Cornèr Banca SA die Parteirechte in den Verfahren Nr. FB/2003-1, FB/2003-3 und FB/2003-4 einzuräumen."

Zur Begründung des Hauptantrags führt die Cornèr Banca SA aus, die vier Verfahren beträfen dieselbe Verfügung sowie denselben Sachverhalt und würden die gleichen Rechtsfragen aufwerfen. In allen vier Verfahren könne über die Marktabgrenzung, über die angeblich kollektiv marktbeherrschende Stellung sowie gegebenenfalls über die angeblich missbräuchliche Ausnutzung dieser Stellung nur im gleichen Sinne entschieden werden. Eine Änderung oder Aufhebung der angefochtenen Verfügung in den erwähnten drei anderen Verfahren wirke sich damit zwangsweise auch auf dieses Beschwerdeverfahren aus. Die Vereinigung dürfe aber nicht zu einer Verletzung ihrer Geschäftsgeheimnisse führen. Die von ihr als Geschäftsgeheimnisse deklarierten Informationen müssten gegenüber den anderen Beschwerdeführerinnen in geeigneter Form unkenntlich gemacht werden. Zum Eventualantrag hält die Cornèr Banca SA fest, zur Wahrung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör müsse ihr in den anderen Verfahren Parteistellung zuerkannt werden. Soweit ihre Geschäftsgeheimnisse gewahrt würden, habe sie nichts gegen eine Einräumung von Parteirechten an die übrigen Beschwerdeführerinnen. Eine allfällige integrale Stellungnahme der Vorinstanz dürfe nicht zu einer mangelhaften Würdigung der Vorbringen der einzelnen Beschwerdeführerinnen führen.

Am 28. April 2003 stellte die Swisscard AECS AG folgende Rechtsbegehren:

- "1. Es sei von einer Vereinigung des Beschwerdeverfahrens Nr. FB/2003-1 mit den Beschwerdeverfahren Nr. FB/2003-2, Nr. FB/2003-3 und Nr. FB/2003-4 abzusehen, und es sei das genannte Verfahren gesondert weiterzuführen.
2. Es sei die Vorinstanz zu verpflichten, zur Beschwerde vom 22. Januar 2003 im Beschwerdeverfahren Nr. FB/2003-1 eine gesonderte Stellungnahme einzureichen. (...)"

Die Swisscard AECS AG hebt hervor, das Untersuchungsverfahren habe darunter gelitten, dass die Vorinstanz die vier Acquirer "systematisch über den gleichen Kamm geschoren" habe. Unberücksichtigt geblieben seien nicht nur die fundamentalen Unterschiede in der Marktstellung der Acquirer oder bezüglich der Asymmetrien, sondern auch die teilweise stark voneinander divergierenden Stellungnahmen der anderen Parteien. Damit alle Instanzen ihre Einwände beantworteten, sei das vorliegende Beschwerdever-

fahren gesondert zu führen. Im Lichte der bisherigen Erfahrungen bestehe ein erhebliches Risiko, dass kein fairer Prozess gewährleistet sei, wenn die Vorinstanz lediglich eine "integrale Stellungnahme" einreiche.

Mit Schreiben vom 29. April 2003 beantragt die Beschwerdeführerin die Vereinigung der Verfahren FB/2003-1, FB/2003-2, FB/2003-3 und FB/2003-4 sowie eventualiter die Einräumung von Parteirechten in den Verfahren FB/2003-1, FB/2003-2 und FB/2003-3. Zur Begründung verweist sie im Wesentlichen auf die Eingaben der UBS Card Center AG vom 12. Februar 2003 sowie der Swisscard AECS AG vom 19. Februar 2003.

D. Mit Vernehmlassung vom 28. April 2003 beantragt die Vorinstanz sinngemäss Abweisung der Beschwerde.

Als Begründung wird angeführt, die von der angefochtenen Verfügung betroffenen Acquirer verhielten sich parallel, indem alle die NDR-Klauseln in ihren Kreditkarten-Akzeptanzverträgen verwendeten. Die vorherrschenden Marktstrukturen erlaubten ihnen, das Verhalten untereinander im Hinblick auf die Verwendung der NDR-Klausel ohne Absprache zu antizipieren. Die Verhaltensabstimmung werde erreicht, indem kein Wettbewerber als Erster auf die NDR-Klausel verzichte, um das Parallelverhalten aufzugeben. Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin erfordere eine kollektive Marktbeherrschung keinen gemeinsam vereinbarten Sanktionsmechanismus. Ein solcher wäre Tatbestandselement einer Wettbewerbsabrede, was hier aber nicht zu prüfen gewesen sei. Vielmehr genüge es, wenn alle vier Acquirer aufgrund gegenseitiger Kontrollmöglichkeiten an einem bestimmten Parallelverhalten (d. h. hier an der Anwendung der NDR-Klausel) festhielten. Andernfalls würden die Mitbewerber wegen der Markttransparenz mit dem ausschierenden Unternehmen gleichziehen und ebenfalls auf die NDR-Klausel verzichten. Der Diners Club (Schweiz) AG wie auch der JCB International Co. Ltd., welche nicht kollektiv marktbeherrschend seien, gelinge es zusammen mit den ausländischen Acquirern nicht, die gemeinsam starke Marktposition der vier kollektiv marktbeherrschenden Acquirern zu destabilisieren, weshalb sich diese unabhängig von ihren Konkurrenten wie auch von der Marktgegenseite verhalten könnten. Die NDR-Klausel, welche den Händlern aufgezwungen werden könne, sei als Geschäftsbedingung unangemessen, weil sie die Händler in ihrer Preisfestsetzungsfreiheit erheblich einschränke, was wirtschaftlich nachteiliges Verhalten zur Folge habe. Der Entscheid in Sachen "VISA International" erlaube mangels eines vergleichbaren Untersuchungsgegenstandes keine Schlüsse zu Gunsten der Beschwerdeführerin, da die Europäische Kommission ein Freistellungsgesuch hinsichtlich der *operating rules* von VISA Kreditkarten zum Herausgabe- und Akzeptanzgeschäft zu prüfen hatte. Selbst wenn hier die europarechtliche Argumentation zu missbräuchlichen Verhaltensweisen kollektiv marktbeherrschender Unternehmen zu übernehmen wäre, müsste berücksichtigt werden, dass sich die Europäische Kommission am Hauptziel des EG-

Vertrages (Schaffung eines gemeinsamen Binnenmarktes) orientierte und auf dem Markt viele Acquirer angetroffen habe. Im Unterschied dazu seien die vier inländischen Acquirer hier zu Lande nach wie vor in der Lage, wegen "Gebietsbeschränkungen" von ihrer bisherigen kollektiv marktbeherrschenden Stellung zu profitieren. Unrichtig sei im Übrigen die auf zwei Länderstudien gestützte Ansicht der Europäischen Kommission zu den Auswirkungen der NDR-Klausel auf den Wettbewerb zwischen Händlern und Acquirern.

Entgegen der Rüge der Beschwerdeführerin verbiete das Dispositiv der angefochtenen Verfügung unmissverständlich die weitere Verwendung der NDR-Klausel ("Honorierungsklausel" bzw. *honor all cards rule*). Denn auch die Acquiringverträge der Beschwerdeführerin sähen ein Preisdifferenzierungsverbot vor, welches Wettbewerb zwischen den Kreditkartensystemen sowie zwischen anderen Zahlungssystemen verunmögliche.

Nicht ersichtlich sei, inwiefern sich die Auflage im angerufenen Fusionsentscheid UBS/SBV (mit der Verpflichtung der UBS AG zur weiteren Beteiligung an den Gemeinschaftswerken) auf das vorliegende Verfahren auswirke. Diese Auflage (als konkrete Anordnung) sei keine dem Kartellgesetz vorbehaltene Vorschrift. Denn sie begründe weder eine staatliche Markt- oder Preisordnung, noch werde die UBS AG zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit Rechten ausgestattet.

Die Vorinstanz führt weiter aus, sie habe weder das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin noch die Untersuchungsmaxime verletzt. Die weiteren Rügen zur angeblichen Verletzung der Beweisführungs- und Begründungspflicht seien pauschal und zu wenig substantiiert. Das Sekretariat habe bei der Sachverhaltsermittlung den Vorbringen zum Marktzutritt ausländischer Acquirer Rechnung getragen. Die Antworten der nachträglich in die Abklärungen einbezogenen international tätigen Schweizer Unternehmen sowie der ausländischen Acquirer hätten gezeigt, dass nur Händler mit internationalen Verbindungen über die Möglichkeit zum *cross border acquiring* verfügten und sich in naher Zukunft die Marktposition der vier Acquirer (wegen Hürden in den Lizenzierungssystemen) nicht ändern werde. Trotz Bezugnahme auf die in den Jahren 2000 und 2001 erhobenen Daten seien die neusten Entwicklungen berücksichtigt worden. Eine Aktualisierung der bisher erfassten Daten durch eine Nacherhebung wäre unverhältnismässig, nicht notwendig und auch sonst prozessökonomisch unsinnig, da gerade bei grösseren Verfahren die Datenerhebung und -auswertung viel Zeit beanspruche. Die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Kündigungen von Kreditkarten-Akzeptanzverträgen vermöchten die Beweiswürdigung nicht zu erschüttern, da nicht bewiesen sei, dass neu Verträge mit ausländischen Acquirern abgeschlossen worden seien. Selbst die Beschwerdeführerin räume ein, die wenigsten derjenigen, die gekündigt hätten, seien zur B+S Card Services gewechselt. Den von der Beschwerdeführerin zitierten Aussagen der Händler könne einzig ent-

nommen werden, dass die Endverbraucher heute gleichzeitig über verschiedene Zahlungsmittel verfügten, was aber "nicht auf eine Substituierbarkeit unter den Zugängen zu den entsprechenden Zahlungsverkehrssystemen" schliessen lasse. Die Antworten der Händler zeigten, dass nicht sie sondern die Verbraucher über den Einsatz der Zahlungsmittel entschieden, was eine Substituierbarkeit auf Stufe der Händler ausschliesse.

Zum sachlich relevanten Markt führt die Vorinstanz aus, die Kreditkartenorganisationen ("Eurocard, Visa, American Express") differenzierten im Drei- wie auch im Vierparteiensystem zwischen zwei Nachfrageseiten: zwischen den Händlern (Acquiring) und den Karteninhabern (Issuing). Beide Seiten fragten unterschiedliche Produkte und Dienstleistungen nach. Dies zeige sich am deutlichsten bei Vierparteiensystemen, wo auf beiden Nachfrageseiten rechtlich und wirtschaftlich unterschiedliche Anbieter auf dem Markt aufträten. Die Trennung zwischen Issuing und Acquiring in zwei unterschiedliche Märkte werde auch durch die unterschiedlichen Rahmenbedingungen innerhalb der Lizenzierungssysteme belegt. Ausländische Wettbewerbsbehörden würden teilweise sogar engere Märkte abgrenzen, wie beispielsweise die kanadische Wettbewerbsbehörde, welche je von einzelnen Märkten für das VISA-Card beziehungsweise Mastercard-Acquiring ausgehe. Ungeeignet zur Marktabgrenzung sei der SSNIP-Test, wonach das Verhalten der Nachfrager in Bezug auf Preiserhöhungen bezüglich eines bestimmten Guts beobachtet werde. Dieser Test sei zur Prüfung von Marktbeherrschung irreführend - wie ein US-Fall aus dem Jahre 1956 zeige ("*cellophane fallacy*"). Der SSNIP-Test führe zu allzu weiten Marktabgrenzungen, da marktbeherrschende Unternehmen ihre Preise so hoch angesetzt haben, da jede weitere Preiserhöhung für sie unprofitabel sei, weil viele Kunden andere Güter vorziehen würden. Im Übrigen werde dieser Test durch die NDR-Klausel verunmöglicht, zumal diese keine Überwälzung der Gebühren auf die Kunden erlaube. Auch wenn die Nachfrage der Händler nach dem Zugang zum Kreditkartenzahlungsverkehr vom Zahlungsverhalten der Konsumenten beeinflusst werde, taue der Umstand, dass eine Nachfrage von anderen Grössen (wie hier von der Kundenachfrage nach Zahlungsmöglichkeiten) abhängt, nicht als Kriterium für die Marktabgrenzung. Denn Interdependenz sei ein zentrales Phänomen der Wirtschaft und die Auffassung der Beschwerdeführerin hätte die untragbare Konsequenz, dass letztlich sämtliche Märkte unterschiedlicher Stufen vom Nachfrageverhalten der Endverbraucher her zu bestimmen wären. Folgendes Beispiel zeige dies: Die Nachfrage nach Autoreifen werde massgeblich durch die Anzahl Autokäufe sowie die Häufigkeit von Autofahrten bestimmt. Niemand würde jedoch die Existenz eines Marktes für Autoreifen bestreiten, nur weil die Nachfrage nach Autoreifen durch die Nachfrage nach Autos und nach Autofahrten beeinflusst werde. Auch der weitere Umstand, dass die Endverbraucher heute gleichzeitig über verschiedene Zahlungsmittel verfügten, erlaube nicht den Schluss "auf eine Substituierbarkeit unter den

Zugängen zu den entsprechenden Zahlungsverkehrssystemen". Der wettbewerbliche Handlungsspielraum der Acquirer werde durch die Ausweichmöglichkeiten der Händler als Marktgegenseite bestimmt. Im vorliegenden Fall müsse der sachlich relevante Markt primär aus der Sicht der Händler (als massgebliche Nachfrageseite) und nicht aus der Sicht der Karteninhaber beurteilt werden. Zwar müsse der Händler die Zahlungsbereitschaft seiner Kunden durch ein vielfältiges Angebot effizienter und für den Kunden kostengünstiger Zahlungsverkehrssysteme befriedigen können. Angesichts der Substituierbarkeit der verschiedenen Zahlungsmittel auf Konsumentenstufe seien die vielen Anschlüsse an Zahlungsverkehrssysteme auf Händlerstufe ein ebenso wichtiges Wettbewerbsinstrument wie ein vollständiges Produktsortiment. Der Schluss der Beschwerdeführerin, wonach zumindest international einsetzbare Debitkarten in die Marktabgrenzung eingeschlossen werden müssten, sei falsch, weil er auf der Sicht der falschen Marktgegenseite (Karteninhaber) fusse. Daran ändere auch der Entscheid der EU-Kommission vom 9. August 2001 in Sachen "VISA-International" nichts. Darin werde zwischen einem Wettbewerb unter verschiedenen Zahlungsverkehrssystemen und einem Wettbewerb unter Finanzinstituten für kartenbezogene Tätigkeiten unterschieden. Indessen fasse die EU-Kommission den Zugang zu den Zahlungsverkehrssystemen (Acquiring) irrtümlich als "kartenbezogene Tätigkeiten" auf. Demgegenüber werde das Acquiring in der angefochtenen Verfügung zutreffend dem ersten Wettbewerbsfeld zugeordnet. Denn ein in sich geschlossenes Netzwerk sei ohne äusseren Zugang gar nicht benutzbar. Der Wettbewerb zwischen solchen Netzwerken finde über den Zugang statt.

Des Weiteren sei auch die geforderte Abgrenzung des räumlich relevanten Markts unzutreffend, da das *cross border acquiring* grundsätzlich nur Händlern mit Auslandsbezug zugänglich sei. Im Ergebnis bestätige die Beschwerdeführerin diese Feststellung mit der Erklärung, dass der Marktzutritt ausländischer Acquirer insbesondere die *crown jewel customers* fokussiere.

Ferner gehe die Auffassung der Beschwerdeführerin fehl, dass eine kollektive Marktbeherrschung eine abgestimmte Verhaltensweise unter den betroffenen Unternehmen erfordere und deshalb eine Wettbewerbsabrede nachzuweisen sei. Vielmehr genüge es, wenn die Unternehmen aufgrund der Marktstruktur das Marktverhalten ihrer Konkurrenten antizipieren könnten. Das festgestellte strukturbedingte Parallelverhalten (d.h. die von allen verwendete NDR-Klausel) sei zumindest ein Indiz für eine besondere Marktstellung der Acquirer. Denn unter "normalen" Wettbewerbsbedingungen könnten die Unternehmen die NDR-Klausel gar nicht durchsetzen und der dadurch bedingte Eingriff in die Preisfestsetzungsfreiheit der nachgelagerten Stufe wäre gar nicht möglich. Für die Schwäche der Marktgegenseite und das Vorhandensein einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung der Acquirer spreche die wenig konzentrierte Struktur der Händler sowie das Verhalten der Acquirer, Verhandlungen mit Branchen- und Händlervereinigungen über Rahmenverträge zum Akzeptanzgeschäft abzu-

lehnen und bei Verstössen gegen die NDR-Klausel Kündigungen anzudrohen. Die Feststellung der kollektiv marktbeherrschenden Stellung im relevanten Markt erlaube den Schluss, dass die vier betroffenen Acquirer sich von ihren Konkurrenten sowie von der Marktgegenseite im wesentlichen Umfang unabhängig verhalten könnten.

Zur Marktkonzentration und zu den Marktanteilen hält die Vorinstanz fest, die Anzahl der auf dem Markt tätigen in- oder ausländischen Acquirer sei grundsätzlich unerheblich, wenn diese wie hier die kollektive Marktbeherrschung nicht zu destabilisieren vermöchten. Im Übrigen müssten neben der Anzahl Marktteilnehmer auch andere Kriterien (wie Marktanteile, Marktphase etc.) ebenso stark gewichtet werden. Entgegen der Beschwerdeführerin erfordere eine kollektive Marktbeherrschung im engen Oligopol nicht eine symmetrische Verteilung der Marktanteile. Genügend sei das Bestehen einer führenden Gruppe ("*leading group*") auf dem relevanten Markt. Dieser gehörten hier zumindest die Beschwerdeführerin und die UBS Card Center AG an. Bezüglich der Markttransparenz bedinge der Nachweis einer kollektiven Marktbeherrschung nicht den Beleg eines aktiven Informationsaustauschs. Nach dem "Airtours"-Urteil des EuG genüge es bereits, wenn "(...) jedes Mitglied des beherrschenden Oligopols das Verhalten der anderen Mitglieder in Erfahrung bringen (...)" könne, um festzustellen, ob alle Oligopolisten einheitlich vorgingen oder nicht. Dass im Rahmen des "Kommissionen-Wettbewerbs" rege Informationen über das Verhalten von Konkurrenten und insbesondere über die Verwendung der NDR-Klausel ausgetauscht würden, stelle selbst die Beschwerdeführerin nicht ernsthaft in Frage. Die Einsitznahme in den Verwaltungsrat entsprechender Konkurrenzgesellschaften (wie z.B. die Muttergesellschaft der Beschwerdeführerin) genüge, um Markttransparenz zu begründen. Unbestrittenermassen schicke die Credit Suisse Group Vertreter in die Verwaltungsräte der Telekurs Holding AG, der Cornèr Banca SA und der Swissscard AECS AG. Massgeblich für die Beurteilung der Marktphase sei das (verlangsamte) Wachstum der Anzahl Händler, die sich dem Kreditkarten-Zahlungsverkehr anschlossen und nicht die Zunahme des Kreditkarten-Transaktionsvolumens, welche vom veränderten Zahlverhalten der Konsumenten bewirkt sein könnte. Das festgestellte Wachstum entspreche nicht mehr dem Marktwachstum in den ersten Jahren, als der kreditkartengestützte Zahlungsverkehr eingeführt worden war. Denn die meisten Händler verfügten heute über einen "Anschluss an den Kreditkartenzahlungsverkehr", der aber mangels Konsum nicht ständig reproduzierbar sei. Bei Verträgen mit *cross border acquirern* bestünden aus Sicht der Händler noch etliche Probleme hinsichtlich der Zugangskonditionen zum schweizerischen Clearingsystem und des Zahlungsrisikos. Zudem erachteten auch die ausländischen Acquirer die Marktzutrittsschranken nach wie vor als hoch, weshalb die potenziellen Wettbewerber kaum in der Lage seien, die kollektive Marktbeherrschung der vier grossen Acquirer zu destabilisieren. Zurzeit seien grundsätzlich nur die international tätigen Händler

für *cross border acquirer* interessant. Der Einwand, bestimmte Mitglieder des Schweizer Reisebüroverbandes sowie der Gastrosuisse könnten von den Offerten eines *cross border acquirers* profitieren, sei angesichts der grossen Anzahl national tätiger Händler nicht bedeutungsvoll. Die Beschwerdeführerin verkenne, dass ein oder wenige Marktteilnehmer Marktdominanz auch benutzen könnten, um (strategische) Marktzutrittsschranken aufzubauen. Angesichts der Interessen-, Produkte- und Kostensymmetrien seien die bisherigen Acquirer daran interessiert, ihr natürliches Parallelverhalten (d.h. die Anwendung der NDR-Klausel) aufrecht zu erhalten. Bereits die finanziellen Verflechtungen der Credit Suisse Group und der UBS AG mit mehreren Acquirern zeigten, dass die vier Acquirer hinsichtlich der NDR-Klausel im Wesentlichen die gleichen Interessen hätten. Fehlgehe auch der Vorwurf betreffend die Gewinnung von Marktanteilen. Die Einführung von Kreditkarten-Netzwerken erfolge nicht auf Kosten von Konkurrenten, was heute anders sei, da die meisten Händler über einen solchen Anschluss verfügten. Die NDR-Klausel verhindere Systemwettbewerb: Mangels "Vergleichbarkeit der Kosten für die Benützung eines Zugangs zu einem Kreditkartenzahlungsverkehrssystem" sei der Karteninhaber nicht in der Lage, sich für das günstigere Zahlungsmittel zu entscheiden. Dem Händler untersage diese Klausel, bei der Festsetzung des Preises dessen Informationsfunktion für die Benutzung der einzelnen Zahlungsmittel zu nutzen. Ferner ergebe sich aus den Antworten der befragten Parteien, dass die Kommissionen stabil geblieben seien.

Zum Missbrauchstatbestand hält die Vorinstanz fest, das von der Beschwerdeführerin postulierte Kriterium der "Spürbarkeit" brauche bei der Frage der Missbräuchlichkeit einer Verhaltensweise nicht geprüft zu werden, da sich die Spürbarkeit bereits aus der (kollektiv) marktbeherrschenden Stellung ergebe. Daher sei nur nachzuweisen, dass die (kollektiv) marktbeherrschenden Unternehmen ihre Marktstellung missbrauchen können, indem sie ein Verhalten an den Tag legen, das unter normalen Wettbewerbsbedingungen nicht möglich wäre. Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin sei die NDR-Klausel nicht systemnotwendig. Die Studien aus Schweden und Dänemark, welche die EU-Kommission zitiere, zeigten, dass das Verbot der NDR-Klausel keine Systemineffizienz bewirkt habe. Dies gelte auch für Grossbritannien, das ein Verbot schon seit längerer Zeit kenne. Die von der Beschwerdeführerin angeführten Aspekte zum Konsumentenschutz seien in diesem Kontext unbeachtlich. Falls Händler ihre Preisfestsetzungsfreiheit zulasten der Kreditkarteninhaber ausnützen sollten, könnte allenfalls eine mangelnde Wettbewerbssituation auf Stufe der Händler vorliegen, was jedoch nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sei. Wäre der Händler bei der Festsetzung der Preise frei, könnte er den Wettbewerb unter den bestehenden Kreditkartensystemen verstärken - ohne "*take it or leave it*"-Dilemma. Die NDR-Klausel (mit dem Verbot des surcharging) verhindere eine effiziente Ressourcenverteilung zunächst auf Händlerstufe und anschlies-

send auch auf Verbraucherstufe, indem letztlich Quersubventionierungen unter den verschiedenen Zahlungsmitteln stattfänden. Abschliessend verwirft die Vorinstanz die Ausführungen der Beschwerdeführerin zu den Verfahrenskosten.

E. Mit Verfügung vom 15. Mai 2003 schloss die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen den Schriftenwechsel vorerst ab.

Mit Eingabe vom 24. Juni 2003 beantragt die Beschwerdeführerin die Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels. Zur Begründung hält sie fest, die Vernehmlassung der Vorinstanz enthalte viele neue Argumente und Behauptungen, die eine Entgegnung erforderlich machten.

Am 1. Juli 2003 forderte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die Beschwerdeführerin auf, Geschäftsgeheimnisse in ihren bisherigen Eingaben zu bezeichnen und Umschreibungsvorschläge zu unterbreiten.

Am 18. August 2003 reichte die Beschwerdeführerin die gewünschten Umschreibungsvorschläge für ihre Geschäftsgeheimnisse ein.

Mit Verfügung vom 6. Oktober 2003 räumte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen der Beschwerdeführerin in den Beschwerdeverfahren in Sachen Swisscard AECS AG (FB/2003-1), Cornèr Banca SA (FB/2003-2) und UBS Card Center AG (FB/2003-3) Akteneinsicht ein und stellte ihr die entsprechenden Verfahrensakten (unter Wahrung der Geschäftsgeheimnisse) zu. Gleichzeitig wurde der Beschwerdeführerin Frist angesetzt, um zur Beschwerdeantwort der Vorinstanz eine Replik einzureichen, und ihr mitgeteilt, dass über eine allfällige Einräumung weitergehender Parteirechte beziehungsweise über eine Vereinigung der Verfahren FB/2003-1 bis -4 in einem späteren Zeitpunkt entschieden würde.

F. Nach gewährter Fristerstreckung reichte die Beschwerdeführerin am 12. Januar 2004 eine Beschwerdereplik ein. Darin hält sie an ihren bisherigen Beschwerdeanträgen fest. In Anlehnung an ihre Eingabe vom 29. April 2003 verlangt die Beschwerdeführerin, es sei ihr in alle Akten der Verfahren FB/2003-1, FB/2003-2, FB/2003-3 Einsicht zu gewähren und Gelegenheit zu geben, zu den Eingaben der drei anderen Beschwerdeführerinnen in den drei anderen Verfahren je einzeln Stellung zu nehmen.

In formeller Hinsicht wiederholt die Beschwerdeführerin ihre Rüge, wonach die Vorinstanz nicht rechtsgenügend auf ihre Argumente eingegangen sei. Die Vorinstanz verletze den Untersuchungsgrundsatz, indem sie die durch die Liberalisierung der Lizenzsysteme ausgelösten bedeutsamen Entwicklungen im Bereich des *cross border acquiring* (insbes. hinsichtlich der Branchenverbände) vernachlässigt und auf eine Aktualisierung des Sachverhalts verzichtet habe. Denn die inländischen Acquirer stünden untereinander sowie mit ausländischen Acquirern in scharfem Wettbewerb. Dies übersehe die Vorinstanz ebenso wie die seit 2001 stattfindenden fundamentalen Umwälzungen des Kreditkartensegmentes des Marktes für Zah-

lungsmittel. Zu erwähnen seien der verstärkte Markteintritt ausländischer Unternehmen, neuartige Dual- und Multibrandprodukte sowie der aggressive Marktauftritt der Cornèr Banca SA als *dualbrand acquirer*. Die Lizenzsysteme für Mastercard und VISA seien völlig offen, wesentliche Marktzutrittsbarrieren bestünden nicht. Die Beschwerdeführerin weist ferner darauf hin, dass sie anfangs Juni 2003 zusätzlich eine VISA-Acquiring-Lizenz erworben und das VISA-Acquiring-Geschäft der UBS Card Center AG übernommen habe. Trotzdem habe der heftige Wettbewerb in den letzten 18 Monaten zu grossen Kunden- und Umsatzverlusten geführt. Diese Entwicklung habe bereits vor Erlass der angefochtenen Verfügung begonnen. Die Beschwerdeführerin betont, dass Wettbewerb herrsche, zeige der Umstand, dass sich die Cornèr Banca SA im Sommer 2003 bei der Vorinstanz als Opfer eines "Preisdumpings" bezeichnet und vorsorgliche Massnahmen beantragt habe. Angesichts des Wettbewerbs wäre es absurd, kartellrechtswidriges kollusives Parallelverhalten im Sinne einer kollektiven Marktbeherrschung anzunehmen. Bereits deshalb sei die Verwendung der NDR-Klausel nicht kartellrechtswidrig.

Die Vorinstanz grenze den Markt falsch ab, weil sie irrtümlich von der Existenz eines "selbstständigen Wholesale-Markt für Zahlungssysteme" mit sich gegenüberstehenden Händlern und Acquirern ausgehe. Da indes der Kunde die Nachfrage nach Kreditkartendienstleistungen massgeblich bestimme, richte sich die Marktabgrenzung nicht isoliert nach einem hypothetischen Nachfrageverhalten der Händler. Ein solches gebe es nicht. Falsch sei auch die Feststellung der Vorinstanz, wonach Händler und Kunden unterschiedliche Produkte und Dienstleistungen nachfragten. Zwar gebe es angesichts der Drei- oder Vierparteienverhältnisse zwei verschiedene Nachfragegrössen. Indessen beeinflussten sich diese wegen der bestehenden Verknüpfung gegenseitig. Denn es gehe um eine kombinierte Dienstleistung von Acquirern und Issuern, um Händlern und Konsumenten das bargeldlose Zahlen zu ermöglichen. Dass andere Wettbewerbsbehörden sogar separate Märkte für verschiedene Kreditkartenmarken abgegrenzt hätten, sei bedeutungslos, zumal hier die Abhängigkeit der Nachfrage der Händler und Konsumenten problematisiert sei. Selbst wenn der Kreditkarten-Zahlungsverkehrsmarkt auf eine Marke beschränkt wäre, könnte die geschilderte Abhängigkeit beobachtet werden. Die Vorinstanz anerkenne immerhin die Abhängigkeit der Nachfrage des Händlers von derjenigen des Konsumenten und gehe sogar soweit, die fehlende Austauschbarkeit der Kreditkarten-Zahlungssysteme mit anderen Zahlungsmitteln mit der Existenz der NDR-Klausel zu erklären. Die Vorinstanz erkenne richtig, dass der Verbraucher über den Einsatz des Zahlungsmittels entscheide. Aber gerade deshalb sei die Substituierbarkeit auch aus dessen Sicht zu beurteilen, ohne zur "untragbaren Konsequenz" zu führen, dass alle Märkte unterschiedlicher Stufen vom Nachfrageverhalten der Endverbraucher her zu bestimmen wären. Vorliegend wirkten Acquirer und Issuer in einer kombinierten Dienstleistung zusammen, um Händlern und

Konsumenten als Dienstleistung bargeldloses Bezahlen zu ermöglichen.

Zwei Marktstufen seien zu unterscheiden: (1.) die Stufe der Finanzierungsinstitute (Issuing und Acquiring) und (2.) die Stufe der Abnehmer der Dienstleistung (Händler und Konsumenten). Das habe auch die Europäische Kommission im VISA-Entscheid erkannt, indem diese das Verhältnis Acquirer/Händler keineswegs fälschlicherweise zu den kartenbezogenen Tätigkeiten rechne. Richtig besehen bildeten Händler und Konsumenten eine Einheit, welche als Konsumenten von der Bereitstellung eines bestimmten Zahlungsmittels profitierten. Da letztlich der Konsument die Nachfrage nach Zahlungsmitteln bestimme, seien diese letztlich auch austauschbar. Deshalb sei auch die verengte Marktabgrenzung der Vorinstanz fehlerhaft. Nicht stichhaltig seien die Argumente gegen die Anwendung des SSNIP-Tests. Dessen Tauglichkeit werde durch die NDR-Klausel nicht in Frage gestellt, da es um eine hypothetische Analyse gehe, die auch in der EU allgemein anerkannt sei. Irrelevant sei der Hinweis auf die "*cellophane fallacy doctrine*", da selbst die Vorinstanz nicht behauptete, dass überhöhte Preise verlangt würden.

Des Weiteren umfasse der relevante Markt für Zahlungsmittel mindestens Europa. *Crown jewel customers* seien attraktiv, weil sie ein grosses Umsatzvolumen generierten. Doch seien darunter nicht nur internationale Unternehmen im Sinne der Definition der Vorinstanz zu verstehen. Dazu gehörten auch primär in der Schweiz tätige Unternehmen wie Detailhandelsketten, Warenhäuser, Luxushotels, Kommunikationsgesellschaften (etc.). Ferner stellten *cross border acquirer* nicht nur für international tätige Unternehmen, sondern über Verbandsorganisationen auch für Kleinunternehmen eine Alternative dar.

Abgesehen davon, dass die starken Marktbewegungen es a priori nicht erlaubten, eine kollektiv marktbeherrschende Stellung anzunehmen, missverstehe die Vorinstanz diese Rechtsfigur. Eine einzelne, von verschiedenen Unternehmen ähnlich verwendete Vertragsklausel (i.c. die NDR-Klausel) erlaube es nicht, auf eine kollektiv marktbeherrschende Stellung zu schliessen. Insofern sei das Argument zirkulär, wonach die Existenz der NDR-Klausel eine marktbeherrschende Stellung widerspiegeln, weil es unter normalen Wettbewerbsbedingungen nicht zu solchen Eingriffen in die Preisfestsetzungsfreiheit käme. Diese Behauptung werde durch den Umstand widerlegt, dass kleine nicht für kollektiv marktbeherrschend erachtete Acquirer diese Klausel ohne Widerstand der Händler in ihren Verträgen führten. Demgegenüber sei für eine kollektiv marktbeherrschende Stellung die Reaktionsverbundenheit unter den beteiligten Unternehmen konstitutiv. Insofern wäre nachzuweisen gewesen, ob Anreize für die Unternehmen bestünden, sich auch ohne explizite Abrede - sehr wahrscheinlich dauerhaft - auf bestimmte Art zu verhalten. Auch wenn dies keine explizite Sanktionsvereinbarung voraussetze, müsse nach der Rechtsprechung des EuG jedes Mitglied eines Oligopols im Stande sein, das Verhalten der andern Mitbewerber in Erfahrung zu bringen, um

mit hinreichender Genauigkeit und Schnelligkeit auf deren Verhalten reagieren zu können. Diese stillschweigende Koordinierung müsse zudem auf Dauer wahrscheinlich sein. Das setze einen Anreiz ("Abschreckungsmittel") voraus, wettbewerbliches Verhalten als unattraktiv einzuschätzen und daher vom gemeinsamen Verhalten nicht abzuweichen. Zusätzlich wäre nachzuweisen gewesen, dass die voraussichtliche Reaktion der oligopolexternen Konkurrenz und diejenige der Verbraucher die erwarteten Ergebnisse des gemeinsamen Vorgehens auf Dauer nicht in Frage stellen. Die Vorinstanz habe keine der drei Kriterien nachgewiesen, sondern nur behauptet, die vier angeblich kollektiv marktbeherrschenden Acquirer könnten sich unabhängig von den verbliebenen Konkurrenten und der Marktgegenseite verhalten. Indessen zeige ihr Verhalten sowie dasjenige der *Cornèr Banca SA*, dass ein Anreiz zu parallelem Verhalten nicht bestehe, sondern vielmehr Wettbewerb durch "aggressive Konditionengestaltung" und Schaffung neuer Angebote (*dual-branding*). Entsprechendes Datenmaterial sei bereits während der Untersuchung der Vorinstanz angeboten, aber leider ignoriert worden. Dass die NDR-Klausel auch von anderen Acquirern (wie *Diners Club [Schweiz] AG* etc.) verwendet werde, zeige ihren Charakter als Produktmerkmal.

Abgesehen davon sei auch die "mechanische Abhandlung" der Kriterien zur Bestimmung der angeblichen kollektiv marktbeherrschenden Stellung fehlerhaft:

Eine Grenze für die Maximalzahl kollektiv marktbeherrschender Marktteilnehmer gebe es zwar nicht. Aber mit zunehmender Zahl werde die Wahrscheinlichkeit der kollektiven Marktbeherrschung kleiner, was die Gefahr des Ausscherens aus dem Oligopol (*cheating*) vergrössere. Markttransparenz liege schon deshalb nicht vor, weil die Gestaltung der Konditionen Aufgabe des Managements und nicht des Verwaltungsrates sei. Einen entsprechenden Informationsfluss gäbe es nicht und werde auch nicht nachgewiesen. Betreffend die Marktphase bemesse sich das Wachstum des bargeldlosen Zahlungsverkehrs einzig nach dem Umsatz, der über bargeldlose Zahlungsmittel abgewickelt werde. Insofern seien die Acquirer im Wachstumsmarkt der Kreditkarten primär an möglichst hohen Transaktionsvolumen interessiert und nicht allein an einer möglichst hohen Anzahl Händler. Dies zeige, dass der Wettbewerb im Bereich des Zahlungsverkehrs letztlich vom Konsumenten abhängt, der über den Einsatz der Kreditkarten entscheide. Trotz hoher Marktdurchdringung betreffend die Anzahl Händler bestehe nach wie vor heftiger Wettbewerb um umsatzstarke Händler und um den Einsatz bestimmter bargeldloser Zahlungsmittel. Des Weiteren widerlege die Wettbewerbsentwicklungen der letzten 18 Monate die Ansicht der Vorinstanz zur potenziellen Konkurrenz. Die von zwei ausländischen Acquirern behaupteten Marktzutrittsschranken seien nicht näher geprüft worden. Die heute bestehende Asymmetrie der Marktanteile spreche grundsätzlich gegen die Annahme einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung unter den betroffenen vier Acquirern. Hinsichtlich der Interessen-, Produkte- oder Kostensymmetrie begnüge sich die Vorinstanz mit dem

Hinweis, jedenfalls betreffend die NDR-Klausel hätten die Acquirer gleiche Interessen. Indessen könne eine kollektiv marktbeherrschende Stellung nicht anhand eines Wettbewerbsparameters (d.h. einer einzigen Vertragsklausel) nachgewiesen werden.

Die Vorinstanz unterstelle die Missbräuchlichkeit der NDR-Klausel, ohne wettbewerbswidrige Auswirkungen nachzuweisen. Es werde übersehen, dass ein Verhalten nur missbräuchlich sei, wenn es im Ergebnis zu einem kartellrechtlich unerwünschten Marktresultat führe. Dass die NDR-Klausel zu einem ineffizienten (d.h. unerwünschten) Marktergebnis führe, habe die Vorinstanz nicht dargelegt. Die NDR-Klausel führe weder zu einem Ausschluss des Wettbewerbs zwischen den Kreditkarten- noch gegenüber anderen Zahlungsverkehrssystemen. Die gegenteilige Aussage der Vorinstanz belege vielmehr, dass Kreditkarten mit anderen Zahlungsmitteln im Wettbewerb stünden. In diesem Zusammenhang beschränke die NDR-Klausel weder die Wahlfreiheit des Händlers, ein Zahlungsmittel grundsätzlich anzunehmen, noch diejenige des Konsumenten, Zahlungsmittel grundsätzlich mit sich zu führen oder im Einzelfall einzusetzen. Insofern sei die NDR-Klausel als Geschäftsbedingung nicht unangemessen, zumal sie den Händler wirtschaftlich nicht benachteilige und jedenfalls dessen Preisfestsetzungsfreiheit nicht beschränke. Denn er bleibe frei, die Verkaufspreise seiner Produkte festzusetzen. Die NDR-Klausel untersage lediglich bei individuellen Transaktionen, Kunden je nach Zahlungsmittel zu diskriminieren. Nach der Logik der Vorinstanz müsste jeder Händler für jedes Zahlungsmittel eine eigene Vollkostenrechnung erstellen und die Verkaufspreise dementsprechend differenzieren, um auf seine Kunden die effektiven Kosten der verwendeten Zahlungsmittel überwälzen zu können. Das hätte insbesondere für Barzahler erhebliche Auswirkungen, da der Bargeldverkehr nicht zu unterschätzende "Handling-Kosten" verursache. Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin bestünden hier sehr wohl Parallelen zum VISA-Entscheid der Europäischen Kommission vom 9. August 2001, da es in beiden Fällen um die Frage der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung der NDR-Klausel gehe. Dass sich der Entscheid der Europäischen Kommission an der Schaffung eines gemeinsamen Binnenmarktes orientiere, während die inländischen Acquirer von der bisherigen Marktstellung durch Gebietseinschränkungen profitiert hätten, sei kein taugliches Gegenargument. Die für die EU ausgesprochene Aufrechterhaltung der NDR-Klausel trage zur Integration des gemeinsamen Binnenmarktes nichts bei. Ohnehin seien die Gebietsbeschränkungen in den Lizenzbestimmungen der grossen Kreditkartensysteme ab 1999 aufgehoben worden, was seither zur Durchdringung des inländischen Marktes mit ausländischen Unternehmen geführt habe. Unter dem Blickwinkel der geografischen Durchdringung unterscheide sich die Europäische Union nicht von der Schweiz.

Die NDR-Klausel sei als klassische Branchenklausel ein Produktmerkmal des Kreditkarten-Zahlungsverkehrs und deshalb sachlich gerechtfertigt. Denn sie schütze den Konsumenten davor, unter dem Vorwand einer verursachergerechten Kostenüberwälzung Opfer ei-

ner doppelten Kostenüberwälzung zu werden. Sie schütze auch davor, dass Händler die Kosten, welche dem von ihnen aus dem Kreditkartensystem gezogenen Nutzen entsprechen, auf die Konsumenten zu überwälzen versuchen.

Die in der angefochtenen Verfügung auferlegten Verfahrenskosten hält die Beschwerdeführerin nach wie vor für gesetzwidrig.

G. Mit Duplik vom 19. April 2004 liess sich die Wettbewerbskommission zur Beschwerdereplik vernehmen. Darin bestätigt sie ihre bisher gestellten Anträge betreffend Abweisung der Beschwerde und Vereinigung der Beschwerdeverfahren FB/2003-1, FB/2003-2, FB/2003-3 und FB/2003-4.

Vorab hält die Vorinstanz zu den geltend gemachten Umwälzungen auf dem Markt für das Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft fest, angesichts der Konzeption des Kartellgesetzes dürften die im Beschwerdeverfahren vorgebrachten, erst nach Erlass der angefochtenen Verfügung eingetretenen Sachverhaltsänderungen (wie z.B. der Verkauf des VISA-Akzeptanzgeschäfts durch die UBS Card Center AG sowie deren partiellen Marktaustritt, das wettbewerbsintensivierende Angebot des *dual brand acquiring* durch die Beschwerdeführerin sowie die zunehmende Bedeutung des *cross border acquiring*) nicht berücksichtigt werden. Daher sei für die Prüfung der angefochtenen Verfügung einzig der bis spätestens am 18. November 2002 eingetretene Sachverhalt massgebend. Die zwischenzeitlich eingetretenen Änderungen wären hingegen erst in einem "allfälligen separaten Sanktionsverfahren" zu prüfen. Daher verzichtet die Vorinstanz, in ihrer Duplik auf diese nachträglich eingetretenen Entwicklungen näher einzugehen.

Des Weiteren bestreitet die Vorinstanz, das rechtliche Gehör verletzt zu haben. Die Vorinstanz macht geltend, sie habe sich nicht mit jeder tatsächlichen Behauptung oder rechtlichen Auffassung auseinander zu setzen, sondern sie dürfe auch implizite Antworten geben, solange die Gesamtheit der Begründung erkennen lasse, weshalb einem Standpunkt nicht gefolgt worden sei. Unter Umständen sei es auch zulässig, die Begründung im Rechtsmittelverfahren nachzuliefern, auch wenn Kartellverwaltungsverfahren grundsätzlich höheren Ansprüchen zu genügen hätten. Im vorliegenden Rechtsmittelverfahren habe sich die Beschwerdeführerin zweimal zu den rechtlichen und sachverhaltlichen Fragen äussern können, weshalb eine Aufhebung aus verfahrensrechtlichen Gründen nicht in Frage komme.

Auch den Vorwurf der Verletzung der Untersuchungsmaxime hält die Vorinstanz für unbegründet. Die Argumente der Beschwerdeführerin seien nicht "schlicht und einfach ignoriert" worden. Im Frühsommer 2001 seien die von den Parteien erwähnten ausländischen *cross border acquirer*, internationalen Kreditkartenorganisationen sowie Händler mit Sitz in der Schweiz (insbes. zum *cross border acquiring*) befragt worden. Unklar sei daher, inwiefern die Marktanteile besser hätten abgeklärt werden können. Aufgrund dieser Abklärungen sei der Verfügungsentwurf

angepasst worden. Die angefochtene Verfügung bringe klar zum Ausdruck, dass eine gewisse Liberalisierung des *cross border acquiring* erst Ende der 90-er Jahre eingesetzt habe, wenn auch mit unterschiedlicher Intensität innerhalb der einzelnen Systeme. Nach den Antworten der Beschwerdeführerin seien nur die Händler mit Auslandsbezug Adressaten des *central acquiring*, damit diese in ihrem Wirkungsgebiet mit denselben Konditionen für Mastercard-Transaktionen operieren können. Im Entscheidzeitpunkt sei die *special affiliate acquiring licence* von MasterCard Int. noch gebietsgebunden gewesen, so dass damals die Lizenznehmer ihre Acquiring-Dienstleistungen Händlern in fremden Ländern nicht ohne Autorisierung durch die Lizenzgeberin anbieten durften. Auch die Systeme "VISA und American Express" hätten im Entscheidzeitpunkt trotz Lockerungen Restriktionen gekannt. Insofern habe die Aufhebung der Gebietsexklusivitäten für das *cross border acquiring* im Entscheidzeitpunkt keinen wesentlichen Einfluss auf das Verhalten der vier Verfügungsadressatinnen gehabt. Damals habe es in der Schweiz auch zu wenig ausländische Acquirer gegeben, um die marktbeherrschende Stellung der Verfügungsadressatinnen zu destabilisieren. Dies sei auch kaum eingetreten, als der Schweizer Reisebüroverband im August 2002 seine Mitglieder auf das Angebot der deutschen Firma B+S Card Service GmbH hingewiesen hatte. Vielmehr habe der Schweizer Reisebüroverband damals festgehalten, erst mit der Gewinnung der B+S Card Service GmbH als Vertragspartnerin sei es gelungen, die bisherigen Konditionen der Schweizer Acquirer zu unterbieten. Dies belege, dass unter den bisherigen Acquirern kein Wettbewerb stattgefunden habe. Die erst in jüngster Zeit erfolgten Kündigungen, auf die sich alle Beschwerdeführerinnen in den hängigen Verfahren beriefen, erlaube es, von im Wesentlichen stabilen Kommissionen bis Ende 2002 auszugehen, selbst wenn entsprechendes Beweismaterial nur bis Mitte 2000 reiche. Der Erwerb der MasterCard-Lizenz durch die Cornèr Banca SA habe im Entscheidzeitpunkt keinen massgebenden Einfluss auf die kollektiv marktbeherrschende Stellung der Verfügungsadressatinnen gehabt. Auch der Verweis auf die von der Cornèr Banca SA im Sommer 2003 beantragten vorsorglichen Massnahmen ändere nichts an der Beurteilung. Denn der behauptete Wettbewerb habe unter den Acquirern - wenn überhaupt - erst nach Erlass der angefochtenen Verfügung eingesetzt, weshalb in diesem Verfahren nicht näher darauf einzugehen sei. Aus demselben Grunde unbeachtlich seien die von der Beschwerdeführerin erwähnten angeblichen Rahmenverträge anderer Verbände (Schweizerischer Buchhändler- und Verlegerverband, Verband der Seilbahnen Schweiz), welche erst nach Erlass der angefochtenen Verfügung vom 18. November 2002 abgeschlossen worden seien. Dass Gastrosuisse und der Schweizerische Reisebüroverband kurz vor Erlass der angefochtenen Verfügung einen Rahmenvertrag abgeschlossen haben, vermöge die festgestellte kollektive Marktbeherrschung nicht umzustossen. Massgeblich wäre einzig, wie viele Händler von diesem Angebot profitiert hätten, wobei auch das Strukturveränderungspotenzial der übrigen Konkurrenten zu prüfen wäre. Einzig eine Erhöhung

der Anzahl kleiner Marktteilnehmer genüge nicht, um die marktbeherrschende Stellung zu destabilisieren.

Bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes könne aus einer Interdependenz zwischen Issuing- und Acquiringmarkt nicht auf die Existenz nur eines Nachfragemarktes geschlossen werden. Im Gegenteil bestünden separate Märkte, wie die Kreditkartenindustrie zeige: Die Beschwerdeführerin habe Mitte 2000 ihr Issuinggeschäft an diverse Banken und banknahe Institute verkauft und sich im Kerngeschäft auf das Acquiring konzentriert, währenddem andere Unternehmen (wie z.B. die UBS Card Center AG) daraus ausgestiegen seien. Insofern treffe die Behauptung nicht zu, es gebe innerhalb eines Netzwerkmarktes (Kreditkartensystem) keine gesonderten Nachfragemärkte. Der Einwand, Issuer und Acquirer erbrächten eine gemeinsame Dienstleistung, ziele darauf ab, aus einem Netzwerkmarkt künstlich eine "rein vertikale Wertschöpfungskette" zu konstruieren, an deren Ende Händler und Kunden zusammen "kombinierte Dienstleistungen" nachfragen würden. Diese Sicht aber widerspreche der Argumentation in der Beschwerde, wo die Beschwerdeführerin noch eine eigene Nachfrage der Händler nach einem Acquiring-Vertrag ausdrücklich anerkannt habe. Im Netzwerkmarkt hingen die beiden unterschiedlichen Nachfragemärkte voneinander ab. Der vorliegende Netzwerkmarkt habe positive Externalitäten: die Kartenbesitzer profitierten von der Verwendung ihrer Kreditkarte, je mehr Händler diese auch akzeptierten - und umgekehrt profitierten die Händler, je mehr Kunden eine solche Karte auch benützten. Trotzdem seien separate Nachfragemärkte zu unterscheiden, da der Händler den Zugang zum Kreditkarten-Zahlungsverkehr und der Kunde einen bestimmten Kreditkartentyp nachfrage. Im Übrigen anerkenne die Beschwerdeführerin, dass sich der Wettbewerb auf dem Acquiringmarkt wegen des Eintritts ausländischer Acquirer verändert habe. Indessen seien keine solche Änderungen auf dem Issuingmarkt bekannt. Wäre die Argumentation der Beschwerdeführerin richtig, müssten sich diese Änderungen auch gegenüber den Karteninhabern ausgewirkt haben, was sicherlich zu verneinen sei.

Dass die hier massgebliche Nachfrage der Händler vom Zahlungsverhalten der Kunden beeinflusst werde und deshalb nicht unabhängig sei, lasse die Marktabgrenzung nicht als falsch erscheinen. Hier interessiere einzig das Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft. Die NDR-Klausel verunmögliche einen Produktwettbewerb unter den Kreditkartenmarken, da der Händler dem Kunden möglichst alle Marken offerieren müsse und deshalb die ihm entstehenden Kosten in Verhandlungen nicht als Druckmittel einsetzen könne. Verzichte ein Händler allenfalls auf eine Kreditkartenmarke, spiegle dieses Verhalten nicht Produktwettbewerb wider, sondern den Verzicht auf ein weiteres Komplementärgut. Ein Wettbewerb auf der Acquiringseite sei nur möglich, wenn infolge Wegfalls der NDR-Klausel die Preistransparenz dem Kunden erlaube, das für ihn effizienteste Zahlungsmittel auszuwählen.



Zur Frage der räumlichen Marktabgrenzung gehe selbst die Europäische Kommission nicht von internationalen sondern von nationalen Märkten aus. Nach deren Auffassung seien die betreffenden nationalen Märkte im Binnenmarkt der EU aufgrund von vermehrtem grenzüberschreitendem Acquiring daran, über den nationalen Rahmen hinausreichende Merkmale zu entwickeln. Während der Untersuchung (bis zum Verfügungszeitpunkt) hätten sich die ausländischen *cross border acquirer* praktisch nur an Schweizer Händler und Dienstleistungserbringer mit Auslandsbezug gerichtet. Erst nach Erlass der angefochtenen Verfügung seien die Verträge zwischen *cross border acquirer* und einzelnen Mitgliedern des Reisebüroverbandes, des Hotellerieverbandes sowie von Gastrouisse geschlossen worden. Dies seien aber neue Tatsachen, welche im Rechtsmittelverfahren nicht berücksichtigt werden dürften. Abgesehen davon sei das aktuelle *cross border acquiring* nicht zu überschätzen, da sein Marktanteil gering sei und nach Schätzungen der Cornèr Banca SA zwischen einem und sechs Prozent betrage.

Die kollektive Marktbeherrschung, deren Missbrauch unzulässig sei, ergebe sich aus Marktstrukturen, welche Oligopolisten erlaubten, das Marktverhalten ihrer Konkurrenten zu antizipieren. Dies meine die Beschwerdeführerin offenbar mit "Reaktionsverbundenheit". Eine bewusste Verhaltenskoordination sei dafür nicht notwendig. Die vier Acquirer verhielten sich parallel, indem alle die NDR-Klausel in ihren Akzeptanzverträgen verwendeten. Die vorherrschenden Marktstrukturen (wenige Anbieter, grosse Marktanteile, Marktreifephase, bestehende Markttransparenz, geringe potenzielle Konkurrenz, Produkte- und Kostensymmetrie sowie schwache Marktgegenseite) erlaubten ihnen, ohne Absprache das gegenseitige Verhalten in Bezug auf die NDR-Klausel zu antizipieren. Die Verhaltensabstimmung werde erreicht, indem kein Wettbewerber als Erster auf die NDR-Klausel verzichte, um das "natürliche" Parallelverhalten aufzugeben. Das Konzept der kollektiven Marktbeherrschung werde in der neusten Literatur von Daniel Emch begrüsst, weil Oligopolunternehmen künftig mit einem Einschreiten gegen Wettbewerbsbeschränkungen rechnen müssten, weil nur noch das erfolgte Parallelverhalten, die kollusionsfördernden Strukturmerkmale sowie das missbräuchliche Verhalten zu beweisen seien. Nicht notwendig sei ein aktiver Informationsaustausch, der - wenn er vorliegen sollte - auf eine Wettbewerbsabrede schliessen liesse.

Was die Behauptung der Beschwerdeführerin zur Anzahl Marktteilnehmer anbetrifft, wonach sich eine kollektive Marktbeherrschung zu viert a priori nicht nachweisen lasse, stehe der Entscheid der Europäischen Kommission in Sachen "Price Waterhouse/Coopers & Lybrand" entgegen. Aus der verbindlichen englischen Version werde ersichtlich, dass die Europäische Kommission eine kollektive Marktbeherrschung von zwei, drei oder vier Anbietern als möglich erachte ("*[103] From a general viewpoint, collective dominance involving more than three or four suppliers is unlikely simply because of the complexity of the interrelationships involved... [113] As was ex-*

*plained (paragraph 103), collective dominance involving more than three or four suppliers is too complex and unstable to persist over time.*").

Auch die asymmetrische Verteilung der Marktanteile spreche nicht grundsätzlich gegen das Vorliegen einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung. Die in der angefochtenen Verfügung vorgenommene Betrachtung der Marktanteile zeige, dass während vielen Jahren kein Wettbewerb stattgefunden habe, nicht einmal zwischen der UBS Card Center AG und der Cornèr Banca SA im Bereich des VISA-Acquiring. Dies belege die Beständigkeit der Kommissionen während der Beobachtungsperiode. Wettbewerb im Preisverhalten oder in der Handhabung der NDR-Klausel habe nicht stattgefunden. Vielmehr schliesse die NDR-Klausel den Wettbewerb unter den kollektiv marktbeherrschenden Unternehmen bewusst aus und ein freiwilliger Verzicht eines einzelnen kollektiv marktbeherrschenden Acquirers sei nicht geboten. Im Übrigen sei der Nachweis einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung auch gemäss der bisherigen Wettbewerbspraxis (i.S. "Bell AG/SEG Poulets" und "Mobilfunkmarkt") nicht auf eine symmetrische Marktanteilsverteilung abzustützen.

Die Markttransparenz erfordere keinen nachzuweisenden Informationsaustausch, da natürliches Parallelverhalten einzig aufgrund der oligopolen Marktstruktur und sich daraus ergebenden kollusionsfördernden Faktoren entstehe. Die finanziellen und persönlichen Verflechtungen der beiden Grossbanken UBS AG und Credit Suisse Group hätten den Acquirern ermöglicht, das Marktverhalten der "Konkurrenten" zu antizipieren. Auch die Produktesymmetrie sei wesentlich geeignet, die Markttransparenz unter den an der kollektiven Marktbeherrschung beteiligten Unternehmen zu fördern. Die Parteien hätten eingräumt, dass die Händler gegenüber den Acquirern auf die Konditionen anderer Acquirer hinwiesen, um entsprechende Konditionen auszuhandeln. Diese Marktinformationen ermöglichten Transparenz auf dem Kreditkarten-Akzeptanzmarkt, insbesondere hinsichtlich der gemeinsamen Verwendung der NDR-Klausel.

Ferner sei die Kritik der Beschwerdeführerin zur Marktphase unbegründet. Auch wenn das Transaktionsvolumen des kartengestützten Zahlungsverkehrs in den letzten Jahren zugenommen habe, stehe das der festgestellten Reifephase des Marktes nicht entgegen. Da der Zugang zum Kreditkartenmarkt kein konsumierbares Gut darstelle und die Mehrheit der nachfragenden Händler über einen Zugang zu einem oder mehreren Kreditkartensystemen verfügten, sei die Schlussfolgerung berechtigt gewesen, das Wachstum der Anzahl Händler als relativ stabil zu bezeichnen. Ein Wettbewerb um Marktanteile habe nur noch auf Kosten anderer Konkurrenten erfolgen können. Dass angeblich bereits vor Erlass der angefochtenen Verfügung intensiver Wettbewerb unter den Acquirern geherrscht habe, treffe nicht zu, da zwischen den vier Acquirern keine wesentlichen Marktanteilsveränderungen eingetreten seien. Dies zeige, dass der Händler wegen der Einschränkung seiner Preisfestset-

zungsfreiheit den Wettbewerb unter den Acquirern nicht spielen lassen könne.

Entgegen der Beschwerdeführerin sei nie behauptet worden, die kollektiv marktbeherrschende Stellung der vier Acquirer belege, dass keine potenzielle Konkurrenz vorhanden sei. Nach eingehender Prüfung dieser Frage habe von einer geringen Gefahr des Marktzutritts neuer Konkurrenten mit Destabilisierungspotenzial ausgegangen werden dürfen. Die *Royal Bank of Scotland* habe erklärt, die dominierende Stellung der inländischen Acquirer sei eine wesentliche Hürde für den Marktzutritt potenzieller Konkurrenz.

Des Weiteren dürften die Ausführungen der Beschwerdeführerin zum Erfordernis von "Abschreckungsmitteln" insbesondere für die prospektiven Analysen bei Fusionskontrollen zutreffend sein. Demgegenüber gelte eine andere Sichtweise bei der Prüfung einer marktbeherrschenden Stellung. Entscheidend sei im Entscheidzeitpunkt nicht die Frage nach vorliegenden Sanktionsmechanismen, welche zukunftsgerichtet kollektive Marktbeherrschung dauern lassen sollen, sondern ob die bestehende oligopolistische Marktstruktur und die weiteren Faktoren ein kollusives Verhalten bisher ermöglicht hätten. Ein Sanktionsmechanismus wäre notwendig, wenn ein Ausscheren aus der kollektiven Marktbeherrschung für das Unternehmen profitabel wäre, indem es den Gewinn kurzfristig steigern könnte. Dies treffe jedoch bei der NDR-Klausel nicht zu. Mit einem allfälligen Ausscheren würde der Acquirer vielmehr riskieren, seinen Händlern ein Druckmittel für das Aushandeln der Kommissionen zu geben und allenfalls seine Position (im Unterschied zu den an der NDR-Klausel Festhaltenden) schwächen. Liege hier ein "natürliches" Parallelverhalten vor, sei ein von den Marktbeherrschern geschaffener Sanktionsmechanismus überflüssig, da für den potenziell Ausscherenden Gewinnaussichten fehlten.

Nicht überzeugend sei der Versuch der Beschwerdeführerin, die NDR-Klausel als Produktmerkmal und nicht als Ausfluss eines bestimmten Marktverhaltens darzustellen. Die Beschwerdeführerin verkenne, dass wirksamer Wettbewerb die Innovationen und die Entwicklung von Produktmerkmalen fördere. Der Logik des wettbewerblichen Verhaltens entspreche es, dass Unternehmen ohne marktbeherrschende Stellung ihr Verhalten den Marktleadern anpassten, zumal dies ihnen nütze. Denn die NDR-Klausel schliesse den Wettbewerb zwischen den Acquirern auf dem sachlich relevanten Markt wie auch den Substitutionswettbewerb zwischen den verschiedenen Zahlungsverkehrssystemen aus. Ebenso wenig sei die NDR-Klausel ein Charakteristikum des Zugangs zum Kreditkartenzahlungsverkehr. Selbst die Europäische Kommission anerkenne, dass für die Verbraucher eine Differenzierung zwischen Kredit- und Debitkarten hinreichend wichtig sein könne, weshalb auf Stufe Endverbraucher separate Produktemärkte vorliegen könnten.

Ferner müssten in Staaten mit Verbot der NDR-Klausel die Kreditkartensysteme zusammengebrochen sein

und nicht mehr funktionieren. Indessen sei das Gegenteil der Fall, weshalb die NDR-Klausel kein Produktmerkmal sei.

Immerhin anerkenne die Beschwerdeführerin, dass die NDR-Klausel ein Wettbewerbsparameter sei. Entgegen der Beschwerdeführerin müsse sich wettbewerbs-schädliches Verhalten nicht auf das ganze Marktverhalten beziehen; es genüge bereits, wenn ein Wettbewerbsparameter beschränkt werde, wie hier durch eine gemeinsam verwendete Preisgestaltungsbestimmung.

Es sei zwar zutreffend, dass letztlich der Händler den Endverkaufspreis für ein Gut festlegen könne. Indessen schliesse die NDR-Klausel eine Differenzierung dieses Preises nach Art des Zahlungsmittels aus. Die angefochtene Verfügung verlange vom Händler nicht vollständige Preistransparenz bezüglich seiner Produkte. Vielmehr gehe es darum, dem Händler die volle Preisfestsetzungsfreiheit in die Hand zu geben, unabhängig davon, ob er diese umsetzt. Ohne NDR-Klausel habe der Händler mehr Spielraum, um mit den Acquirern die Kommissionen auszuhandeln. Handle er tiefere Kommissionen aus, welche mit den durch die anderen Zahlungsmitteln verursachten Kosten vergleichbar seien, könne er auf eine Überwälzung der Kommissionen verzichten, ohne dass dies zu einer Ressourcenfehlallokation führen würde. Blieben hingegen die Kommissionen hoch, wäre er ermächtigt, die Kosten des Kreditkartengebrauchs auf den Kosten verursachenden Kunden zu überwälzen, ohne dass die übrige Kundschaft zur Quersubventionierung beigezogen werden müsste. Trotz einer solchen Überwälzung werde der Kunde die Kreditkarte einsetzen, sofern sie ihm Vorteile bringe (wie z.B. "kein Risiko des Bargeld-auf-sich-Tragens, Dispositionsfreiheit, kein Fremdwährungsbarumtausch, bessere Umwechslungskurse, Kreditfunktion etc."). Würden jedoch die Händler und die Karteninhaber die Vorteile für so gering halten, dass sie nicht mehr bereit wären, für die Kosten des Karteneinsatzes aufzukommen, wäre nicht einzusehen, weshalb andere Kunden zur Quersubventionierung hinzugezogen werden sollten. Insofern sei das Zahlungsmittel "Kreditkarte" erst dann ökonomisch effizient, wenn die durch ihren Gebrauch gegenüber anderen Zahlungsmitteln entstehenden Mehrkosten (inkl. Kommissionen) so niedrig seien, dass sie durch die Vorteile des Kreditkartengebrauchs aufgewogen werden. Freilich sei das Kreditkartensystem weder effizient, noch gesamtwirtschaftlich sinnvoll noch prokompetitiv, wenn es infolge hoher Kosten nur noch dank Quersubventionierung funktioniere. Die Befürchtungen der Beschwerdeführerin seien zu relativieren, nachdem in Grossbritannien, Schweden und den Niederlanden nach Aufhebung der NDR-Klausel keine Systemineffizienzen aufgetreten seien. Erhalte der Kunde keine Preistransparenz, dann seien die Händler nicht in der Lage, die Zugänge zu Kreditkartenzahlungssystemen untereinander zu substituieren, sondern sie müssten ihren Kunden möglichst viele Zugänge offerieren. Zu einem "*must in stock*" gehöre der Zugang zur Eurocard/Mastercard, zur VISA-Card sowie zur AMEX-Card, was sich aus dem Marktanteil der vier betroffenen Acquirer von insgesamt 98 Pro-

zent ergebe. Bei einem Wegfall der NDR-Klausel würden sich die Anbieter von Kreditkartenzahlungsverkehrssystemen nicht nur mit Forderungen der Kartenbezüger nach besseren Konditionen (Jahresgebühren, Zinssätze für Kreditfunktion, Umrechnungskurse etc.), sondern auch der Händler konfrontiert sehen. Diese könnten auf dem Markt für Kreditkarten-Zahlungsverkehrssysteme die für sich und ihre Kunden effizienteste Lösung anbieten, was die NDR-Klausel bisher verhindert habe. Die hohe Konzentration im Acquiringgeschäft auf wenige und gewichtige Anbieter sowie die zwischen ihnen bestehenden Produkte- und Interessensymmetrien führten zu überhöhten Preisen. Dies bestätigten indirekt auch die Parteien mit ihren Klagen, wonach seit Beginn 2003 die Kommissionen teilweise erheblich erodierten.

Entgegen der Beschwerdeführerin ziele das vorliegende Verfahren nicht darauf ab, den Kunden vor Übervorteilung durch überhöhte Zuschläge zu schützen. Vielmehr gehe es um den Schutz der Händler in ihrer Preisfestsetzungsfreiheit. Entscheide sich ein Händler für das *surcharging*, setze er sich nicht nur betreffend seine Güter, sondern auch betreffend den Zugang zu Kreditkarten-Zahlungssystemen dem Wettbewerb mit anderen Händlern aus.

Zu den Verfahrenskosten merkt die Vorinstanz schliesslich an, die wirtschaftliche Bedeutung ergebe sich aus der gesamten volkswirtschaftlichen Bedeutung des Marktes und zum andern aus der Auswirkung eines kartellrechtlich relevanten Verhaltens auf den Wettbewerb. Auch die von der Beschwerdeführerin vorgeschlagene Aufteilung der Höhe der Verfahrenskosten nach Massgabe der Marktanteile wäre willkürlich, da die Beschwerdeführerin als "kleinere" Partei im Wesentlichen weder "grössere" noch "kleinere" Kosten als die "grossen" Parteien verursacht habe. Schliesslich sei angesichts der kollektiven Marktbeherrschung auch eine Solidarhaftung zulässig.

H. Mit Eingabe vom 22. April 2005 informierte die Beschwerdeführerin die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen über die neuste Entwicklung im Rahmen der parallel hängigen Untersuchung 22-0264 (betr. Kreditkarten - *Domestic Interchange Fee* zwischen Kreditkartenherausgebern und Acquirern, vgl. BBl I 2004 63).

Mit Schreiben vom 27. Mai 2005 wurde der Beschwerdeführerin mitgeteilt, dass in dieser Angelegenheit keine öffentliche Verhandlung durchgeführt werde.

Auf die vorstehend genannten und weiteren Vorbringen wird, soweit sie rechtserheblich sind, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

#### ***Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zieht in Erwägung:***

1. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat von Amtes wegen und mit freier Kognition zu prüfen, ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und auf eine Verwaltungsbeschwerde einzutreten ist (REKO/WEF FB/2003-15 E. 1, publiziert in: RPW 2004/2, S. 625, mit weiteren Hinweisen).

1.1. Der Entscheid der Wettbewerbskommission vom 18. November 2002 stellt eine Verfügung im Sinne des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren dar (VwVG, SR 172.021; Art. 5 Abs. 1). Diese kann nach Artikel 44 des Kartellgesetzes (zitiert in E. 2) sowie im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege (Art. 44 ff. und Art. 71a VwVG i.V.m. Art. 20 ff. der Verordnung vom 3.2.1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen, VRSK, SR 173.31) mit Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen angefochten werden.

1.2. Die Beschwerdeführerin ist durch die angefochtene Verfügung berührt und hat ein als schutzwürdig anzuerkennendes Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. Sie ist daher zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Bst. a VwVG). Ihr Vertreter hat sich rechtsgenügend durch Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG). Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG).

1.3. Auf die Beschwerde ist somit einzutreten, soweit darin die Aufhebung der angefochtenen Verfügung verlangt wird.

1.4. Darüber hinaus beantragt die Beschwerdeführerin, die Wettbewerbskommission sei anzuweisen, die (der angefochtenen Verfügung zugrunde liegende) Untersuchung "vorbehaltlos einzustellen".

Nach feststehender Rechtsprechung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen stellt die Eröffnung einer Untersuchung keine mit Verwaltungsbeschwerde anfechtbare Verfügung dar (REKO/WEF FB/2003-18 E. 1.6, publiziert in: RPW 2004/3, S. 859; REKO/WEF FB/2003-15 E. 1.2.4, a.a.O.; REKO/WEF 98/FB-001 E. 1.4, publiziert in: RPW 1998/5, S. 875; REKO/WEF 96/FB-001 E. 1.5, publiziert in: RPW 1997/2, S. 243; zustimmend: PAUL RICHLI, Kartellverwaltungsverfahren, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [SIWR] V/2, Basel/Genf/München 2000, S. 428; vgl. auch die Literaturhinweise in BGE 130 II 521 E. 2.7.3; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, S. 512, Rz. 1079 f.). Abgesehen davon, ist mit Erlass der angefochtenen Verfügung die Untersuchung als abgeschlossen zu betrachten, weshalb auch deshalb der Antrag auf Einstellung der Untersuchung wenig Sinn macht.

Somit ist mangels eines Anfechtungsobjektes auf die Beschwerde insoweit nicht einzutreten, als die Einstellung der Untersuchung verlangt wird.

2. Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251) bezweckt, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG). Es gilt für Unternehmen des privaten und

öffentlichen Rechts, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform, die Kartell- oder andere Wettbewerbsabreden treffen, Marktmacht ausüben oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen, und ist auf Sachverhalte anwendbar, die sich in der Schweiz auswirken (vgl. Art. 2 KG).

Das Kartellgesetz behält Vorschriften vor, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere Vorschriften, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen, oder die einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (vgl. Art. 3 Abs. 1 KG).

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

Marktbeherrschende Unternehmen verhalten sich unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG). Als solche Verhaltensweisen fallen gemäss Artikel 7 Absatz 2 KG insbesondere in Betracht:

- a. die Verweigerung von Geschäftsbeziehungen (z.B. die Liefer- oder Bezugssperre);
- b. die Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
- c. die Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen;
- d. die gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;
- e. die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung;
- f. die an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen.

Das Sekretariat bereitet die Geschäfte der Wettbewerbskommission vor, führt die Untersuchungen durch und erlässt zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums die notwendigen verfahrensleitenden Verfügungen. Es verkehrt mit Beteiligten, Dritten und Behörden direkt (Art. 23 Abs. 1 KG). Das Sekretariat kann Vorabklärungen von Amtes wegen, auf Begehren von Beteiligten oder auf Anzeige von Dritten hin durchführen (Art. 26 Abs. 1 KG). Bestehen Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung, so eröffnet das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung (Art. 27 Abs. 1 KG).

Die Wettbewerbskommission trifft die Entscheide und erlässt Verfügungen, die nicht ausdrücklich einer anderen Behörde vorbehalten sind (Art. 18 Abs. 3 KG). Sie entscheidet auf Antrag des Sekretariates mit Ver-

fügung über die zu treffenden Massnahmen oder die Genehmigung einer einvernehmlichen Regelung (Art. 30 Abs. 1 KG).

Die Wettbewerbsbehörden wahren das Amts- und Geschäftsgeheimnis (vgl. Art. 25 KG).

Nach dem am 1. April 2004 in Kraft getretenen Artikel 49a KG (AS 2004 1387 f.) können Unternehmen bei gewissen unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen direkt mit Sanktionen belastet werden, wobei Absatz 1 vorsieht:

"Ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Artikel 5 Absätze 3 und 4 beteiligt ist oder sich nach Artikel 7 unzulässig verhält, wird mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Artikel 9 Absatz 3 ist sinngemäss anwendbar. 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."

Nach der Verordnung des Bundesrates vom 17. Juni 1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU, SR 251.4) umfasst der sachliche Markt alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU). 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).

3. Der Antrag der UBS Card Center AG vom 12. Februar 2003, alle gegen die angefochtene Verfügung hängigen Verfahren (FB/2003-1, FB/2003-2, FB/2003-3 und FB/2003-4) zu vereinigen, wird von der Beschwerdeführerin, von der Cornè Banca SA und von der Wettbewerbskommission unterstützt. Einzig die Swisscard AECS AG wehrt sich dagegen und fordert eine gesonderte Weiterführung der einzelnen Verfahren, da sie nicht - wie anlässlich der Untersuchung geschehen - "systematisch über den gleichen Kamm geschoren" werden möchte, da angeblich fundamentale Unterschiede in der Marktstellung der Acquirer bestünden.

Dem ist entgegenzuhalten, dass alle hängigen Beschwerden dasselbe Anfechtungsobjekt und insofern den gleichen Streitgegenstand betreffen, als die von allen Verfügungsadressatinnen bisher verwendete NDR-Klausel verboten werden soll. Deswegen erschie- ne es wegen des engen Sachzusammenhangs der sich stellenden Rechtsfragen sowie aus Gründen der Prozessökonomie denkbar, die Beschwerdeverfahren FB/2003-1 bis -4 zu vereinigen und in einem Entscheid darüber zu befinden, zumal die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen den vier Beschwerdeführerinnen in allen Verfahren die Ausübung von Parteirechten ermöglicht hat. Daher wird auch im vorliegenden Verfahren - soweit notwendig - auf Eingaben der Parteien aus den Beschwerdeverfahren FB/2003-1 bis -3 verwiesen werden.

Indessen könnte angesichts der Komplexität der Streitsache, der teilweise stark divergierenden Parteistandpunkte (zu rechtlichen und sachverhaltlichen Fragen) sowie der unterschiedlichen Fakten, welche jeweils zu berücksichtigen sind, eine Vereinigung der Verfahren sowie deren Behandlung in *einem* Beschwerdeentscheid dessen Lesbarkeit (bzw. Verständlichkeit) in kaum zumutbarer Weise beeinträchtigen. Da alle Beschwerdeführerinnen im vorliegenden Verfahren Akteneinsicht erhalten haben und der zu treffende Entscheid auch ihnen, soweit keine Geschäftsgeheimnisse betroffen sind, vollständig zu eröffnen sein wird, ist auf eine *formelle* Vereinigung der vier Verfahren zu verzichten.

4. Das Kartellgesetz findet nur dann Anwendung auf Unternehmen im Sinn von Artikel 2 Absatz 1 und Absatz 1<sup>bis</sup> KG, wenn keine Rechtsvorschriften entgegenstehen, die Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen nicht zulassen (vgl. Art. 3 Abs. 1 KG). Als solche gelten nach diesem Artikel:

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

4.1. Die Beschwerdeführerin bestreitet zu Recht nicht, ein Unternehmen im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 und Absatz 1<sup>bis</sup> KG zu sein. Sie macht jedoch geltend, es sei im Sinne einer dem KG vorbehaltenen Vorschrift zu berücksichtigen, dass die Wettbewerbskommission in einer Auflage zum Entscheid vom 20. April 1998 (betr. Fusion UBS/SBV) die Marktstruktur vorgegeben habe. Insofern sei es systemwidrig, ihre Muttergesellschaft, die Telekurs Holding AG, als ein Gemeinschaftswerk der Schweizer Banken zu zementieren und diesen gleichzeitig vorzuwerfen, ihr Gemeinschaftswerk führe zu kartellrechtlich bedenklicher Markttransparenz.

Sinngemäss ruft die Beschwerdeführerin vorbehaltene Vorschriften an, worauf näher einzugehen ist.

4.2. Artikel 3 KG regelt das Verhältnis zu anderen Rechtsvorschriften, das heisst die Frage, inwieweit das KG auf Wirtschaftsbereiche anwendbar ist, in denen öffentlich-rechtliche Vorschriften die Wettbewerbsfreiheit teilweise oder ganz aufheben, weil der Gesetzgeber im betreffenden Bereich von einem *Marktversagen* ausgeht (vgl. dazu eingehend: REKO/WEF FB/2003-18 E. 3.2, a.a.O.).

Eine staatliche Markt- oder Preisordnung gemäss Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a KG liegt vor, wenn die massgeblichen ökonomischen Wettbewerbsparameter wie Produktion, Verteilung und Preisgestaltung in entscheidender Weise durch öffentliches Recht festgelegt werden (z.B. mittels Produktions- oder Handelskontingentierung; vgl. dazu: ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, a.a.O., S. 131 ff., Rz. 277 ff., mit Verweisen; REKO/WEF FB/2003-18 E. 3.2, a.a.O., mit Hinweisen).

Daneben können die Wirtschaftsverfassungen des Bundes oder der Kantone zur Verwirklichung von

Gemeinwohlzielen auch weniger weit reichende Mittel einsetzen, indem sie Unternehmen des öffentlichen oder privaten Rechts mit besonderen Rechten ausstatten (vgl. Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG; REKO/WEF FB/2003-18 E. 3.2, a.a.O.).

4.3. Zu prüfen ist im Rahmen von Artikel 3 KG einzig, ob der Gesetzgeber im hier zur Diskussion stehenden Bereich des (nachfolgend näher zu beleuchtenden) "Kreditkarten-Acquiringmarktes" von einem *Marktversagen* ausgegangen ist und deshalb mit entsprechenden Vorschriften Wettbewerb ausschalten wollte (vgl. REKO/WEF FB/2003-18 E. 3.2, a.a.O., mit Hinweisen).

Wie die Vorinstanz zutreffend festhält, lässt sich die Auflage der Vorinstanz im Fusionsentscheid UBS/SBV (mit der Verpflichtung der UBS AG zur weiteren Beteiligung an den Gemeinschaftswerken) nicht als eine dem KG vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Artikel 3 KG auffassen, zumal sie als konkrete Anordnung weder eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründet noch die UBS AG oder gar die Beschwerdeführerin zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstattet. Abgesehen davon bestehen hier weder öffentlich-rechtliche Normen, die den Markt im Sinne einer staatlichen Markt- oder Preisordnung wettbewerbsausschliessend regulieren (Art. 3 Abs. 1 Bst. a KG), noch solche, welche die Beschwerdeführerin zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Art. 3 Abs. 1 Bst. b KG) und die Wettbewerb im Bereich der Acquiringkommissionen nicht zulassen würden.

Somit stehen einer Anwendung des KG keine wettbewerbsausschliessenden Rechtsvorschriften entgegen.

5. Des Weiteren bemängelt die Beschwerdeführerin, das Dispositiv der angefochtenen Verfügung sei unklar, weil es nicht aufzeige, welche "komplexe Facette" der NDR-Klausel erfasst werde.

Diese Rüge ist unbegründet. Die NDR-Klausel, welche auch in den Acquiringverträgen der Beschwerdeführerin statuiert wird, verbietet den "Händlern", bei Barzahlung Rabatte zu gewähren oder beim Kreditkartengebrauch einen Zuschlag zum angeschriebenen Preis zu verlangen (sog. *surcharging*). Wie die Vorinstanz zu Recht festhält, verbietet das fragliche Dispositiv allen Verfügungsadressatinnen unmissverständlich, diese Klausel gegenüber "Händlern" weiterzuverwenden, wobei neben eigentlichen Händlern von Sachgütern selbstverständlich auch Dienstleistungserbringer gemeint sind. In diesem weiten Sinne wird auch in den nachfolgenden Erwägungen der Ausdruck "Händler" verwendet.

6. In der angefochtenen Verfügung wird im Rahmen von Artikel 7 KG *erstmalig* das Vorhandensein einer *kollektiven Marktbeherrschung* der Beschwerdeführerin, der Swisscard AECS AG, der UBS Card Center AG sowie der Cornèr Banca SA bejaht und mit dem Vorwurf verbunden, diese Unternehmen würden die angeblich nicht legitimierbare NDR-Klausel als Preisgestaltungsbestimmung missbräuchlich parallel verwenden (bzw. hätten diese missbräuchlich parallel ver-

wendet). Daher dreht sich der hier zu beurteilende Streit im Wesentlichen um die Frage, ob die Beschwerdeführerin zusammen mit den erwähnten Acquirern auf dem postulierten inländischen "**Markt für den Zugang zum Kreditkartenzahlungsverkehr**" über eine **kollektiv marktbeherrschende** Stellung verfügt und deshalb die NDR-Klausel allen Händlern, welche an das Eurocard/Mastercard- oder VISA-Card-System angeschlossen werden wollen, **missbräuchlich** aufzwingen kann (vgl. Art. 4 Abs. 2 KG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 und 2 Bst. c KG).

Strittig ist insbesondere, ob die Händler, die nach Ansicht der Vorinstanz ihren Kunden möglichst alle Kreditkartenmarken (sog. "**must in stock-Marken**") offerieren müssen, durch die NDR-Klausel in ihrer "Preisfestsetzungsfreiheit" kartellgesetzwidrig eingeschränkt werden, indem ihnen untersagt ist, ihre Güterpreise nach den ihnen durch den Gebrauch einer bestimmten Kreditkarte entstehenden Kosten zu differenzieren. Nach Meinung der Vorinstanz schwächt die NDR-Klausel die Verhandlungsmacht der Händler gegenüber den (kollektiv marktbeherrschenden) Acquirern in unzulässiger Weise, da jene die Kommissionen weder offen legen noch auf die Kunden überwälzen dürften, was hinsichtlich der Höhe der Kommissionen den Wettbewerb unter den einzelnen Acquirern gleicher Kreditkartensysteme (**Intrabrand-Wettbewerb**) wie auch den "Kommissionen-Wettbewerb" unter den einzelnen Kreditkartensystemen (**Interbrand-Wettbewerb**) ausschalte.

Insofern wirft die Vorinstanz den ins Recht gefassten Acquirern im Ergebnis zweierlei vor: einerseits dank ihrer angeblichen (kollektiven) Marktbeherrschung wettbewerbswidrig überhöhte transaktionsabhängige Kommissionen durchsetzen zu können, um sich damit in ungerechtfertigtem Ausmass am Geschäftsergebnis der Händler zu beteiligen und andererseits den Kunden die Preistransparenz vorzuenthalten, welche diesen erst die Wahl des kostengünstigsten Zahlungsmittels ermöglichen würde. Deshalb befürchtet die Vorinstanz, dass die NDR-Klausel aus volkswirtschaftlicher Sicht zu einer exzessiven Nutzung von Kreditkarten und damit zu einer "suboptimalen Ressourcenallokation" führe, sofern die "Kreditkartensystemkosten" höher als die Kosten anderer Zahlungssysteme seien. Nach Ansicht der Vorinstanz würden diesfalls die volkswirtschaftlichen Kosten entweder vom Händler (in Form einer Reduktion der eigenen Gewinnmarge zu Gunsten der Acquirer) getragen oder von der gesamten Kundschaft (infolge einer Quersubventionierung durch eine Überwälzung auf die Verkaufspreise), was insbesondere Barzahler diskriminieren würde. Deshalb ist die Vorinstanz überzeugt, dass Händler, welche - nach Wegfall der NDR-Klausel - ihre Güterpreise frei festsetzen dürften, angesichts der dadurch entstehenden "Kostentransparenz" den Wettbewerb unter den bestehenden Kreditkartensystemen verstärken könnten, unabhängig davon, ob sie die wiedergewonnene "Preisfestsetzungsfreiheit" auch umsetzen. Nach Einschätzung der Vorinstanz sei bei erlaubter Überwälzung der Kommissionen (auf die Güterpreise) zu erwarten, dass die Anreize, von den Acquirern **Kommissionssenkungen** zu verlangen, nicht

geringer werden dürften, da die Händler wüssten, dass ein **surcharging** die Kunden "tendenziell verärgere oder abschrecke", was im Wettbewerb mit andern Händlern negativ zu Buche schlagen könnte.

Ob allerdings der Hauptvorwurf der Vorinstanz zutrifft, wonach die NDR-Klausel die Händler im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c KG wettbewerbswidrig benachteiligt, hängt entscheidend davon ab, ob den Acquirern im relevanten Markt eine (gegebenenfalls kollektiv) marktbeherrschende Stellung zukommt (vgl. Art. 7 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 2 KG). Nur soweit die vorinstanzliche Marktabgrenzung oder allenfalls eine engere (mit einem allenfalls damit verbundenen hohen Marktbeherrschungsgrad) zuträfe, könnte hier überhaupt ein kartellgesetzlich relevantes und damit verbotswürdiges Verhalten vorliegen, dessen Unzulässigkeit ausserdem noch vom Fehlen überzeugender Rechtfertigungsgründe abhängen würde.

6.1. Die Beschwerdeführerin wendet vorweg gegen die vorinstanzliche Marktumschreibung (und die ihr unterstellte kollektive Marktbeherrschung) ein, der zu beurteilende Sachverhalt habe bereits vor Erlass der angefochtenen Verfügung vom 18. November 2002 anders ausgesehen, als die Wettbewerbskommission annehme, und sich jedenfalls seit diesem Zeitpunkt durch eine Zunahme des **cross border acquiring** grundlegend verändert. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin vermöchten die **cross border acquirer** angesichts ihres rasant ansteigenden Marktanteils die inländischen Acquirer zu disziplinieren und die Kommissionssätze einem Erosionsprozess auszusetzen, was wirksamen Wettbewerb belege.

Zu den geltend gemachten Umwälzungen auf dem Markt für das Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft hält die Wettbewerbskommission in ihrer Duplik fest, die im Beschwerdeverfahren vorgebrachten, erst nach Erlass der angefochtenen Verfügung eingetretenen Sachverhaltsänderungen (wie z.B. der Verkauf des VISA-Akzeptanzgeschäfts durch die UBS Card Center AG sowie deren Marktaustritt, das wettbewerbsintensivierende Angebot des **dual brand acquiring** durch die Beschwerdeführerin sowie die zunehmende Bedeutung des **cross border acquiring**) dürften angesichts der Konzeption des KG nicht berücksichtigt werden. Für die Prüfung der angefochtenen Verfügung sei **einzig** der bis spätestens am 18. November 2002 eingetretene Sachverhalt massgebend, welcher den damaligen Stand der Tatsachenfeststellungen dokumentiere. Hingegen wären die später eingetretenen Veränderungen erst in einem "allfälligen separaten Sanktionsverfahren" zu prüfen. Daher hat die Vorinstanz in ihrer Duplik davon abgesehen, auf die inzwischen eingetretenen Marktentwicklungen näher einzugehen und deren Auswirkungen zu erörtern.

Ihre Haltung begründet die Wettbewerbskommission mit der Befürchtung, dass andernfalls die von der Untersuchung betroffenen Parteien - in einem ersten Schritt - durch entsprechende nachträgliche Verhaltensänderungen gegen sie gerichtete Verfügungen hinfällig machen könnten, wobei sie danach sogleich (d.h. nach Aufhebung belastender Verfügungen im Beschwerdeverfahren) die unzulässigen Verhaltens-

weisen wieder aufnehmen könnten. Unter Berufung auf STEFAN BILGER (Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Freiburg 2002, S. 402) macht die Vorinstanz geltend, "die Beschwerdeführerinnen" würden durch ein solches Verhalten "einer rechtskräftigen Verfügung und somit auch einer Sanktionierung durch die Wettbewerbsbehörde (...) auf alle Ewigkeit erfolgreich entgegen". Gestützt auf STEFAN BILGER (a.a.O., S. 402) erachtet die Vorinstanz die Berücksichtigung neuer Tatsachen als unzulässig, weil dies die kartellgesetzliche Konzeption der Feststellung und Ahndung von Wettbewerbsbeschränkungen aus den Angeln heben würde. Daher sei "das Problem der Veränderung des Sachverhalts im Zeitraum nach der Verfügung der Vorinstanz (...) von einem andern Ansatz her zu lösen":

6.1.1. Gemäss FRITZ GYGI (Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1983, S. 259) sei es nach materiellem Recht unter Umständen nicht angezeigt, nachträgliche Sachverhaltsänderungen zu berücksichtigen. Auch das Bundesgericht beurteile in gewissen Bereichen die Gesetzmässigkeit angefochtener Verfügungen nach dem Sachverhalt, der zurzeit des Verfügungserlasses gegeben gewesen sei. Das öffentliche Interesse des Wettbewerbsschutzes erfordere für "indirekt sanktionierbare Tatbestände - das heisst nach dem bisherigen KG für sämtliche unzulässigen Verhaltensweisen nach Artikel 5 und 7 KG, sowie nach revidiertem KG zumindest für Verhaltensweisen nach Artikel 5 Absatz 1 KG -, dass ein zu einem bestimmten Zeitpunkt festgestellter Wettbewerbsverstoss zwar nicht sogleich sanktioniert, aber doch für die Zukunft verboten" werde. Bei diesen nur indirekt sanktionierbaren Tatbeständen, wozu auch das unzulässige Verhalten im vorliegenden Verfahren zähle, gebiete das KG, dass die Wettbewerbsbehörde ein bestimmtes Verhalten eines oder mehrerer Unternehmen untersuchen und in einem Entscheid die Unzulässigkeit dieses Verhaltens feststellen könne. Nach dem bisherigen wie auch nach dem revidierten KG sei als Rechtsfolge das widerrechtliche Verhalten mit Wirkung für die Zukunft zu verbieten unter Androhung einer Sanktion im Wiederholungsfall.

Nach Auffassung der Vorinstanz erfordere das materielle Recht, dass sie retrospektiv ein bestimmtes Verhalten prüfen und als Rechtsfolge "ein Verbot für die Zukunft kombiniert mit der Drohung einer Sanktionierung im Wiederholungsfall" aussprechen dürfe. Aus dieser Konzeption folge, dass eine Veränderung des Sachverhalts nach Erlass der Verfügung *nicht* im Rechtsmittelverfahren, sondern erst in einem allfälligen, späteren Sanktionsverfahren berücksichtigt werden dürfe. Aufgrund dieser im Verwaltungsverfahren singulären gesetzlichen Konzeption des Kartellverwaltungsverfahrens als "zweistufiges" Verfahren sei es im Sinne von FRITZ GYGI (a.a.O., S. 259) nach materiellem Recht nicht angezeigt, nachträgliche Sachverhaltsänderungen zu berücksichtigen. Eine andere Sichtweise würde zum paradoxen Ergebnis führen, "dass durch eine nachträgliche Verhaltensänderung der betroffenen Unternehmung in einem anschliessenden

Rechtsmittelverfahren die festgestellte Unzulässigkeit eines bestimmten Verhaltens gegenstandslos würde".

6.1.2. Zusammenfassend erklärt die Vorinstanz, die von allen Beschwerdeführerinnen geltend gemachten Veränderungen der Marktsituation stellten gar keine für die Beurteilung der Verbotsvorkehrung massgebenden "Noven" dar, sondern seien Umstände, welche erst in einem allfälligen, zukünftigen Sanktionsverfahren berücksichtigt werden dürften.

Aus diesem Grunde verzichtete die Vorinstanz auf eine Wiedererwägung der angefochtenen Verfügung, welche auch *nach* Einreichung der Vernehmlassung (bzw. der Duplik vom 19.4.2004) praxismässig zulässig gewesen wäre (vgl. dazu: GYGI, a.a.O., S. 189, Ziff. 2.4; Beschwerdeentscheid der Rekurskommission EVD vom 21.5.1999 i.S. R. AG [98/6D-004 E. 4], publiziert im Internet unter: [www.reko.admin.ch](http://www.reko.admin.ch); Abschreibungsverfügung der REKO/EVD vom 7.6.2002 i.S. P. [01/7B-010]).

6.2. Wie nachfolgend zu zeigen ist, kann dieser Auffassung zur Überprüfungs Zuständigkeit der Rekurskommission in Verwaltungsbeschwerdeverfahren nicht gefolgt werden (vgl. REKO/WEF 98/FB-003 E. 3.1 i. S. *Clima Suisse*, publiziert in: RPW 1999/3, S. 503, und REKO/WEF 99/FB-012 E. 3.2.4 i. S. *SMA*, publiziert in: RPW 2000/3, S. 461; REKO/EVD 95/4K-037 E. 3.2.3, publiziert in: VPB 61.31).

6.2.1. Vorab ist der Wettbewerbskommission nicht zuzustimmen, wenn sie erklärt, das gerügte angeblich unzulässige Verhalten der Beschwerdeführerin sei zu den neurechtlich nur *indirekt* sanktionierbaren Tatbeständen zu zählen. Gestützt auf das revidierte KG (vgl. das BG vom 20.6.2003, AS 2004 1385, 1390; BBI 2002 2022 5506) trafe dies nur bei einem Sachverhalt zu, der unter den Tatbestand von Artikel 5 Absatz 1 KG fallen würde. Hier aber steht nach der rechtlichen Beurteilung der Vorinstanz ein angeblich missbräuchliches Verhalten der angeblich kollektiv marktbeherrschenden Beschwerdeführerin im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c KG zur Diskussion (vgl. Dispositiv-Ziff. 2, sowie die Ziff. 254 ff. der angefochtenen Verfügung).

Dies bedeutet jedenfalls, dass inskünftig ein ähnliches Verhalten, sofern es wettbewerbsrechtlich unzulässig sein sollte, grundsätzlich *direkt* sanktioniert werden dürfte (vgl. Art. 49a Abs. 1 und 3 KG), weshalb allein schon aus diesem Grunde die vorinstanzlichen Befürchtungen fehl am Platz sind.

6.2.2. Ferner kann die als Beleg erwähnte Aussage von GYGI (a.a.O., S. 259, Ziff. 4, mit Verweis auf BGE 107 Ib 16 f. E. 2), wonach aufgrund des materiellen Rechts die Berücksichtigung nachträglicher Sachverhaltsänderungen entfallen könne, hier nicht im Sinne der Vorinstanz gedeutet werden. Denn die in BGE 107 Ib 12 (E. 2, S. 16 f.) angesprochene Rechtslage lässt sich mit der Vorliegenden nicht vergleichen:

In diesem höchstrichterlichen Entscheid wurde erkannt, dass nach dem damals in Kraft stehenden Artikel 20 BewB (AS 1961 203, 1965 1239, 1970 1199, 1974 83, 1977 1689 Ziff. II, 1982 1914) nichtige Grund-

stückserwerbsgeschäfte (durch Personen im Ausland) - trotz nachträglicher Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse - (bei Bösgläubigkeit des Erwerbers) nicht heilbar sind (E. 2). Im Unterschied zu zivilrechtlichen Ansprüchen nach Artikel 12 Absatz 1 KG, wo die Frage der Rechtswirkungen der Unzulässigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen (Nichtigkeit *ex tunc*) von Bedeutung ist (vgl. dazu eingehend: ZACH, Schweizerisches Kartellrecht, a.a.O., S. 413 ff., Rz. 854 ff.), ist das vorliegende *verwaltungsrechtliche* Verfahren darauf ausgerichtet, bei einer bestehenden unzulässigen Wettbewerbsbehinderung den wirksamen Wettbewerb - *ex nunc et pro futuro* - wiederherzustellen.

Sollte also im vorliegenden Fall tatsächlich eine unzulässige Wettbewerbsbehinderung vorliegen, könnten (und müssten) die zu treffenden Massnahmen einzig darauf gerichtet sein, den (angeblich) fehlenden "Kommissionenwettbewerb" zwischen Acquirern und Händlern *für die Zukunft* wiederherzustellen (vgl. zum Streitgegenstand: die nachfolgende Erw. 6.2.6).

Daher ist hier einzig zu entscheiden, ob die angefochtene Verfügung, welche die Beschwerdeführerin wie auch die übrigen Verfügungsadressatinnen belastet und aus Sicht der Wettbewerbskommission den angeblich durch die NDR-Klausel behinderten Wettbewerb zwischen Händlern und Acquirern wiederherstellen soll, angesichts der analysierten Wettbewerbslage *ex nunc et pro futuro* Bestand hat. Insofern passt BGE 107 Ib 12 ff. eher in den Kontext der auf zivilprozessualen Weg einzuklagenden zivilrechtlichen Ansprüche (Art. 12 f. KG), wobei das Zivilgericht zur Durchsetzung der Ansprüche nach Artikel 12 Absatz 1 KG in der Vergangenheit liegende (bzw. in die Vergangenheit zurückreichende) Wettbewerbsbeschränkungen auf ihre Zulässigkeit hin beurteilen muss (überzeugend: ZACH, Schweizerisches Kartellrecht, a.a.O., S. 415 ff., Rz. 859 f.).

Im Kartellverwaltungsverfahren hingegen ist der vorab dem öffentlichen Interesse dienende Schutz des "wirksamen Wettbewerbs" zukunftsgerichtet, soweit dieser durch geeignete Massnahmen wiederhergestellt werden soll (vgl. auch: CHRISTOPH LANG, Untersuchungsmaßnahmen der Wettbewerbskommission im Spannungsverhältnis zwischen Wahrheitsfindung und Verteidigungsrechten eines Angeschuldigten, in: Jusletter vom 27.9.2004 [insbes. Rz. 7]).

6.2.3. Grundsätzlich ist das KG auch für die Ausgestaltung des Kartellverwaltungsverfahrensrechts massgeblich. Indessen fällt auf, dass das KG keinerlei Normen enthält, welche die für das Beschwerdeverfahren vor der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen massgeblichen Kognitionsvorschriften (insbes. Art. 49 Bst. b VwVG) einschränken. Nicht zu folgen ist deshalb der Auffassung von PETER HETTICH (Wirksamer Wettbewerb, Bern/Stuttgart/Wien 2003, S. 97, FN 303), wonach die Anwendbarkeit des "Novenrechts" von der Verweismassnorm des Artikels 39 KG abhängt. Dieser Artikel betrifft einzig erstinstanzliche verwaltungsrechtliche Kartellverfahren (vgl. JÜRGEN BORER, Kommentar KG, Zürich 1998, S. 405, Rz. 1 ff.). Das Beschwerdeverfahren vor der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen wird nach Artikel 77 VwVG durch die

Artikel 45 - 70 VwVG geregelt und hat - neben der Sicherstellung der Verfahrensfairness und der Wahrung der formellen Rechte aller Verfahrensparteien - die wirksame Durchsetzung des materiellen Rechts sicherzustellen.

Wie die Vorinstanz - trotz erheblicher Bedenken - zu Recht eingesteht, muss die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen gestützt auf die verbindliche verfahrensgesetzliche Regelung in Übereinstimmung mit Lehre und Praxis ihren Entscheid grundsätzlich auf die Sachlage im Entscheidzeitpunkt abstellen (REKO/WEF 98/FB-003, a.a.O., sowie REKO/WEF 99/FB-012, a.a.O.; REKO/EVD 95/4K-037 E. 3.2.3, a.a.O.; gl. M.: PAUL RICHLI, a.a.O., S. 512, mit Verweis auf ANDRÉ MOSER/PETER UEBERSAX, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel und Frankfurt a. M. 1998, S. 74).

6.2.4. An diesem Ergebnis vermag auch der Hinweis der Wettbewerbskommission auf BGE 104 V 61 ff. nichts zu ändern. Dieses Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vermag keine Begründung dafür zu liefern, dass die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (als *erstinstanzliches*, mit grundsätzlich *voller* Kognition ausgestattetes Gericht) "echte tatsächliche Nova" nicht berücksichtigen dürfte. Im Gegenteil: das EVG gesteht dem "erstinstanzlichen Richter" unter Umständen aus prozessökonomischen Gründen (nach Gewährung des rechtlichen Gehörs) das Recht ein, seinem Entscheid den neuen Sachverhalt zugrunde zu legen (vgl. BGE 104 V 61 E. 1b). Das EVG - als *letztinstanzliches* Sozialversicherungsgericht - berücksichtigt nur deshalb neue Tatsachen nicht, weil es nach OG (SR 173.110) an den von der richterlichen Vorinstanz festgestellten Sachverhalt grundsätzlich gebunden ist (vgl. Art. 132 i.V.m. Art. 104 Bst. a u. b bzw. Art. 105 Abs. 2 OG). Dessen ungeachtet räumt es sich das Recht ein, auch neue Tatsachen zu berücksichtigen, wenn diese offensichtlich klar bewiesen sind (BGE 104 V 61 E. 1b).

6.2.5. Die Auffassung der Wettbewerbskommission, wonach veränderten (wesentlichen) Sachverhalts Umständen erst in einem Sanktionsverfahren Rechnung zu tragen sei, ist prozessökonomisch wenig sinnvoll. Es sind keine überzeugenden Gründe ersichtlich, dass sich die Wettbewerbskommission erst in einem zweiten, vom Untersuchungsverfahren entkoppelten Verfahren mit der Frage der Tragweite von tatsächlichen Nova befassen sollte. Vielmehr erscheint es nahe liegend, dass die Frage der Zweckmässigkeit eines erst für die Zukunft wirkenden Verbotes bereits im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens (bzw. im Falle einer Rückweisung im Rahmen der allenfalls fortzusetzenden Untersuchung) abgeklärt wird.

Wie die Vorinstanz selbst einräumt, setzt die allfällige Sanktionierung eines Unternehmens zwingend voraus, dass (1.) ein Verstoß gegen die Verfügung (durch fortgesetztes, missbräuchliches Verwenden der NDR-Klausel) vorliegt und dass (2.) insbesondere (kollektive) Marktbeherrschung fortbesteht. Soweit aber wesentliche Sachverhaltsänderungen bereits im Untersuchungsverfahren (bzw. im nachfolgenden Beschwerdeverfahren) einer Sanktionierung (nach Art. 50 KG)



des (zu einem vorgängigen Zeitpunkt) als wettbewerbswidrig eingestuften Verhaltens entgegenstehen könnten, ist es prozessökonomisch zweckmässiger, den tatsächlichen Nova - wie hier - bereits im Beschwerdeverfahren Rechnung zu tragen, zumal - entgegen der Ansicht der Vorinstanz - "Feststellungsverfügungen" (vgl. die Ziff. 1 und 2 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung) weder vollstreckt noch mit Sanktionen für den Wiederhandlungsfall gesichert werden können (vgl. dazu: Erw. 6.2.6, mit Hinweisen).

Hinzu kommt folgende Überlegung. Soweit absehbar ist, dass ein für die Zukunft ausgesprochenes Verbot (eines bestimmten Verhaltens - hier die Weiterverwendung der NDR-Klauseln in Akzeptanzverträgen) mit der "Drohung einer Sanktionierung im Wiederholungsfall" wegen wesentlichen Sachverhaltsänderungen gar nie greifen können (weil der befürchtete "Wiederholungsfall" wegen der gewandelten Sachlage nicht mehr eintreten wird), ist nicht einzusehen, weshalb - mit Blick auf den Bestand der angefochtenen Verfügung - solche tatsächlichen Änderungen nicht bereits jetzt berücksichtigt werden dürften. Denn ein lediglich zukunftsgerichtetes Verhaltensverbot macht keinen Sinn mehr, wenn dessen Verletzung wegen der gewandelten Sachlage nicht mehr möglich ist.

Entgegen der Meinung der Vorinstanz wird das KG - jedenfalls von keiner explizit statuierten - gegenteiligen "materiellrechtlichen Konzeption" getragen, soweit damit die altrechtliche Rechtslage vor der jüngst erfolgten Revision gemeint ist. Dass nach damaligem Recht die **Sanktionierbarkeit** kartellgesetzwidriger Verhaltensweisen durch entsprechende nachträgliche Verhaltensänderungen während der Untersuchung oder eines folgenden Rechtsmittelverfahrens, welche in der Regel auch zur Gegenstandslosigkeit der kartellrechtlichen Untersuchung führten, prinzipiell in Frage gestellt werden konnte, war hinzunehmen (vgl. REKO/WEF 99/FB-012, a.a.O.). Dies war auch ein Grund für die jüngst erfolgte Revision der Sanktionsordnung, mit welcher dieser für unbefriedigend gehaltene Zustand korrigiert werden sollte (vgl. dazu: Botschaft des Bundesrates vom 7.11.2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002, S. 2022, insbes. S. 2028 und S. 2044; WALTER A. STOFFEL, Das revidierte Wettbewerbsgesetz: Grundzüge und Einführung des neuen Rechts - Die Tragweite des zweiten Paradigmawechsels innerhalb von zehn Jahren, in: WALTER A. STOFFEL/ROGER ZÄCH [Hrsg.], Kartellgesetzrevision 2003 - Neuerungen und Folgen Zürich 2004, S. 2 ff.; dazu kritisch: REKO/WEF FB/2004-9 E. 4, publiziert im Internet unter: [www.reko.admin.ch](http://www.reko.admin.ch), z.Zt. angefochten vor BGer: Verfahren 2A.287/2005).

Nach der jüngsten Revision des KG können neuerdings die in Artikel 49a Absatz 1 KG erwähnten unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen mit Erlass einer entsprechenden (d.h. für die Zukunft wirkenden) Verbotsverfügung "uno actu" **direkt** sanktioniert werden, weshalb in einem allenfalls nachfolgenden Rechtsmittelverfahren jedenfalls zur Frage der **Sanktion** einzig der Sachverhalt **bei Erlass** der angefochtenen Verfügung massgebend wäre. Soweit hinsichtlich

eines für die Zukunft wirkenden Verbotes im Rechtsmittelverfahren vor der Rekurskommission wesentliche Sachverhaltsänderungen geltend gemacht würden, wären diese - soweit es um das Verbot und die damit verbundenen Informationspflichten geht - auch weiterhin grundsätzlich zu berücksichtigen.

6.2.6. Keine anderen Schlüsse lässt schliesslich auch der Verweis der Wettbewerbskommission auf STEFAN BILGER zu, wonach "zwecks Wahrung des funktionellen Instanzenzuges" neu eingetretene Tatsachen, welche den Streitgegenstand völlig ersetzen oder durch einen selbstständigen, neuen Streitgegenstand ergänzen und auf diese Weise qualitativ verändern, nicht berücksichtigt werden dürften (a.a.O., S. 401, mit Hinweisen):

Auszugehen ist vom hier massgeblichen **Streitgegenstand**. Um diesen zu bestimmen, ist vom Dispositiv der angefochtenen Verfügung und den Begehren der Beschwerdeführerin auszugehen. Im Sinne der herrschenden Meinung beinhaltet der Streitgegenstand **das im Streit liegende Rechtsverhältnis** zwischen der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz (vgl. BGE 125 V 413 E. 2a; GYGI, a.a.O., S. 45; CHRISTOPH AUER, Streitgegenstand und Rügeprinzip im Spannungsfeld der verwaltungsrechtlichen Prozessmaximen, Bern 1997, S. 34 und 39 ff.):

Dieses (strittige) Rechtsverhältnis zeichnet sich im Wesentlichen durch das in der angefochtenen Verfügung ausgesprochene Verbot aus, wonach die Beschwerdeführerin keine Preisdifferenzierungsverbots-Klauseln mehr in ihren Kreditkarten-Annahmeverträgen führen darf (Dispositiv-Ziffer 3), wobei sie gleichzeitig verpflichtet wird, ihre Acquiringpartner über die Verbotsverfügung und die Wettbewerbskommission über die Umsetzung dieser Auflage zu informieren (Dispositiv-Ziff. 4 und 5). Auch die Auflage der Verfahrenskosten (Dispositiv-Ziff. 7) gehört zum strittigen Rechtsverhältnis, welches hier zu beurteilen ist. Denn all diese Anordnungen der Vorinstanz greifen rechtsgestaltend (und damit als Verfügungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. a VwVG) in die Rechtssphäre der Beschwerdeführerin (wie auch der anderen Verfügungsadressatinnen) ein (vgl. STEFAN BILGER, a.a.O., S. 359 f.) und sind bei Rechtskraft rechtlich durchsetzbar, wobei eine Missachtung der Verbotsverfügung **ex lege** sanktionierbar ist (vgl. Art. 50 KG). Insofern hat die Dispositiv-Ziffer 6 (betr. Sanktionsmöglichkeit bei Wiederhandlungen) nur rein deklaratorischen Charakter, da sich die Sanktionierbarkeit der Ziffern 3-5 des angefochtenen Dispositivs ohne weiteres aus Artikel 50 KG ergibt und nicht von einer schriftlich verfügten Androhung abhängt (und auch nach dem altrechtlichen Wortlaut von Art. 50 KG [AS 1996 546] nicht davon abhing).

Dagegen vermag die als Feststellungsverfügung gekleidete Dispositiv-Ziffer 2 (betr. Feststellung der Unangemessenheit beziehungsweise der missbräuchlichen Verwendung der NDR-Klausel durch die kollektiv marktbeherrschenden Acquirer) gegenüber den rechtsgestaltenden Dispositiv-Ziffern 3 bis 5 keine weitergehende Rechtswirkung zu entfalten. Auch wenn die Dispositiv-Ziffer 2 wie eine den "Rechtszu-

stand feststellende Verfügung" formuliert ist, ist ihr wegen ihrer rein *subsidiären* Natur gegenüber den rechtsgestaltenden Dispositiv-Ziffern 3 bis 5 keine selbstständige Bedeutung beizumessen (vgl. REKO/WEF 98/FB-003 E. 1.3, a.a.O., mit weiteren Hinweisen; REKO/WEF FB/2004-9 E. 3 f., a.a.O.; REKO/EVD 93/6H-001 E. 3, publiziert in: VPB 60.57; ANDREAS KLEY, Die Feststellungsverfügung - eine ganz gewöhnliche Verfügung?, in: Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen: Festschrift für YVO HANGARTNER, St. Gallen 1998, S. 239, S. 241 und S. 243 f.; STEFAN BILGER, a.a.O., S. 189; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, N 60 ff., S. 226 f.; vgl. für viele: BGE 129 V 289 E. 2.1; 117 Ib 441 E. 2b ff.).

Immerhin erscheint unter dem Gesichtspunkt eines legitimen Feststellungsinteresses (vgl. Art. 25 Abs. 2 VwVG) ein die kartellrechtliche Rechtslage lediglich feststellendes Dispositiv etwa dann als zulässig, wenn die Vorinstanz eine Untersuchung einzustellen beabsichtigt, weil sich ein marktbeherrschendes Unternehmen zwar zulässig verhält, aber der fusionsrechtlichen Meldepflicht nach Artikel 9 Absatz 4 KG unterstellt werden soll (STEFAN BILGER, a.a.O., S. 361; betr. Fusionsverfahren: ZACH, Schweizerisches Kartellrecht, a.a.O., S. 367 ff., Rz. 759 ff.; RPW 2002/2, S. 360 f., S. 371; vgl. auch: PAUL RICHLI, a.a.O., S. 480, wonach Feststellungsverfügungen am ehesten funktionsgerecht seien, wenn Rechtssubjekte wissen möchten, ob ein bestimmtes Wettbewerbsverhalten kartellrechtlich unbedenklich sei; vgl. allerdings angesichts der gewandelten Rechtslage infolge Einführung von Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG: REKO/WEF FB/2004-9, a.a.O., E. 3 und 4). Insofern ist die Dispositiv-Ziffer 1 (Feststellung der kollektiven Marktbeherrschung insbes. der Beschwerdeführerin) hier zu Recht als Feststellungsverfügung gekleidet, zumal die fusionsrechtliche Regel von Artikel 9 Absatz 4 KG (betr. Meldepflicht) diese Art von Verfügung zwingend voraussetzt (vgl. ZACH, Schweizerisches Kartellrecht, a.a.O., S. 367 ff., Rz. 759).

Zu beachten ist schliesslich, dass Feststellungsverfügungen nur die für einen konkreten Fall geltende *Rechtslage* verbindlich *klar stellen* (vgl. Art. 5 Abs. 1 Bst. b i.V.m. Art. 25 VwVG; KLEY, a.a.O., S. 236; REKO/WEF FB/2004-9, a.a.O., E. 3.2.1) und deshalb weder vollstreckt (THOMAS MERKLI/ARTHUR AESCHLIMANN/RUTH HERZOG, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, S. 799, Rz. 2; ALFRED KÖLZ/JÜRIG BOSSHART/MARTIN RÖHL, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich - VRG, 2. Aufl., Zürich 1999, S. 347, Rz. 64) noch mit Sanktionen für den Widerhandlungsfall gesichert werden können.

Im Lichte dieser Darlegungen zum strittigen Rechtsverhältnis vermag die Kritik von STEFAN BILGER (a.a.O., S. 401 f.) nicht zu überzeugen. Unklar bleibt, ob STEFAN BILGER von einem materiellrechtlichen Begriff des Streitgegenstandes ausgeht (vgl. CHRISTOPH AUER, a.a.O., S. 36), welcher sich mit dem hier massgebenden prozessualen Verständnis nicht decken würde (CHRISTOPH AUER, a.a.O., S. 36). Auf den vorliegenden

Fall bezogen vermögen die neu eingetretenen Wettbewerbsverhältnisse auf dem Acquiringmarkt (welche das Vorliegen einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung und insofern auch das bisherige Tatsachengrundament für die negative Beurteilung der NDR-Klausel in Frage stellen könnten) den Streitgegenstand weder zu "ersetzen" noch sonst auf eine andere Art "qualitativ" zu verändern.

Wie CHRISTOPH AUER (a.a.O., S. 44) zu Recht betont, läge eine unzulässige Erweiterung des Streitgegenstandes (auch bei einem engen Verständnis) nur vor, wenn die neuen Vorbringen einen neuen Aspekt beschlagen. Im vorliegenden Fall sind indessen Neuerungen bei den Wettbewerbsverhältnissen zwischen der Beschwerdeführerin und den übrigen Acquirern eingetreten, die sich dem Sachverhaltsaspekt der Umstände der angeblich kollektiven Marktbeherrschung zuordnen lassen, was bereits im vorangehenden Untersuchungsverfahren vor der Wettbewerbskommission umstritten war.

Diese prozessuale Sicht der Dinge entspricht auch der Rechtslage in den Kantonen (vgl. KÖLZ/BOSSHART/RÖHL, a.a.O., S. 385, Rz. 42 f., 47 f. sowie MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, a.a.O., S. 207 f. Rz. 13 ff., S. 493 ff., Rz. 6 ff., S. 620 f., Rz. 5). Somit ist der Kritik von STEFAN BILGER nicht zu folgen, da sie die kartellverwaltungsrechtliche Bedeutung des Streitgegenstandes zu wenig differenzierend einseitig nur aus der Optik der Sanktionierbarkeit von unzulässigem Verhalten betrachtet. Angesichts der neu eingeführten direkten kartellgesetzlichen Verwaltungssanktionen erweisen sich die Befürchtungen der Vorinstanz weitgehend als überholt - jedenfalls soweit harte Wettbewerbsabreden horizontaler oder vertikaler Natur sowie unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen in Frage stehen (vgl. Art. 5 Abs. 3 u. 4 sowie Art. 7 KG i.V.m. Art. 49a Abs. 1 KG). Schliesslich ist anzumerken, dass bisher - wie auch heute noch - wettbewerbswidriges Verhalten (unter gleichzeitiger Androhungen von Sanktionen) jederzeit vorsorglich untersagt werden kann, sofern die Voraussetzungen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen vorliegen (REKO/WEF FB/2004-9 E. 4.4.1, a.a.O.).

6.2.7. Diese Überlegungen zeigen, dass die inzwischen unbestrittenermassen eingetretenen Umwälzungen auf dem "inländischen Acquiringmarkt" entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht von vorneherein als unbeachtlich für das vorliegende Beschwerdeverfahren hingestellt werden dürfen.

6.3. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen entscheidet in der Sache selbst oder weist diese ausnahmsweise mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück (Art. 61 Abs. 1 VwVG).

Eine Rückweisung zu neuem Entscheid erweist sich vor allem dann als angebracht, wenn die Klärung des massgeblichen Sachverhalts weitere Abklärungen erfordert und gegebenenfalls ein umfangreiches Beweisverfahren nötig ist. Selbst wenn die Rechtsmittelinstanz befugt ist, weitere Sachverhaltsabklärungen selbst zu treffen, soll die mit den örtlichen Verhältnissen besser vertraute oder sachlich kompetente-

re Behörde über die Angelegenheit entscheiden (vgl. KÖLZ/HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Zürich 1998, Rz. 694; GYGI, a.a.O., S. 233; MOSER/UEBERSAX, a.a.O., S. 71, Rz. 2.73 und S. 135, Rz. 3.8; REKO/EVD 98/6D-004 E. 5, publiziert im Internet unter: [www.reko.admin.ch](http://www.reko.admin.ch)). Das trifft insbesondere auf die personell für solche Aufgaben ausreichend ausgestattete Wettbewerbskommission zu, welche mit der Konkretisierung der materiellrechtlichen Vorschriften des KG und demzufolge mit der Formulierung der *Wettbewerbspolitik* betraut ist (REKO/WEF FB/2003-11 E. 5.2, publiziert in: RPW 2003/3, S. 653, mit Hinweisen).

Eine solche Rückweisung aufgrund der geltend gemachten tatsächlichen Veränderungen käme indessen nur in Frage, wenn sich jene für die Fallbeurteilung als *entscheiderheblich* erweisen könnten. Dies ist hier der Fall. Denn die strittige Grundfrage, ob sich die umstrittene NDR-Klausel - auch heute noch (vgl. Erw. 6.2.2) - im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c KG wettbewerbswidrig auswirkt, kann sich erst stellen, wenn vorgängig feststeht, dass *gegenwärtig* eine (allenfalls kollektiv) marktbeherrschende Stellung eines Acquirers (oder mehrerer Acquirer) tatsächlich vorliegt (vgl. Erw. 6 a. E.):

6.3.1. Im publizierten "Entscheid" vom 1. September 2003 in Sachen *Cornèr Banca SA* (RPW 2004/4, S. 1002 ff., Ziff. 42) *verneinte* die Wettbewerbskommission den Weiterbestand der kollektiv marktbeherrschenden Stellung der Beschwerdeführerin, der *Swisscard AECS AG*, der *Cornèr Banca SA* sowie der *UBS Card Center AG* und äusserte die Einschätzung, dass sich die Beschwerdeführerin aufgrund ihrer starken Stellung "auf dem Markt für Kreditkarten-Acquiring weitgehend unabhängig verhalten" könne (vgl. dazu im Allgemeinen auch: REKO/WEF FB/2003-15, a.a.O., sowie BGE 130 II 521).

Insofern geht die Wettbewerbskommission (im Sinne ihrer eigenen - freilich umstrittenen - Marktabgrenzung) im heutigen Zeitpunkt *nicht mehr* von einer *kollektiv marktbeherrschenden* Stellung aller ins Recht gefassten Acquirer aus. Somit ist inzwischen eine der tragenden Säulen der vorinstanzlichen Argumentation zur Marktsituation im Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft weggefallen, ohne dass gegenwärtig die Stellung der Beschwerdeführerin im fraglichen Markt (und der ihr zukommende Beherrschungsgrad) hinreichend geklärt wäre.

Hinzu kommt, dass die Wettbewerbskommission in ihrer Duplik vom 19. April 2004 zur Replik der *Cornèr Banca SA* festhält, - "wenn überhaupt" - so könne "erst mit dem Auftreten der CBA Ende 2002 von einem gewissen wirksamen Wettbewerb" (!) und einem "Aufbrechen der Marktstabilität gesprochen werden". Auch wenn die Vorinstanz die von der *Cornèr Banca SA* in ihrer Replik geltend gemachten Kündigungen vieler Acquirer vor Ende 2002 weder "als flächendeckendes Druckmittel der Marktgegenseite" noch als "Stärkung der Verhandlungsposition" interpretieren will, so anerkennt die Vorinstanz doch, dass - nach fruchtlosen Verhandlungen zwischen dem Schweizerischen Reisebüroverband und dem inländi-

schen Acquirer - erst dank einem Konkurrenzangebot der deutschen Firma B+S kurz vor Erlass der angefochtenen Verfügung "Bewegung in die Vertragskonditionen" gekommen sei.

6.3.2. Bereits diese deutlichen Stellungnahmen der Vorinstanz zeigen, dass der inzwischen eingetretene Wandel der Verhältnisse (insbes. durch das zunehmende Aufkommen von *cross border acquirern*) die bisher vertretene wettbewerbsrechtliche Würdigung des postulierten (insbes. örtlich aufs Inland begrenzten) "Acquiring-Marktes" als zweifelhaft erscheinen lässt, zumal selbst die Vorinstanz Anzeichen von sich - jedenfalls jüngst - anbahnendem *wirksamem Wettbewerb* feststellt. Sollte es zutreffen, dass derzeit auf dem relevanten Markt genügend aktuelle wie auch potenzielle Konkurrenz durch *cross border acquirer* vorhanden ist, wie die Beschwerdeführerin geltend macht, dann wäre die in der angefochtenen Verfügung einlässlich begründete angeblich "kollektiv marktbeherrschende Stellung" der Beschwerdeführerin auch deshalb bereits hinfällig, wobei sich diesfalls auch die *räumliche* Marktabgrenzung nicht länger aufrecht erhalten liesse, vorausgesetzt dass allen am Zugang zu Kreditkarten-Netzwerken interessierten Händlern der Wechsel zu einem kostengünstigeren *cross border acquirer* offen steht.

Wie bereits in Erwägung 6.2 erwähnt, hat die Wettbewerbskommission zu Unrecht darauf verzichtet, den seit Erlass der angefochtenen Verfügung eingetretenen, unbestrittenermassen *bedeutsamen Wandel* der Marktverhältnisse fallbezogen zu gewichten und mit Blick auf die verfügbaren Anordnungen neu zu würdigen (und gegebenenfalls ihre angefochtene Verfügung in *Wiedererwägung* zu ziehen, was zulässig gewesen wäre, vgl. Erw. 6.1.2 a. E.).

Nebst diesem - innerhalb relativ kurzer Zeit erfolgten - Wandel des "Acquiringmarktes" fällt ausserdem ins Gewicht, dass sich im Rahmen des parallel hängigen Untersuchungsverfahrens 22-0264 (betr. Kreditkarte - *Domestic Interchange Fee*, vgl. vorne zum Sachverhalt: H.) im Rahmen etlicher Kreditkarten-Netzwerke auch auf Seiten der inländischen Acquirer umwälzende Entwicklungen in Bezug auf die Weiterverwendung der NDR-Klausel abzuzeichnen beginnen, die für das sachlich eng verknüpfte Untersuchungsverfahren (betr. NDR-Klausel) von Belang sein könnten.

Die genannten Umstände rechtfertigen eine Rückweisung zur näheren Abklärung der Auswirkungen der geschilderten Änderungen auf den massgeblichen Acquiringmärkten, wobei die von der Vorinstanz postulierte Marktabgrenzung im allenfalls weiterzuführenden Untersuchungsverfahren einer erneuten Überprüfung im Lichte der nachfolgenden Erwägung 7 bedarf, welche insofern als vorläufig gelten muss, als die in- und ausländischen Kreditkarten-Netzwerke (sowohl auf Acquirer- wie auch auf Issuerseite) gegenwärtig dynamischen Entwicklungen unterworfen sind, deren Tragweite heute noch nicht zuverlässig abschätzbar ist.

6.3.3. Eine solche Rückweisung ist unumgänglich, da es im vorliegenden Fall mangels Entscheidreife der

Streitsache nicht Aufgabe der Rekurskommission sein kann, als Gerichtsstanz versäumte (bzw. aufgrund neuester Marktentwicklungen notwendige) Untersuchungshandlungen von solcher Tragweite nachzuholen (bzw. selbst vorzunehmen) und - abweichend von der funktionellen Zuständigkeitsordnung - gleichsam als Erstinstanz die noch im Detail zu ermittelnden Auswirkungen der Umwälzungen auf dem relevanten Markt mit Blick auf die NDR-Klausel kartellrechtlich zu würdigen und dementsprechend die allenfalls notwendigen Anordnungen zu treffen.

Demzufolge ist die angefochtene Verfügung vollumfänglich aufzuheben (insbes. auch die als Feststellungsverfügung missverständliche Dispositivziffer 2, vgl. Erw. 6.2.6) und die Streitsache zur Abklärung an die Wettbewerbskommission zurückzuweisen, ob die bisher eingetretenen und in Aussicht stehenden Entwicklungen (in tatsächlicher wie auch rechtlicher Hinsicht) ein *verfügungsmässiges* Festhalten am Verbot der NDR-Klausel weiterhin erforderlich machen.

Entsprechend dem damit verbundenen weiteren Untersuchungsaufwand werden die Verfahrenskosten vor der Wettbewerbskommission (Dispositiv-Ziff. 7) gegebenenfalls den bisherigen (allenfalls auch weiteren in die Untersuchung einzubeziehenden) Parteien nach Massgabe des *Verursachers- beziehungsweise Unterliegerprinzips* zu überbinden sein, je nach dem wie die Neubeurteilung durch die Vorinstanz ausfallen wird (vgl. dazu begleitend: BGE 128 II 247 E. 6 sowie REKO/WEF FB/2002-3 E. 4, publiziert in: RPW 2003/3, S. 639).

7. Bei diesem Verfahrensausgang wäre es verfrüht, bereits jetzt im Einzelnen auf die Argumente einzugehen, mit denen die Beschwerdeführerin die NDR-Klausel zu rechtfertigen versucht, solange beim gegenwärtigen Stand der Instruktion die wettbewerbsrechtliche *Tragweite* der jüngst eingetretenen sachverhältnlichen Änderungen (insbesondere im Zusammenhang mit der Untersuchung zur *Interchange Fee*) noch nicht feststeht. Denn erst vor dem Hintergrund dieser gewandelten Sachlage lässt sich diese, von der Vorinstanz mit prima vista einleuchtenden Argumenten als *wettbewerbsrechtlich problematisch* eingeschätzte Klausel beurteilen.

Allerdings drängen sich zur umstrittenen - und für die Beurteilung der Rechtmässigkeit entscheidenden - Frage der *Marktabgrenzung* einige grundlegende Überlegungen auf (vgl. Erw. 6.3.2), mit denen sich die Wettbewerbskommission im Rahmen allfälliger weiterer Erhebungen auseinandersetzen müssen, wenn sie den eingetretenen Sachverhaltenswandel würdigt:

7.1. Die Bestimmung des *relevanten Marktes* zielt darauf ab, die Wettbewerbskräfte zu ermitteln, denen kartellrechtlich zu beurteilende Unternehmen ausgesetzt sind. Dies erst erlaubt die Beurteilung, ob die von anderen Unternehmen ausgehenden Wettbewerbskräfte genügen, um jenen Unternehmen Schranken zu setzen und so zu verhindern, dass sie sich wirksamem Wettbewerbsdruck entziehen (vgl. ROGER ZÄCH, Verhaltensweisen marktbeherrschender

Unternehmen, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [SIWR] V/2, Basel/Genf/München 2000, S. 147, mit Verweis auf RN 2 der Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, ABI. C 372/5 vom 09/12/1997, S. 5 - 13; vgl. zur Beachtlichkeit dieser Bekanntmachung für die Interpretation des KG: EVELYNE CLERC, in: PIERRE TERCIER/CHRISTIAN BOVET [Hrsg.], Commentaire romand, Droit de la concurrence, Genève, Bâle, Munich 2002, Art. 4 Abs. 2 KG, Rz. 55, S. 181, Rz. 60, S. 183, Rz. 73, S. 191; REKO/WEF 99/FB-002 E. 5, publiziert in: RPW 2000/4, S. 716).

Unter Wettbewerbsdruck stehen Unternehmen, wenn ihre tatsächlichen oder möglichen Geschäftspartner oder Verbraucher als Nachfrager oder Anbieter (in sachlich, räumlicher und zeitlicher Hinsicht) auf Angebote anderer Unternehmen ausweichen können (ZÄCH, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, a.a.O., S. 147). Bei der Beurteilung zumutbarer Ausweichmöglichkeiten können Alternativangebote bereits bestehen (sog. *Nachfragesubstituierbarkeit*) oder sie können neu durch andere Unternehmen kurzfristig (sog. Wettbewerbsdruck erzeugende *Angebotssubstituierbarkeit/Angebotsumstellungsflexibilität*) beziehungsweise mittelfristig (sog. *potenzieller Wettbewerb*) geschaffen werden (vgl. ZÄCH, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, a.a.O., S. 161 ff.; EVELYNE CLERC, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 KG, Rz. 58 f. u. 63 f., S. 182 u. 185 f.). Die beiden erstgenannten Kriterien sind für die Bestimmung des relevanten Marktes beachtlich, demgegenüber ist - jedenfalls nach der Praxis der Kommission der EU - das allfällige Vorhandensein potenzieller Konkurrenz erst im Zusammenhang mit dem Marktbeherrschungsgrad zu prüfen (ZÄCH, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, a.a.O., S. 163; EVELYNE CLERC, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 KG, Rz. 59, S. 182).

Ob in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht Ausweichmöglichkeiten bestehen, ist für *einen* Markt aus der Sicht der *Marktgegenseite* der ins Recht gefassten Unternehmen zu beurteilen, wobei in der Regel der Fokus auf eine Marktstufe (der Wertschöpfungskette) zu legen ist. Daher wird in der Lehre die Ansicht vertreten, dass unter Umständen ein auf Sortimentsbreite angewiesenes Unternehmen der Handelsstufe ein bestimmtes Produkt in seinem Angebot führen müsse, also nicht ausweichen könne, auch wenn aus der Sicht der Endverbraucher Ausweichmöglichkeiten bestünden (vgl. ZÄCH, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, a.a.O., S. 148 zu sog. "*must-in-stock-Marken*"; derselbe, Schweizerisches Kartellrecht, a.a.O., Rz. 534 ff., S. 259 ff.; EVELYNE CLERC, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 KG, Rz. 62, S. 184).

Als Hauptkriterium der *sachlichen* Marktabgrenzung dient die *Substituierbarkeit der Nachfrage*, zumal sie sich am unmittelbarsten auf die Wettbewerbsverhältnisse auswirkt. Bei deren Beurteilung sind diejenigen Produkte oder Dienstleistungen zu bestimmen, die von der für massgeblich erachteten Marktgegenseite als austauschbar angesehen werden. Diese Fragestellung beantwortet die Vorinstanz nach dem Konzept

der **funktionellen Austauschbarkeit**, das für die Fusionskontrolle materiellrechtlich in Artikel 11 Absatz 3 Buchstabe a VKU festgeschrieben ist und auch bei der Verhaltenskontrolle nach Artikel 7 KG analog anzuwenden ist (vgl. REKO/WEF FB/2002-5 E. 5.1, publiziert in: RPW 2003/2, S. 406; REKO/WEF FB/2003-18, a.a.O., E. 4.3.1; EVELYNE CLERC, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 KG, Rz. 60, S. 183; vgl. die gleichartige Marktabgrenzung in RN 7 der Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, a.a.O.; zustimmend: BGE 129 II 18 E. 7.3 im Zusammenhang mit Wettbewerbsabreden nach Art. 5 KG; BGE vom 5.9.2003, 2A.142/2003 E. 4.2.2, publiziert in: RPW 2003/4, S. 912).

Dieses Konzept der funktionellen Austauschbarkeit erfordert eine wertende Betrachtung (vgl. EVELYNE CLERC, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 KG, Rz. 57, S. 182; vgl. auch: MÖSCHEL, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar Bd. I, München 1997, S. 696, Rn. 45), wobei sich der (mitunter nicht leicht feststellbare) Grad der Substituierbarkeit nach objektiven Kriterien (Eigenschaften, Verwendungszweck und Preis) wie auch nach subjektiven Kriterien (z.B. nach den konkreten Präferenzen der massgeblichen Marktgegenseite) bestimmt (EVELYNE CLERC, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 KG, Rz. 62, S. 184). Ausschlaggebend ist vorab das tatsächliche Marktgeschehen, das heisst - im vorliegenden Fall, wovon zu Recht auch die Vorinstanz ausgeht, - das Nachfrageverhalten der für massgeblich erachteten Marktgegenseite, nämlich der Händler, welche Zugang zu den jeweils gewünschten Kreditkarten-Netzwerken suchen. Dabei ist die **Kreuz-Preis-Elastizität** zu berücksichtigen, wonach hinreichende Austauschbarkeit zweier Produkte vorliegt, wenn relativ geringe Preiserhöhungen für das eine Produkt eine Abwanderung der Nachfrage zum anderen Produkt bewirken (EVELYNE CLERC, a.a.O., Art. 4 Abs. 2 KG, Rz. 63, S. 185; sowie RN 15 und 17 f. der Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, a.a.O.; demgegenüber kritisch: KLAUS STEGEMANN, Cross Elasticity and the Relevant Market, in: Zeitschrift für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften 156 [1974], S. 151 ff.). Insofern stellt die (graduell **unterschiedlich** definierbare!) Substituierbarkeit keine objektive, ein für allemal feststellbare Grösse dar, sondern sie hängt von der Preisinelastizität ab, welche noch für zumutbar erachtet wird (vgl. WALTER A. STOFFEL, Wettbewerbsabreden, in: Kartellrecht, SIWR V/2, a.a.O., S. 88). Ferner sind die Wettbewerbsbedingungen und die Struktur von Angebot und Nachfrage in Betracht zu ziehen (MÖSCHEL, a.a.O., S. 697, Rz. 46), wozu auch die Produktions- beziehungsweise Angebotsflexibilität der Anbieter gehört (RN 20-23 der Bekanntmachung der Kommission über die Definition des relevanten Marktes im Sinne des Wettbewerbsrechts der Gemeinschaft, a.a.O.). Insofern sind für die Beurteilung der Austauschbarkeit neben Produktmerkmalen auch Strukturmerkmale des Marktes beachtlich, weshalb beispielsweise insbesondere bei der Marktabgrenzung von Markenartikeln die Ansicht vertreten wird, dass das Vorhandensein von Inter-

brand-Wettbewerb zu berücksichtigen sei (vgl. MARCEL DIETRICH/MARKUS SAURER, Ist eine Marke ein Markt? - Marktabgrenzung bei selektiven Vertriebssystemen, sic! 7/2001, S. 605, Ziff. 4a, wonach jedenfalls der Interbrand-Wettbewerb spätestens bei der Beurteilung der Marktbeherrschung berücksichtigt werden müsse, falls er bei der Marktabgrenzung ignoriert worden sei).

7.2. Die Wettbewerbskommission bezeichnet den "**Zugang zum Kreditkartenzahlungsverkehr**" als den **sachlich** relevanten Markt (vgl. Ziff. 150 der angefochtenen Verfügung), ohne die übrigen Zahlungsmittel zu berücksichtigen (was eine sachliche Marktausdehnung im Sinne der Beschwerdeführerin zur Folge hätte), aber andererseits auch ohne einschränkend nach den jeweiligen Zugängen zu den Netzwerken der einzelnen Kreditkartenmarken zu differenzieren (was den sachlich relevanten Markt einengen würde). Als massgebende Nachfrager (Marktgegenseite) der von den Acquirern angebotenen Dienstleistung des "Zugangs zum Kreditkarten-Zahlungsverkehr" erachtet sie die Händler, welche in der Schweiz Waren oder Dienstleistungen vertreiben. Daher unterstellt die Vorinstanz den ins Recht gefassten Acquirern, welche (teilweise) den Zugang zu unterschiedlichen Kreditkarten-Netzwerken vertreiben (bzw. vertrieben haben), jedoch aus Sicht der Vorinstanz **eine** Angebotsseite darstellen, eine kollektiv marktbeherrschende Stellung gegenüber der Marktgegenseite.

Ferner erachtet die Vorinstanz einzig das Gebiet der Schweiz als **räumlich** relevanten Markt, weil ihrer Auffassung nach das - bereits im Vorfeld der Verfügung geltend gemachte - **cross border acquiring** keinen Einfluss auf die "geografisch bestimmte Nachfrage" des "Grossteils der Händler" habe (vgl. Ziff. 155 der angefochtenen Verfügung).

7.3. Unbestritten ist, dass in **Kreditkarten-Netzwerk-märkten** (als sog. **two sided platforms**) das Verhältnis zwischen den darin eingebundenen Kartenherausgebern (Issuern), Acquirern, Händlern und Kartenbenutzern interdependent und von wechselseitigen **Rückkoppelungseffekten** geprägt ist. In diesem Sinne lässt eine hohe Zahl herausgegebener Kreditkarten (Issuing) das Händler-Vertragspartnernetz (Acquiring) wachsen, wobei ein grosses Vertragspartnernetz die Akzeptanz der entsprechenden Kreditkarte steigert und die Nachfrage nach dieser Karte (Issuing) und deren Einsatz (Acquiring) vergrössert.

Im Unterschied zum eingenommenen Standpunkt in ihrer Beschwerde, wo die Beschwerdeführerin noch eine eigene Nachfrage der Händler nach einem Acquiringvertrag ausdrücklich anerkannte, verneint die Beschwerdeführerin in ihrer Replik das Bestehen eines "selbstständigen Wholesale-Markts für Zahlungssysteme" mit sich gegenüberstehenden Händlern und Acquirern. Die Beschwerdeführerin macht geltend, Acquirer und Issuer würden in einer kombinierten Dienstleistung zusammen wirken, um Händlern und Konsumenten als Dienstleistung bargeldloses Bezahlen zu ermöglichen, weshalb angesichts dieser Interdependenz zwischen Issuing- und Acquiringmarkt nur ein Nachfragemarkt existiere. Somit seien zwei Markt-

stufen zu unterscheiden: (1.) die Stufe der Finanzierungsinstitute (Issuing und Acquiring) und (2.) die Stufe der Abnehmer der Dienstleistung (Händler und Konsumenten).

Dagegen wendet die Vorinstanz überzeugend ein, die Interdependenz von Issuing- und Acquiringmarkt erlaube bei der Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes nicht den Schluss, dass deshalb nur *ein* Nachfragemarkt bestehe. Diesbezüglich verweist die Vorinstanz zu Recht auf die Entwicklung in der Kreditkartenindustrie, welche zeigt, dass ganz offensichtlich unterschiedliche Märkte existieren: so hat die Beschwerdeführerin Mitte 2000 ihr Issuinggeschäft an diverse Banken und banknahe Institute verkauft und sich im Kerngeschäft auf das Acquiring konzentriert, währenddem andere Unternehmen (wie z.B. die UBS Card Center AG) daraus ausgestiegen sind. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, lassen sich somit entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin innerhalb eines Netzwerkmarktes (Kreditkartensystem) gesonderte Nachfragemärkte ausscheiden.

7.4. Des Weiteren verkennt die Beschwerdeführerin mit ihrem Einwand, wonach der Markt einzig aus der Sicht der Konsumenten abzugrenzen sei (und daher Kreditkarten, Bargeld, Debit- und andere Zahlkarten sowie den Post- und Bankengiroverkehr umfasse), dass nicht die Kunden "Parteien" im Untersuchungsverfahren waren, sondern die Händler, welche (als primäre Marktgegenseite der Acquirer) ihren Kunden - als subsidiäre Dienstleistung - den Zugang zu einem oder mehreren bargeldlosen Zahlungsverkehrssystemen anbieten (wollen), um ihre Geschäfte entsprechend den Wünschen und Möglichkeiten ihrer Kunden abwickeln zu können.

Der vorinstanzlichen Darstellung der Eigenschaften von Kreditkarten und des Kreditkartenzahlungsverkehrs (im Vergleich zu den übrigen "Zahlungsmitteln" wie Bargeld-, Post-, Bankengiro-, Debitkarten-, Wertkarten-, Checkverkehr und "Kundenkartensysteme") sowie der These, wonach sich der "Zugang zum Kreditkartenzahlungsverkehr" vorab aus Sicht der Händler (als massgeblicher Marktgegenseite) nicht durch andere Zahlungsverkehrssysteme vollwertig substituieren lasse, ist im Grundsatz beizupflichten. Die Beschwerdeführerin ist diesbezüglich auf die entsprechenden Erwägungen 75 bis 142 der angefochtenen Verfügung zu verweisen, welche zu bestätigen sind und nur insofern der Ergänzung bedürfen, als bei der Frage der Substituierbarkeit der einzelnen Zahlungsmittel untereinander eine vertiefende Betrachtung der *gesetzlichen Rahmenordnung*, welche für die Abwicklung des Zahlungsverkehrs vorgesehen ist, den Ausgangspunkt der Überlegungen bilden muss und darauf aufbauend die notwendigen Korrekturen zur Sichtweise der Vorinstanz erlaubt (vgl. zur inländischen Geld- und Währungsordnung im Allgemeinen: BEAT HOTZ-HART/STEFAN MÄDER/PATRICK VOCK, Volkswirtschaft der Schweiz, 3. Aufl., Zürich 2001, S. 448 ff.):

7.4.1. Wie die Vorinstanz zutreffend anführt (Ziff. 103 der angefochtenen Verfügung), sieht die (dispositive) Regelung in Artikel 84 OR (SR 220) vor, dass Geldschulden in *gesetzlichen Zahlungsmitteln* der ge-

schuldeten Währung zu bezahlen sind. Nach Artikel 2 des Bundesgesetzes vom 22. Dezember 1999 über die Währung und die Zahlungsmittel (WZG, SR 941.10) gelten als gesetzliche Zahlungsmittel die vom Bund ausgegebenen *Münzen*, die von der Schweizerischen Nationalbank ausgegebenen *Banknoten* sowie die auf Franken lautenden *Sichtguthaben bei der Schweizerischen Nationalbank*. In Artikel 3 wird die *Annahmepflicht* dieser gesetzlichen Zahlungsmittel im Rechtsverkehr statuiert, um dem Geschäftsverkehr die Sicherheit der befreienden Wirkung von einer Geldschuld zu vermitteln (Botschaft des Bundesrates vom 26.5.1999 zu einem Bundesgesetz über die Währung und die Zahlungsmittel [WZG], BBl 1999 VII 7258, nachfolgend: Botschaft WZG, insbes. S. 7268, Ziff. 213 betr. die Zahlungsmittelleigenschaft staatlichen Geldes bzw. Ziff. 214, wonach dem Banken-Buchgeld keine Zahlungsmittelleigenschaft zukommt, da der Inhaber solcher Guthaben insbesondere das mikroökonomische *Kredit- bzw. Solvenzrisiko* der entsprechenden Bank tragen muss). Auch wenn das Banken-Buchgeld nach WZG nicht als vom Gläubiger einer Geldforderung zu akzeptierendes, gesetzliches Zahlungsmittel gilt, sind die Wirtschaftssubjekte frei, *vertraglich* (ausdrücklich oder konkludent) zu vereinbaren, ob sie eine Geldschuld durch Gutschrift auf ein Bank- oder Postkonto des Gläubigers tilgen wollen (vgl. Botschaft WZG, a.a.O., S. 7271 f., Ziff. 214; vgl. zur analytischen Trennung von Bar- und Buchgeld: WOLFGANG GEBAUER, Geld und Währung, 2. Aufl., Frankfurt am Main 2004, S. 37 ff.).

Somit bilden im Sinne des WZG prinzipiell die gesetzlichen Zahlungsmittel, das heisst im praktischen Alltagsgebrauch das "*Bargeld*", die Grundlage für alle im inländischen Wirtschaftsprozess abzuwickelnden Zahlungsvergänge, zumal insbesondere Münzen und Banknoten nach Artikel 2 f. WZG im Rechtsverkehr als *die* gesetzlichen, unter Annahmewang stehenden Zahlungsmittel bestimmt sind, die sich vom Banken-Buchgeld durch ihre Liquidität und Anonymitätseigenschaft unterscheiden, wobei deren Inhaber "nur" das makroökonomische Risiko des Kaufkraftrückgangs hinnehmen muss (vgl. Botschaft WZG, a.a.O., S. 7271, Ziff. 214).

7.4.2. Diese ordnungs- beziehungsweise prozesspolitische Rahmenordnung, welche die Basis des Geschäftsverkehrs bildet, lässt folgende Interessenlage der einzelnen Teilnehmer am Wirtschaftsprozess erkennen:

Bargeld verursacht den Banken und der Post hohe Aufwendungen in Form (a) hoher Personalkosten bei Schalterein-/auszahlungen, (b) hoher "Handlingkosten" bei der erforderlichen Liquiditätshaltung von Bargeld, (c) hoher Infrastrukturkosten und (d) hoher Versicherungsprämien. Deshalb versuchen die Banken und die Post mit der Lancierung von *Debit- und Wertkarten* primär, den *Bargeldsubstitutionsprozess* voranzutreiben, um entsprechende Kosteneinsparungen zu realisieren (vgl. RUEDI MINSCH/URS BERNEGGER, Cards '02. Analyse und Entwicklungsperspektiven des Schweizer Kartenmarktes - Studie unter der Projektleitung von Prof. Dr. FRANZ JAEGER, St. Gallen 2002, nachfolgend: FEW-HSG Studie Cards '02, S. 4).

Demgegenüber steht bei den Anbietern von *Kreditkarten* (auf der Issuing- wie auch auf der Acquiringseite) die Erzielung von Gewinnen in Form von Jahresgebühren, Acquiringkommissionen, hochverzinslicher *revolving-credit*-Geschäften sowie *cash-advance*-Bancomatkommissionen im Vordergrund, wobei erst in zweiter Linie der Kosten senkende Bargeldsubstitutionsprozess unterstützt werden soll (vgl. FEW-HSG Studie Cards '02, a.a.O., S. 4).

Zum Verhältnis des Bargeldverkehrs und dessen Substitutionsprozess ist festzuhalten, dass sich ausgehend von der im Inland an einem Stichtag gehaltenen Noten und Münzen (sog. "Bargeldumlauf" als Bestandesgröße) die Umlaufgeschwindigkeit des Bargeldes und damit der *Bargeldanteil* am gesamten Zahlungsverkehr empirisch *nicht* bestimmen lassen, da die Anonymitätseigenschaft des Bargeldes einen Nachvollzug der Anzahl Transaktionen nicht zulässt (vgl. FEW-HSG Studie Cards '02, a.a.O., insbes. S. 16; vgl. in diesem Zusammenhang zur Methodologie wissenschaftlicher Forschung: WOLFGANG GEBAUER, a.a.O., S. 361 ff., insbes. Ziff. 2.3, S. 361, mit einleuchtender Begründung, warum es "*das*" richtige Modell in der *monetären Makroökonomie* ebenso wenig gibt wie "*die*" richtige Theorie).

7.4.3. Bereits diese grundlegende Einsicht zeigt deutlich, wie methodisch anspruchsvoll sich die Diskussion der hier zentralen Fragen zum Verhältnis des baren und unbaren Zahlungsverkehrs und der Substitutionsbeziehungen zwischen den einzelnen Zahlungsmitteln auf den verschiedenen Stufen des Wirtschaftsprozesses mit Blick auf die einzelnen Wirtschaftsteilnehmer erweisen muss (vgl. zu den *Vor- und Nachteilen* von Kredit-, Debit- und Wertkarten für den Benutzer bzw. den Handel: FEW-HSG Studie Cards '02, a.a.O., S. 10 ff.; vgl. zur sog. "*Internetzwerk-Konkurrenz*" und beispielhaft zu den Substitutionsbeziehungen zwischen Kredit- und Debitkarten: FEW-HSG Studie Cards '02, a.a.O., S. 34 f.; vgl. zur Problematik analytischer Modelle am Beispiel der Reformbestrebungen in Australien: JOSHUA S. GANS/STEPHEN P. KING, A Theoretical Analysis of Credit Card Reform in Australia, Melbourne May 2003, S. 2 ff.; vgl. zur Komplexität analytischer Modelle in Bezug auf die Interdependenzen zwischen der *Interchange Fee* und der NDR-Klausel: JEAN-CHARLES ROCHET/JEAN TIROLE, An Economic Analysis of the Determination of Interchange Fees in Payment Card Systems, Review of Network Economics, Vol. 2/Issue 2, June 2003, S. 69 ff., insbes. S. 78, wonach "*the theory of two-sided markets in general, and its application to payment systems in particular, are still in their infancy*"; publiziert im Internet unter: [http://www.rnejournal.com/articles/rochet\\_and\\_tirole\\_june03.pdf](http://www.rnejournal.com/articles/rochet_and_tirole_june03.pdf); zuletzt besucht am 1.6.2005; vgl. zu den "*controversial network rules*": ROBERT M. HUNT, An Introduction to the Economics of Payment Card Networks, Review of Network Economics, Vol. 2/Issue 2, June 2003, S. 80 ff., insbes. S. 92: "*When network effects and dynamic issues are both important, as they appear to be in this industry, policymakers face a difficult problem in deciding what remedies, if any, will benefit consumers in the long run. On the one hand, network rules and pricing strategies may be essential*

*elements in the successful launch of a payment card network and its subsequent expansion. On the other hand, once a payment network is well established, it is possible the same rules can lead to their overutilization and to pricing well in excess of costs.*"; publiziert im Internet unter: [http://www.rnejournal.com/articles/hunt\\_june03.pdf](http://www.rnejournal.com/articles/hunt_june03.pdf); zuletzt besucht am 1.6.2005; vgl. die Analyse der Wettbewerbssituation im Kreditkartenmarkt betr. VISA und EM: Uwe Dulleck, Die Grossen Zwei - Wettbewerb im Kreditkartenmarkt?, Wien 2002, publiziert im Internet unter: <http://homepage.univie.ac.at/Papers.Econ/RePEc/vie/viennp/vie0201.pdf>; zuletzt besucht am 1.6.2005).

7.4.4. Wie die Wettbewerbskommission zu Recht betont, wird dem *Netzwerkcharakter* eines Kreditkarten-Systems gebührend Rechnung getragen, wenn im Sinne des hier anwendbaren Konzepts der funktionalen Austauschbarkeit ("Bedarfsmarktkonzept") bei der Beurteilung der Funktionalität und des Verwendungszweckes von Kreditkarten auch die Sicht der Konsumenten berücksichtigt wird, wobei die vielen Differenzen zwischen dem Zahlungsverkehr mit Kreditkarten und demjenigen anderer Zahlungsmittel die von der Vorinstanz vorgenommenen Unterscheidungen nach Einsatzbereich und Kundensegment nahe legen (vgl. im Einzelnen: Erw. 7.5.1 und 7.5.3).

Doch bedarf vor dem Hintergrund der vorangehenden Erwägung die in der Ziffer 143 der angefochtenen Verfügung vertretene Ansicht der Vorinstanz, wonach der "Anschluss an den Zahlungsverkehr mittels Kreditkarte" nicht im Wettbewerb mit anderen Zahlungssystemen stehe und sich daher der "Zugang zum Kreditkartenzahlungsverkehr" aus der Sicht der Händler nicht durch andere Zahlungsverkehrssysteme substituieren lasse, insofern der Präzisierung, als die *einzelnen* Kreditkarten-Netzwerke (wie z.B. Eurocard/Mastercard, VISA und AMEX) zwar auf der Stufe der *Endkonsumenten* einem Wettbewerb mit anderen Zahlungsmitteln ausgesetzt sind (also entsprechender Substitutionswettbewerb besteht, weshalb die NDR-Klausel ja auch zur Steigerung der Attraktivität des "Zahlungsmittels Kreditkarte" eingesetzt wird!), nicht aber auf der hier massgebenden Stufe der *Händler*. Denn in der Tat können die Händler mit der (zusätzlich zum Bargeld erfolgenden) Annahme einzelner *bargeldloser* Zahlungsmittel immer nur diejenigen Kunden erreichen, welche bereit und in der Lage sind, die ins Auge gefasste(n) geschäftliche(n) Transaktion(en) mit dem entsprechenden unbaren Zahlungsmittel abzuschliessen, auch wenn sie (jedenfalls potenziell) über mehrere Zahlungsmittel verfügen mögen. Insofern leuchtet der Hinweis der Vorinstanz auf die aus Sicht der Händler bestehende *Komplementarität* der Zahlungsmittel ein, was die Annahme einer vollwertigen Substituierbarkeit der einzelnen Kreditkartenmarken mit andern Zahlungsmitteln aus Händlersicht prinzipiell ausschliesst (vgl. Ziff. 143 der angefochtenen Verfügung).

Dies wird auch durch den Umstand bestätigt, dass gewisse Händler (wie z.B. "Denner, Mediamarkt, Coop Food, Waro etc.") in allen oder gewissen Geschäftsbereichen auf die Annahme von Kreditkarten (und da-



mit auf einen entsprechenden Anschluss an ein Kreditkarten-Netzwerk) verzichten, was den Schluss erlaubt, dass solche Händler gestützt auf eine Kosten-Nutzen-Analyse die Annahme von Bargeld (und allenfalls zusätzlich von unbaren Zahlungsmitteln wie Debitkarten oder Checks) als genügend für ihren Geschäftserfolg erachten und deshalb auch bereit sind, auf Kunden zu verzichten, die beispielsweise mangels temporärer Kontendeckung nur mit "ihrer" Kreditkarte einkaufen wollen (vgl. auch die nachfolgende Erw. 7.6). In diesem Sinn hat auch die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung ihren Standpunkt präzisiert und erkannt, dass die verschiedenen Zahlungsmittel jedenfalls auf Konsumentenstufe substituierbar seien. Dass deshalb für die Händler die Anschlüsse an Zahlungsverkehrssysteme ein ebenso wichtiges Wettbewerbsinstrument sind wie ein vollständiges Produktsortiment, liegt auf der Hand. Denn wie die Vorinstanz einleuchtend darlegt, wird der Kunde bereits bei seiner Entscheidung, ob er ein Gut bei einem bestimmten Händler kaufen will, den ihm angebotenen Zahlungsmöglichkeiten Rechnung tragen und sich bei eingeschränkten Zahlungsmöglichkeiten gegebenenfalls einen anderen Händler auswählen. Deshalb sind die Händler auch bestrebt, um im Produkt- und Dienstleistungswettbewerb mit anderen Händlern bestehen zu können, ihren Kunden für die Begleichung der Schulden als zusätzliche Erleichterungen diejenigen Zahlungsverkehrssysteme zur Verfügung zu stellen, von denen sie erwarten, dass ihre Kunden darüber verfügen. In diesem Sinne gibt die Vorinstanz treffend zu bedenken, dass ein Händler, der nur über den Anschluss an ein Debitkartensystem verfügt oder nur Bargeld akzeptiert, die Nachfrage von Kunden, die (aus welchen Gründen auch immer) mit Kreditkarten zahlen möchten, nicht befriedigen könne.

Schliesslich ist auch die Auffassung der Vorinstanz nicht zu beanstanden, dass die einzelnen Kreditkarten auch aus Sicht der Karteninhaber mit anderen Zahlungsmitteln nicht vollständig substituierbar sind, auch wenn andere Zahlungsmittel für Güterkäufe zur Verfügung stehen (vgl. FEW-HSG Studie Cards '02, a.a.O., S. 35, 37, 48 betr. die unvollständige Substituierbarkeit von Kredit- und Debitkarten). Diesbezüglich übersieht die Beschwerdeführerin die eng mit den kreditkartenspezifischen Eigenschaften zusammenhängenden Gründe, welche einen Kunden bewegen können, sich eine (kostenpflichtige) Kreditkarte zu beschaffen. Denn weshalb sollte ein Kunde geneigt sein, gegen Jahresgebühr eine (oder mehrere) Kreditkarte(n) anzuschaffen, wenn er sich davon nicht spezifische Vorteile verspricht, die anderen Zahlungsmitteln abgehen (wie z.B. die aufgeschobene Fälligkeit der Zahlschuld im Sinne eines *zinslosen* Darlehens, die internationale Einsetzbarkeit, *goodies*, Effizienz bei der Zahlung über Internet und Telefon etc.)?

7.5. Wird im Sinne der Wettbewerbskommission der "**Zugang zum Kreditkarten-Zahlungsverkehr**" als sachlich relevanter Markt definiert, so führt dies - wie die Beschwerdeführerin zu Recht bemängelt - zum *paradoxen Ergebnis*, dass die von der Vorinstanz als "*Nischenplayer*" bezeichnete Diners Club (Schweiz) AG sowie die JCB International Co. Ltd. - wegen ihrer a

priori verschwindenden inländischen Marktanteile - die NDR-Klausel *in jedem Fall* bei Händlern durchsetzen dürften, ohne dass einsichtig wäre, weshalb "ihre" Händler, welche eine "stark kaufkräftige" Kundschaft (Diners) und/oder solche aus Asien (JCB International Co. Ltd.) ansprechen möchten und daher auf den Zugang zu diesen Kreditkartensystemen angewiesen sind, sich die NDR-Klausel gefallen lassen müssten, weil diese unter den Prämissen der Vorinstanz kartellgesetzlich nicht zu beanstanden wäre.

Diese etwas seltsame Konsequenz, dass die NDR-Klausel bei "kleineren" Kreditkarten-Netzwerken *a priori* als unbedenklich einzustufen wäre, ruft nach vertiefenden Überlegungen und fördert erhebliche Gründe für die Annahme, dass der von den Acquirern vermittelte Zugang zu *jedem einzelnen* Kreditkarten-Netzwerk (wie VISA, AMEX, EM, Diners und JBCI) jeweils als *eigenständiger* sachrelevanter Markt aufzufassen wäre. Insofern müsste der Beschwerdeführerin durchaus zugestimmt werden, dass der von der Vorinstanz definierte "Markt für den Zugang zum Kreditkarten-Zahlungsverkehr" real gar nicht existiert, wie in den Ziffern 45 und 58 der Beschwerde zu Recht gerügt wird. Denn:

7.5.1. Die Nachfrage der Händler nach dem Zugang zum Netzwerk bestimmter Kreditkarten-Marken leitet sich von der Nachfrage der Kunden, das heisst von deren Zahlgewohnheiten ab. Deshalb ist für die Beurteilung der Frage, welchen Stellenwert der Anschluss an ein bestimmtes Kreditkarten-Netzwerk für den einzelnen Händler hat, massgebend, in welchem Ausmass dessen Kunden über die einzelnen (markenmässig unterschiedlichen) Kreditkarten verfügen, um unbare Zahlvorgänge auslösen zu können. Bei einer inländischen Marktdurchdringung im Jahre 2001 mit einem durchschnittlichen Pro-Kopf-Bestand von 0,57 Kreditkarten - im Unterschied zu einem Pro-Kopf-Bestand von 1,02 Debitkarten -, ist davon auszugehen, dass die Mehrzahl der (inländischen) Kunden (mit in der Schweiz herausgegebenen Kreditkarten) - neben einer Debitkarte - im Durchschnitt, wenn überhaupt, über *höchstens eine* Kreditkarte verfügt, weshalb in der Regel die Händler *alle* für sie umsatzrelevanten Kreditkarten anbieten müssen, um die einzelnen "Kundensegmente", welche im Allgemeinen unterschiedliche (!) Kreditkarten besitzen, ansprechen zu können (vgl. FEW-HSG Studie Cards '02, S. 41, S. 44 und S. 101; NB: im Unterschied zum Jahre 2001 betrug 1998 der inländische Pro-Kopfbestand betr. Kreditkarten 0.49 bzw. betr. Debitkarten 0,87). Dass ausnahmsweise gewisse (z.B. auf Luxusgüter oder auf eine bestimmte Kundschaft spezialisierte) Händler auf die Führung aller gängigen Kreditkarten verzichten, ist in diesem Kontext grundsätzlich unerheblich (vgl. Erw. 7.5.2).

Demzufolge kann angesichts der gegenwärtigen Durchschnittsstreuung der einzelnen Kreditkartentypen (= Marken) im Besitz der Kunden für die Händler (als Marktgegenseite der Acquiringverträge) der Zugang zu den jeweiligen Netzwerken der verschiedenen Kreditkartentypen *nicht* als substituierbar bezeichnet werden. Denn verfügt ein Kunde nur über



eine AMEX-Card - und will er einen Kauf (eine Dienstleistung) mit dieser Kreditkarte begleichen, bleibt ihm die Tür des Händlers, der nur VISA-Cards und/oder die Eurocard/Mastercards akzeptiert, verschlossen und er muss sich einen Händler suchen, bei dem "seine" AMEX-Card willkommen ist.

Diese Fokussierung auf die Besitz- beziehungsweise Streuverhältnisse macht deutlich, warum für die Händler der Zugang zu den einzelnen Kreditkartensystemen von teilweise unterschiedlicher Bedeutung ist. Diesen zentralen Aspekt übersieht die Vorinstanz, obwohl sie hinsichtlich der "Zahlungssysteme" anerkennt, dass sich diese aus Händlersicht jeweils ergänzen (vgl. Ziff. 143 der angefochtenen Verfügung), ohne aber die nahe liegende engere Marktabgrenzung ins Auge zu fassen.

7.5.2. Anderes dürfte nur gelten, wenn die Händler es einzig (oder mehrheitlich) mit Kunden zu tun hätten, die auch über alle Kreditkarten verfügen würden und sich daher bei Einkäufen entsprechend dem "Kreditkarten-Akzeptanzangebot" des Händlers richten könnten. Denn von der Streuung der einzelnen Kreditkartenmarken, die branchenspezifisch (Luxusgüter/Gebrauchsgüter) unterschiedlich aussehen dürfte, hängt es ab, ob Kunden überhaupt in der Lage sind, von einer Kreditkarte auf eine andere zu wechseln. Soweit jedoch der Durchschnittskunde hier zu Lande überhaupt *eine* Kreditkarte besitzt, hat der Händler es tatsächlich mit "Kundensegmenten" zu tun, die er - für sich genommen - nur mit dem Anschluss an das jeweilige, von diesen favorisierte Kreditkarten-Netzwerk ansprechen kann. Insofern erweist sich für den Händler, der seinen Kunden verschiedene Zahlungsmöglichkeiten anbieten will, der Zugang zu den einzelnen Kreditkarten-Netzwerken als komplementär.

Zwar hält die Wettbewerbskommission in ihrer Duplik fest, dass im Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft ein Wettbewerb unter den einzelnen Kreditkartenmarken ausgeschlossen sei. Denn nach Meinung der Vorinstanz sei der Händler (mangels Preistransparenz gegenüber den Konsumenten) nicht in der Lage, die einzelnen Zugänge zu Kreditkartenzahlungssystemen untereinander zu substituieren (!) und so den Substitutionswettbewerb spielen zu lassen; deshalb müsse er dem Kunden möglichst alle Kreditkartenmarken offerieren. Trotz dieser Darlegungen übersieht die Vorinstanz den springenden Punkt, dass bei der Bestimmung des sachlich relevanten Marktes die jeweiligen Netzwerke der einzelnen Kreditkartenmarken zu unterscheiden wären und folglich das Acquiring für den Systemzugang zu jeder *einzelnen* Kreditkartenmarke als selbstständiger, sachlich relevanter Markt aufzufassen wäre, zumal die Händler aus Nutzenüberlegungen (Kundensegmente!) die *einzelnen* Kreditkarten-Netzwerke untereinander nicht für substituierbar erachten.

Diese enge Marktabgrenzung entspricht im Übrigen nach den Ausführungen der Vorinstanz auch der Praxis der kanadischen Wettbewerbsbehörden für das VISA- und Eurocard/Mastercard-Acquiring.

7.5.3. Selbst wenn davon auszugehen wäre, dass jeder oder die Mehrzahl der inländischen Kreditkarteninhaber auch eine *Debitkarte* besäße, wäre - aus der hier massgeblichen Händlersicht - der Zugang zum Debitkarten-Abrechnungssystem nicht als Substitut für den Zugang zu den einzelnen Kreditkarten-Netzwerken aufzufassen, zumal die Kreditfunktion (aufgeschobene Fälligkeit/zinsloses Darlehen) wie auch die *goodies* fehlen, welche für den Kunden im Einzelfall (z.B. bei kurzfristig [drohender] ungenügender Kontendeckung, beim Wunsch nach Versicherungsdeckung etc.) für seinen geschäftlichen Transaktionsentscheid erheblich sein können und daher auch in der Kosten-Nutzen-Analyse des Händlers, der den Zugang zum jeweiligen Kreditkartensystem nachfragt, beachtlich sind.

7.5.4. Zusammenfassend sprechen somit erhebliche Gründe dafür, im Unterschied zur Vorinstanz und zur Beschwerdeführerin den sachlich relevanten Markt enger zu fassen und je einen "Markt für den Zugang zum Kreditkarten-Zahlungsverkehr" der AMEX-Card, der VISA-Card sowie der Eurocard/Mastercard abzugrenzen, wie dies auch der zustimmungswürdigen Praxis einzelner ausländischer Wettbewerbsbehörden entspricht.

Für diese Sichtweise spricht schliesslich auch der Umstand, dass sich die Wettbewerbswirkung des *cross border acquiring* nicht klar erfassen liesse, wenn im Sinne der wenig differenzierten Perspektive der Vorinstanz *nicht* nach den einzelnen, von den *cross border acquirern* vermittelten Zugängen zu den einzelnen Kreditkarten-Netzwerken zu unterscheiden wäre (Denn: Wie wäre der von der Vorinstanz postulierte Markt "des Zuganges zum Kreditkarten-Zahlungsverkehr" *räumlich* abzugrenzen, wenn beispielsweise *cross border acquirer* aus Westeuropa den inländischen Händlern kostengünstige Zugänge für VISA-Kreditkarten zu vermitteln vermöchten, so dass inländische [VISA-Kreditkarten-]Acquirer über keine marktbeherrschende Stellung mehr verfügen würden, aber gleichzeitig bei den Zugängen für AMEX-Cards keine *cross border acquirer* aufträten und der inländische [AMEX-Cards]-Acquirer ein Monopol besäße?).

7.6. Gegen diese auf den Zugang zu einem einzelnen Kreditkarten-Netzwerk beschränkte Marktabgrenzung liesse sich freilich einwenden, eine "Marke" sei grundsätzlich nicht als selbstständiger sachlich relevanter Markt aufzufassen.

Dem ist entgegenzuhalten, dass sich die Situation eines Händlers, welcher in einem Kreditkarten-Netzwerk eingebunden ist und - als sekundäre Dienstleistung - seinen Kunden zusätzlich den Weg eröffnen will, mittels "Kreditkarten" Schulden zu tilgen, nicht direkt mit der Stellung eines Händlers vergleichen lässt, der zur Senkung von Transaktionskosten als komplementärer Vertriebsmittler in ein selektives Vertriebssystem eines Herstellers eingebunden wird und für ein Bündel von Transaktionen auf dem Wiederverkaufsmarkt für Markenprodukte seine Autonomie aufgibt (vgl. zum selektiven Vertriebssystem: ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, a.a.O., S. 29, Rz. 66 f.; DIETRICH/SAURER, a.a.O., S. 593 ff.):

7.6.1. Im selektiven Vertriebssystem von Markenprodukten (d.h. Produkten mit hohem Prestige oder hohem technischen Stand) führt die Funktion des Händlers, als reiner Absatzmittler aufzutreten, dazu, ihn der Marktseite des Herstellers zuzurechnen, und lediglich den Endverbraucher als Marktgegenseite aufzufassen, dessen Nachfrageverhalten wiederum das Marktverhalten des Händlers stark beeinflussen mag (sog. Reaktionsverbundenheit). Bei dieser Ausgangslage kann sich die Formel "eine Marke gleich ein Markt" im Wiederverkaufsmarkt zwischen Händlern und Verbraucher, wie auch innerhalb der Vertriebskette zwischen Hersteller und Händler jedenfalls dann als falsch erweisen, wenn auf Endkundenstufe Produkte im Wettbewerb zu substituierbaren Gütern anderer Marken stehen (Interbrand-Wettbewerb) und deshalb der sachlich relevante Markt alle im Wettbewerb zueinander stehenden Marken umfassen muss (vgl. DIETRICH/SAURER, a.a.O., S. 610 f.). Denn soweit der Verbraucher andere Produkte als Substitute der selektiv vertriebenen Markenartikel erachtet (i.S.v. Ausweichmöglichkeiten des Konsumenten sowie entsprechende Abwanderung bei relativ geringen Preiserhöhungen), besteht die Möglichkeit von **wirksamem Interbrand-Wettbewerb** zwischen diesen Artikeln, der diesfalls disziplinierend auf die vertikale Abrede wirkt und die darin eingebundenen Händler und Hersteller zwingt, die Kostenvorteile der vertikalen Koordination an die Endverbraucher weiterzugeben (vgl. SAURER/DIETRICH, a.a.O., S. 596). Daher kann es dem Bedarfsmarktkonzept der funktionellen Austauschbarkeit für sich konkurrierende Marken widersprechen, separate relevante Märkte abzugrenzen (dieser Meinung: SAURER/DIETRICH, a.a.O., S. 597), wobei nach einer differenzierteren Lehrmeinung auf regionaler oder lokaler Vertriebsstufe auch der **Intra-brand-Wettbewerb** grundsätzlich schutzwürdig ist (ULRICH IMMENGA, Die Marke im Wettbewerb - Wettbewerb innerhalb der Marke, sic! 5/2002, S. 374 ff.).

7.6.2. Diese Überlegungen lassen sich jedoch nicht ohne weiteres auf den vorliegenden Fall übertragen. Anders als beim Warenvertrieb von Markenprodukten setzt der in einem Kreditkarten-Netzwerk eingebundene Händler keine Markenwaren (in Form des selektiven Vertriebs) ab, sondern er stellt seinen Kunden für die Schuldverpflichtung ein oder mehrere weitere bargeldlose Zahlungsmittelsysteme (in Form der Annahme bestimmter Kreditkartenmarken) zur Verfügung, in der Absicht, durch diese sekundäre Dienstleistung sein Verkaufsangebot (bzw. seine Dienstleistungen) einem grösseren Kundenkreis erschliessbar zu machen, ohne jedoch dabei seine primär auf den Vertrieb der eigenen Waren oder Hauptdienstleistungen gerichtete Autonomie aufgeben zu wollen (vgl. zur interkonnektionsbedingten Zwitterstellung des Händlers als sog. "**Prosumer**": FEW-HSG Studie Cards '02, S. 23 f., FN 21).

Das Kreditkarten-Netzwerk, in welches der Händler nicht zum Warenvertrieb, sondern zur Ermöglichung bargeldloser Zahlung (mit aufgeschobener Fälligkeit mittels **zinslosem** Darlehen) eingebunden ist, fördert dessen Geschäftstätigkeit nur soweit, als der von ihm umworbene Kundenkreis auch tatsächlich über die

entsprechende Kreditkarte verfügt und diese für Geschäftstransaktionen einsetzen kann (und will). Insofern stehen auch die Kunden als Endverbraucher - anders als im selektiven Vertriebssystem - nicht vor der Auswahl von verschiedenen, für austauschbar erachteten Markenartikeln, welche bei bestehendem Interbrand-Wettbewerb einem Markt zuzurechnen wären, sondern sie sind nur in der Lage, zur Erfüllung ihrer Schuldverpflichtungen auf diejenige(n) Kreditkarte(n) zu greifen, die sie auch tatsächlich besitzen, und die sie in der Regel benützen werden, wenn sich deren Einsatz aufgrund der kreditkartenspezifischen Vorteile lohnt (vgl. Erw. 7.3 f.).

7.7. Vor dem Hintergrund dieser **engeren sachlichen Marktabgrenzung**, welche angesichts des gegenwärtigen Marktdurchdringungsgrades von Kreditkarten sowie angesichts der gegenwärtigen Strukturen des inländischen Debit- und Kreditkartenzahlungsverkehrs mehr Plausibilität beanspruchen kann als die unterschiedlichen Marktabgrenzungen der Parteien, wird die Vorinstanz auch die Interdependenzen zwischen der NDR-Klausel und der **Interchange Fee** näher untersuchen müssen (vgl. dazu beispielsweise: JEAN-CHARLES ROCHET/JEAN TIROLE, a.a.O., insbes. Ziff. 3.3 f., S. 75 ff; UWE DULLECK, a.a.O., S. 12 ff.), soweit sie die Untersuchung weiterzuführen gewillt ist und diese nicht aufgrund der zwischenzeitlich veränderten Sachlage einstellt.

Auch in Bezug auf die räumliche Marktabgrenzung wird die aktuelle Bedeutung des **cross border acquiring** zu erheben und zu gewichten sein, zumal Indizien dafür sprechen, dass die hier zur Diskussion stehenden Acquiringkommissionen verstärkt unter Druck geraten sind, nachdem es nach der Aufhebung der Gebietsbeschränkungen in den Lizenzbestimmungen der grossen Kreditkarten-Systeme (mit Ausnahme von AMEX) ab 1999 auf dem inländischen Markt zu einem wettbewerbsfördernden Auftritt ausländischer Acquirer gekommen ist.

Da der von der Vorinstanz postulierte sachliche Markt des "Zugangs zum Kreditkartenzahlungsverkehr" real gar nicht existiert, kann die Beschwerdeführerin darin auch keine kollektiv marktbeherrschende Stellung einnehmen. Deshalb erübrigen sich zu dieser umstrittenen Rechtsfigur weitere Erörterungen. Ob indes die Beschwerdeführerin im Rahmen des **dual brand acquiring** derzeit mit der Cornè Banca SA allenfalls eine kollektive Marktbeherrschung einnimmt, wird die Vorinstanz ebenfalls abzuklären haben.

8. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde teilweise begründet ist, soweit darauf eingetreten werden kann (vgl. Erw. 1.4). Deshalb ist das Eventualbegehren gutzuheissen, die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Sache im Sinne der Erwägungen 6.3.3 ff. zur Neuurteilung an die Wettbewerbskommission zurückzuweisen.

9. Angesichts der vorzunehmenden Rückweisung der Streitsache braucht die in formeller Hinsicht geltend gemachte, angebliche Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführerin nicht mehr erörtert zu werden. Selbst wenn darauf einzugehen wäre, müsste

eine allfällige Gehörsverletzung als vor der Rekurskommission geheilt erachtet werden, zumal die Beschwerdeführerin mit Einräumung eines zweiten Schriftenwechsels Gelegenheit erhielt, ihren Standpunkt ausführlich darzulegen (vgl. REKO/WEF FB/2002-5 E. 4.5, a.a.O.).

Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ist die vorinstanzliche Auffassung zur Behandlung von *Geschäftsgeheimnissen* nicht zu beanstanden, zumal sie im Einklang mit der Rechtsprechung der Rekurskommission steht (vgl. REKO/WEF 01/FB-005, publiziert in: RPW 2002/4, S. 698, insbes. E. 3.2.1 f.). Ebenfalls nicht zu beanstanden ist, dass die Wettbewerbskommission ihre angefochtene Verfügung in einigen Punkten auf Geschäftsgeheimnisse (z.B. betr. die Lizenzsysteme, die Marktanteile) stützte, die jeweils von mindestens einer Verfügungsadressatin überprüft werden konnten. Ferner darf die Vorinstanz rechtsmissbräuchliches Verhalten dann annehmen, wenn sich eine Partei auf die Geheimhaltung derjenigen eigenen Daten berufen möchte, die sie indessen unter Berufung auf ihr Akteneinsichtsrecht bei anderen Parteien oder Verfahrensbeteiligten einsehen will. Wie die Vorinstanz zutreffend erwähnt, verfügt sie nach der erwähnten Rechtsprechung der Rekurskommission über einen erheblichen Beurteilungsspielraum bei der Bemessung der Bandbreiten für die Umschreibung allfälliger Geschäftsgeheimnisse.

10. Bei diesem Ausgang des Verfahrens gilt die Beschwerdeführerin, welche nicht mit ihrem Hauptsondern mit ihrem Eventualantrag durchgedrungen ist, als teilweise obsiegend. Daher rechtfertigt es sich, ihr die Verfahrenskosten in reduziertem Umfang aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese sind mit dem am 13. Februar 2003 geleisteten Kostenvorschuss von CHF [...] zu verrechnen (Art. 5 Abs. 3 der Verordnung vom 10.9.1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren, Kostenverordnung, SR 172.041.0). Der Wettbewerbskommission als Vorinstanz sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

Der Beschwerdeführerin, welche sich anwaltlich vertreten liess, sind notwendige und verhältnismässig hohe Kosten im Sinne des VwVG erwachsen. Ihr ist zulasten der Wettbewerbskommission eine reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 und 2 VwVG). Mit Kostennote vom 3. Juni 2005 macht der Rechtsvertreter anwaltliche Aufwendungen von insgesamt CHF [...] geltend. Davon entfallen CHF [...] auf das Honorar, CHF [...] auf Auslagen und CHF [...] auf die Mehrwertsteuer.

Für den Entscheid über die Höhe der Parteientschädigung ist grundsätzlich keine eingehende Begründung erforderlich (BGE 111 Ia 1 E. 2a).

10.1. Nach Artikel 8 Absatz 2 Buchstaben a bis c Kostenverordnung umfasst die Parteientschädigung in der Regel die Kosten der Vertretung, die Barauslagen und Spesen der Partei sowie deren Verdienstausschlag. Auf die Kosten der Vertretung und Verbeiständung finden nach Artikel 8 Absatz 3 Kostenverordnung sinngemäss die Bestimmungen über die Anwaltskos-

ten im Tarif vom 9. November 1978 über die Entschädigungen an die Gegenpartei für das Verfahren vor dem Bundesgericht (Tarif, SR 173.119.1) Anwendung.

Bei der Festsetzung der Parteientschädigung geht es aber nicht darum, die Rechnung des Rechtsvertreters an die Beschwerdeführerin auf ihre Angemessenheit zu beurteilen. Denn der hier massgebliche Tarif des Bundesgerichts ist nicht anwendbar auf das Verhältnis zwischen dem Anwalt und der von ihm vertretenen Partei (vgl. Art. 10 Tarif). Das Honorar, das der Klient seinem Rechtsvertreter schuldet, darf nicht mit der Parteientschädigung verwechselt werden, welche von der Gegenpartei oder der Körperschaft, in deren Namen verfügt wurde, zu erbringen ist (vgl. Art. 64 Abs. 2 VwVG).

In der Regel richtet sich dieses Honorar nach dem Streitwert. Es wird im Rahmen des im Tarif vorgesehenen Höchst- und Mindestbetrags nach der Wichtigkeit der Streitsache, ihrer Schwierigkeit sowie dem Umfang der Arbeitsleistung und dem Zeitaufwand des Anwalts bemessen (Art. 4 Abs. 1 Tarif). Der danach regelmässig zulässige Höchstbetrag der Entschädigung für das Honorar vermindert sich für Beschwerden an eidgenössische Rekurskommissionen um einen Viertel (Art. 8 Abs. 4 Kostenverordnung).

Für die Ermittlung des Streitwerts ist vorerst von den Rechtsbegehren der Parteien auszugehen (vgl. Art. 36 Abs. 1 OG [SR 173.110] i.V.m. Art. 4 Abs. 2 Tarif). Geht das Begehren nicht auf Bezahlung einer bestimmten Geldsumme, so setzt das Bundesgericht zunächst von Amtes wegen auf summarischem Weg nach freiem Ermessen, nötigenfalls nach Befragung eines Sachverständigen, den Streitwert fest (Art. 36 Abs. 2 OG). Dabei ist der Richter nicht an die Erklärungen der Parteien über den Streitwert gebunden. Hat der Richter den Streitwert zu ermitteln, wird eine objektive Festsetzung des Streitwertes angestrebt (SIEGFRIED SCHULLER, Die Berechnung des Streitwertes, Diss. Zürich 1974, S. 34 und S. 39; JEAN-FRANÇOIS POUURET, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, vol. I, Berne 1990, ch. 4.1 ad Art. 36, p. 268).

10.2. Im vorliegenden Fall zielt das Rechtsbegehren nicht auf die Bezahlung einer bestimmten Summe. Daher wäre für die Bemessung des Honorars grundsätzlich der Streitwert summarisch zu ermitteln. Davon ist indessen abzusehen, da sich die Beschwerdeführerin dazu nicht geäußert hat und im Übrigen auch jegliche Anhaltspunkte für eine objektive Bestimmung des Streitwertes fehlen. Denn dieser müsste mit Blick auf eine allfällige Gewinnschmälerung bestimmt werden, welche mit einem Verbot der NDR-Klausel verbunden sein könnte. Doch ob die Beschwerdeführerin diesfalls überhaupt eine Gewinneinbusse - und wenn ja, in welchem Ausmass - erleiden würde, lässt sich nicht bestimmen und wird auch nicht geltend gemacht. Daher ist die Entschädigung unter Berücksichtigung der Wichtigkeit der Streitsache einschliesslich des wirtschaftlichen Interesses an der Streitsache, ihrer Schwierigkeit sowie des Umfangs der Arbeitsleistung und des Zeitaufwands der Rechtsvertreter zu bestimmen (vgl. BGE 120 V 215 E. 4b u. 5 sowie Art 4 Abs. 4 Tarif).

Betreffend die Wichtigkeit der Sache ist anzuerkennen, dass der Ausgang des Verfahrens für die Beschwerdeführerin durchaus von wirtschaftlicher Bedeutung ist, auch wenn unklar ist, ob beziehungsweise inwiefern ein Verbot der NDR-Klausel sich für die Beschwerdeführerin - in der Praxis - überhaupt wirtschaftlich nachteilig auswirken würde. In rechtlicher Hinsicht ist anzuerkennen, dass sich Auslegungsfragen von erheblicher Schwierigkeit stellen. Auch waren eingehende Abklärungen für das Verständnis der wirtschaftlichen Abläufe in der massgebenden Regelungsmaterie notwendig. Was die Grössenordnung der Entschädigung angeht, orientiert sich die Rekurskommission an ihrer ständigen Praxis.

10.3. Aufgrund dieser Überlegungen erscheint - angesichts des *teilweisen* Obsiegens und des weiterhin *offenen* Verfahrensausgangs - eine reduzierte Parteientschädigung von CHF [...] (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen) als angemessen.

***Demnach entscheidet die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen:***

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist. Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 18. November 2002 wird aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Wettbewerbskommission zurückgewiesen.
2. [Verfahrenskosten]
3. Der Beschwerdeführerin wird zulasten der Wettbewerbskommission eine reduzierte Parteientschädigung von CHF [...] (inkl. Barauslagen und MWSt) zugesprochen.
4. [Rechtsmittelbelehrung]
5. [Eröffnung]

B 4	<b>Bundesgericht</b> Tribunal fédéral Tribunale federale
B 4	1. <b><i>Etablissements Ed. Cherix et Filanosa S.A./Edipresse S.A., Comco, Commission de recours pour les questions de concurrence</i></b>

**Arrêt du 14 juin 2005, Ile Cour de droit public, concernant la concentration d'entreprises, recours de droit administratif contre la décision de la Commission de recours pour les questions de concurrence du 15 juillet 2004**

**Faits:**

**A.**

Formé d'un ensemble de sociétés suisses et étrangères, le groupe Edipresse, de siège à Lausanne, est notamment actif dans l'édition de journaux et de périodiques; il édite plusieurs quotidiens en Suisse romande, dont "24 heures", "le Matin" et "La Tribune de Genève"; il détient en outre des participations minoritaires importantes dans d'autres sociétés de presse romandes, dont la société le Temps SA, à Genève, editrice du journal éponyme.

Le 22 mai 2002, Edipresse a notifié à la Commission de la concurrence (ci-après également citée: la Commission) un projet de concentration portant sur la prise de contrôle de la société Imprimerie Corbaz SA, à Montreux (ci-après: Corbaz SA); outre la gestion d'une imprimerie, cette entreprise familiale édite les quotidiens "La Presse Riviera-Chablais" et "La Presse Nord Vaudois". Après avoir procédé à un examen préalable, la Commission a décidé de soumettre le projet de concentration à la procédure d'examen prévue par la Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (RS 251; Loi sur les cartels, LCart) et l'Ordonnance du 17 juin 1996 sur le contrôle des concentrations d'entreprises (RS 251.4; OCCE). Communiquée aux entreprises participantes le 19 juin 2002, l'ouverture de la procédure a été publiée dans la Feuille Officielle Suisse du Commerce (FOSC) du 28 juin 2002 et la Feuille fédérale du 2 juillet 2002 (FF 2002 IV 4088).

Dans un rapport intermédiaire du 20 août 2002, la Commission a constaté que l'acquisition envisagée renforçait la position dominante d'Edipresse dans le canton de Vaud sur "le marché des lecteurs", mais non sur "les marchés de l'imprimerie et des annonces". Après avoir pris connaissance de ses observations, la Commission a informé Edipresse, le 7 octobre 2002, qu'elle avait l'intention d'interdire son projet de concentration; elle lui signalait néanmoins que l'opération pourrait être autorisée sous certaines conditions précises qu'elle énonçait. Le groupe Edipresse a demandé et obtenu une prolongation de la procédure d'examen jusqu'au 20 décembre 2002; dans le délai imparti, il a ensuite produit en cause des documents attestant qu'il avait pris les mesures préconisées par la Commission (lettre du 13.12.2002). Dans une lettre du

16 décembre 2002, cette dernière a indiqué aux entreprises participantes que "la concentration (pouvait) être réalisée sans réserve".

Par communiqué de presse du 17 décembre 2002, la Commission a annoncé qu'elle avait approuvé le rachat de Corbaz SA par Edipresse, en exposant qu'au vu des modifications apportées au projet initial, cette opération n'apparaissait, après examen, plus de nature à supprimer la concurrence efficace sur le marché des quotidiens vaudois, même si elle renforçait la position d'Edipresse. L'exposé de ces motifs a été publié dans la revue "Droit et politique de la concurrence" du mois de mai 2004 (p. 177 ss.).

**B.**

La société Etablissements Ed. Cherix et Filanosa SA, à Nyon (ci-après: la société Cherix SA), a saisi la Commission de recours pour les questions de concurrence (ci-après: la Commission de recours) d'un recours. Elle a conclu à l'annulation de la décision approuvant le projet de concentration formé par Edipresse, à l'interdiction de ce projet, ainsi qu'à la séparation des entreprises et des actifs regroupés à la suite de la concentration. A titre préalable, elle demandait la notification d'une décision écrite concernant l'approbation contestée ainsi que la communication du rapport ayant servi de base à cette décision. A l'appui de ses conclusions, elle déposait un avis de droit du professeur BLAISE KNAPP destiné à établir que l'approbation litigieuse constituait bien une décision sujette à recours au sens de l'article 5 de la Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021; PA).

La Commission et Edipresse ont conclu à l'irrecevabilité du recours et, subsidiairement, à son rejet.

Par décision du 15 juillet 2004, la Commission de recours a déclaré irrecevable le recours, au double motif de l'absence de décision attaquant au sens de l'article 5 PA ainsi que du défaut de qualité pour recourir de la société Cherix SA contre l'approbation contestée au vu de l'article 43 alinéa 4 LCart et de sa position de tiers dans la procédure en cause (entreprise concurrente).

**C.**

Agissant par la voie du recours de droit administratif, la société Cherix SA demande au Tribunal fédéral, sous suite de frais et dépens, d'annuler la décision précitée du 15 juillet 2004, de dire et constater que l'approbation du projet de concentration constitue une décision susceptible de recours et de renvoyer la

cause à la Commission de recours pour qu'elle examine sa qualité pour recourir à la lumière du seul article 48 lettre a PA, à l'exception de l'article 43 alinéa 4 LCart.

Etipresse conclut au rejet du recours sous suite de frais et dépens. La Commission demande également le rejet du recours, tandis que la Commission de recours renonce à se déterminer et renvoie aux considérants de son arrêt.

#### D.

Le 18 février 2005, la société Cherix SA a informé le Tribunal fédéral de ce qu'elle avait déposé auprès de la Commission de la concurrence une demande tendant à la révocation de sa décision du 16 décembre 2002 ou, à titre subsidiaire, à l'ouverture d'une enquête pour abus de position dominante au sens des articles 7 ss. et 26 ss. LCart.

#### *Le Tribunal fédéral considère en droit:*

##### 1.

Dans une procédure administrative régie par le droit fédéral, l'auteur d'un recours déclaré irrecevable pour défaut de qualité pour agir est habilité à contester ce prononcé par la voie du recours de droit administratif lorsque, comme en l'espèce (cf. art. 97 al. 1 et 98 lettre e OJ en relation avec l'art. 5 PA; ATF 124 II 499 consid. 1b p. 502), la décision de l'autorité intimée peut, sur le fond, faire l'objet d'un tel recours auprès du Tribunal fédéral (cf. ATF 128 II 156 consid. 1a p. 158; 127 II 264 consid. 1a p. 268; 125 II 10 consid. 2a p. 13 et les arrêts cités).

Pour le surplus, déposé en temps utile et dans les formes prescrites par la loi, le présent recours est recevable.

##### 2.

Le litige porte sur la recevabilité du recours formé par la recourante devant l'instance inférieure.

Il s'agit, en premier lieu, d'examiner la nature juridique de la lettre du 16 décembre 2002 par laquelle la Commission a fait savoir aux entreprises participantes que le projet de concentration présenté par Etipresse pouvait être réalisé sans réserve, plus précisément de déterminer si cet acte revêt, comme le soutient la recourante, le caractère d'une décision attaquable au sens de l'article 5 PA ou si, comme l'a tranché la Commission de recours, il a seulement valeur de prise de position non susceptible de recours (consid. 3 et 4).

En second lieu, l'examen doit se porter sur la qualité pour recourir de la société Cherix SA (consid. 5).

##### 3.

**3.1** La Loi sur les cartels a pour but d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence et de promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral (art. 1<sup>er</sup> LCart). Elle s'applique notamment aux entreprises de droit privé (cf. art. 2 al. 1<sup>er</sup> LCart) qui participent à des concentrations d'en-

treprises (cf. art. 4 al. 3 LCart et art. 1 et 2 OCCE), en leur imposant l'obligation de notifier à la Commission de la concurrence de telles opérations avant leur réalisation dans certaines situations, en particulier lorsque les entreprises participantes ont réalisé un chiffre d'affaires supérieur aux valeurs seuils fixées dans la loi lors du dernier exercice précédant la concentration (cf. art. 9 al. 1 à 3 LCart; ATF 127 III 219 consid. 4a p. 224-225). Si un examen préalable des projets soumis à l'obligation de notifier fait apparaître des indices de création ou de renforcement d'une position dominante, la Commission procède ensuite à un examen plus approfondi (cf. art. 10 al. 1 LCart). Lorsqu'il résulte de cet examen que la concentration crée ou renforce effectivement une position dominante capable de supprimer une concurrence efficace et qu'elle ne provoque pas une amélioration des conditions de concurrence sur un autre marché, qui l'emporte sur les inconvénients de la position dominante, la Commission de la concurrence interdit la concentration (cf. art. 10 al. 2 LCart, 1<sup>ère</sup> hypothèse) ou l'autorise moyennant des conditions ou des charges (cf. art. 10 al. 2 LCart, 2<sup>ème</sup> hypothèse).

**3.2** La procédure concernant l'examen des concentrations d'entreprises est régie aux articles 32 ss. LCart de la manière suivante: dans une première phase (dite d'examen préalable), la Commission de la concurrence dispose d'un délai d'un mois à compter de la réception de la notification d'une concentration d'entreprises pour décider s'il y a lieu de procéder à un examen plus approfondi et, le cas échéant, communiquer aux entreprises participantes l'ouverture d'une telle procédure; faute de "communication" dans ce délai, pendant lequel les entreprises participantes s'abstiennent de réaliser la concentration, "la concentration peut être réalisée sans réserve" (cf. art. 32 al. 1 et 2 LCart). Si la Commission décide de procéder à un examen plus approfondi (seconde phase), son secrétariat publie le contenu essentiel de la notification de concentration et indique le délai dans lequel des tiers peuvent communiquer leur avis sur celle-ci; au début de l'examen, elle décide également si la concentration notifiée peut être provisoirement réalisée à titre exceptionnel ou si elle reste suspendue (cf. art. 33 al. 1 et 2 LCart). La Commission doit ensuite achever son examen et rendre une décision dans les quatre mois dès l'ouverture de la procédure d'examen. Faute de décision dans ce délai, "la concentration est réputée autorisée", à moins que la Commission constate dans une décision qu'elle a été empêchée de conduire l'examen pour des causes imputables aux entreprises participantes (cf. art. 33 al. 3 LCart et 34 2<sup>ème</sup> phrase LCart).

Pour le surplus, la section 4 de la Loi sur les cartels prévoit un certain nombre de dispositions générales réglant la procédure et les voies de droit, dont certaines touchent également la procédure d'examen des concentrations d'entreprises. Ainsi, l'article 39 LCart dispose que la Loi fédérale sur la procédure administrative est applicable dans la mesure où la Loi sur les cartels n'y déroge pas. En outre, l'article 43 alinéa 4 LCart précise que seules les entreprises participantes ont qualité de parties dans la procédure d'examen des

concentrations d'entreprises. Enfin, l'article 44 LCart prévoit que les décisions de la Commission de la concurrence peuvent faire l'objet d'un recours à la Commission de recours.

#### 4.

**4.1** Selon la Commission de recours, qui fonde son opinion sur une interprétation littérale, historique, téléologique et systématique de la Loi sur les cartels, les concentrations d'entreprises ne sont pas soumises à un régime d'autorisation. Certes, les entreprises participantes ont l'obligation de notifier à la Commission de la concurrence les projets de concentration. Toutefois, estime la Commission de recours, seuls les refus de concentration ou les "autorisation" assorties de charges et/ou de conditions font l'objet d'une décision sujette à recours au sens de l'article 44 LCart (en relation avec l'art. 5 PA), tandis que les approbations pures et simples prennent effet en dehors de tout acte attaquant après l'écoulement du délai d'opposition de quatre mois prévu à l'article 34 LCart (en relation avec l'art. 33 al. 3 LCart). Lorsque, comme en l'espèce, la Commission donne son accord à la concentration avant ce terme, son intervention n'a, toujours selon la Commission de recours, pas valeur de décision attaquant, mais équivaut simplement à une "prise de position".

La recourante se dit "prête à admettre cette conception". Elle relève cependant qu'en l'espèce, du moment que la Commission de la concurrence constatait, au terme de la procédure d'examen, que le projet de concentration créait ou renforçait la position dominante d'Edipresse, elle n'avait le choix qu'entre l'une des deux possibilités prévues à l'article 10 alinéa 2 LCart, à savoir interdire la concentration - ce qu'elle n'a pas fait - ou alors - ce qu'elle aurait dû faire - l'autoriser sous réserve du respect des exigences qu'elle avait énoncées dans son rapport intermédiaire, c'est-à-dire en l'assortissant de conditions et/ou de charges fixées dans une décision attaquant.

**4.2** Il n'est pas contesté que le refus total ou partiel (accord assorti de conditions ou de charges) opposé à un projet de concentration constitue une décision pouvant faire l'objet d'un recours au sens de l'article 44 LCart en relation avec l'article 5 PA. La doctrine est sur ce point unanime (cf. CHRISTIAN BOVET, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, éd. par TERCIER/BOVET, Bâle 2002 [ci-après cité: CR Concurrence], n. 24 ad Art. 33 LCart; dans le même ouvrage SILVIO VENTURI, n. 31 ad Remarques liminaires aux art. 9-10 LCart et BENOIT CARRON, n. 9 ad Art. 44 LCart; MARCEL DIETRICH, Unternehmenszusammenschlüsse Formelles Fusionskontrollrecht, Art. 9-10, 32-38 KG, in: Das Kartellgesetz in der Praxis, éd. par ROGER ZÄCH, Zurich 2000 [ci-après cité: Das Kartellgesetz in der Praxis], p. 75 ss., 109; PATRIK DUCREY/JENS DROLSHAMMER, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, éd. par HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY, 2<sup>ème</sup> éd., Zurich 1997 [ci-après cité: Kommentar KG], n. 47-48 ad Art. 10; dans le même ouvrage, PATRIK DUCREY, n. 28 et 30 ad Art. 33 et BALZ GROSS, n. 20 ad Art. 44; PAUL RICHLI, Kartellverwaltungsverfahren, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, vol. V/2,

Kartellrecht, éd. par VON BÜREN/DAVID, Bâle 2000 [ci-après cité: SIWR V/2], p. 504; FRANK SCHERRER, Das europäische und schweizerische Fusionskontrollverfahren, thèse, Zurich 1996, p. 412 et 414; WALTER STOFFEL, Le droit suisse de la concurrence 1997: les premières expériences avec la nouvelle LCart, in: RSDA 1997, p. 249 ss., 256; ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2<sup>ème</sup> éd., Zurich 2005, n. 1033, 1077 et 1078 a contrario; PHILIPP ZURKINDEN, Die Regelung der Fusionskontrolle im schweizerischen Wettbewerbsrecht, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, éd. par KOLLER/MÜLLER/RHINOW/ZIMMERLI, Bâle/Genève/Munich, 1999, vol. 11 [ci-après cité: SBVR], n. 111; PIERRE MERCIER/OLIVIER MACH/HUBERT GILLIERON/SIMON AFFOLTER, Grands principes du droit de la concurrence, Bâle/Genève/Munich, 1999, p. 667).

En revanche, à rigueur de sa lettre, la Loi sur les cartels ne fournit pas de réponse claire et définitive à la question de savoir si l'on est également en présence d'une décision attaquant lorsque la Commission de la concurrence ne s'oppose pas à un projet de concentration et laisse s'écouler le délai de quatre mois prévu à l'article 33 alinéa 3 LCart. L'article 34, 2<sup>ème</sup> phrase LCart prévoit simplement qu'en l'absence de décision de la Commission dans ce délai, la concentration est "réputée autorisée". Cette fiction dispense assurément la commission de prononcer une décision formelle si elle n'entend pas s'opposer au projet. Elle ne permet cependant pas d'exclure, sans autre examen, l'existence d'une décision matérielle (tacite) susceptible de recours (cf. SCHERRER, op. cit., p. 375 ss.; ZURKINDEN, in: SBVR, n. 111; DIETRICH, Das Kartellgesetz in der Praxis, op. cit., p. 80). Par ailleurs, cette fiction ne dit pas non plus ce qu'il faut penser de la situation, apparemment habituelle en pratique - comme la présente espèce le confirme -, où la Commission donne son approbation avant la fin de la procédure d'examen sous une forme qui s'apparente matériellement à une décision (cf. VENTURI, in: CR concurrence, n. 32 ad Remarques liminaires aux art. 9 s. LCart). Enfin, la formulation de l'article 23 OCCE, qui pose le principe de la publication de la "décision" de la commission après la clôture de l'examen, ajoute également à la confusion, dans la mesure où, semble-t-il, cette disposition concerne également les projets de concentration acceptés sans réserve (cf. SCHERRER, op. cit., p. 420; PIERRE TERCIER, La procédure devant la Commission de la concurrence, in: RSDA, numéro spécial 1996, p. 35 ss., 44; contra: ZURKINDEN, in: SBVR, n. 111, note de bas de page no 218 et DUCREY, Kommentar KG, n. 33 ad art. 33, qui rattachent la publication des projets de concentration acceptés sans réserve à l'art. 22 OCCE, bien que cette disposition ne se rapporte qu'aux notifications qui n'ont pas donné lieu à l'ouverture d'une procédure d'examen).

**4.3** Les auteurs favorables à la solution retenue par la Commission de recours relèvent que, contrairement au projet initial du Conseil fédéral, qui prévoyait, à l'instar du droit communautaire, un régime d'autorisation, l'Assemblée fédérale a préféré le système actuellement en vigueur, moins bureaucratique et plus conforme aux besoins d'une économie de marché fondée sur un régime libéral. Ce système impose cer-

tes l'obligation de notifier à la Commission de la concurrence tout projet de concentration tombant sous le coup de l'article 9 LCart avant sa réalisation. Cette obligation est toutefois suivie d'une simple procédure d'opposition qui ne nécessite pas de décision lorsque la Commission juge que le projet de concentration qui lui est soumis ne soulève pas d'objection; il lui suffit alors de laisser s'écouler le délai d'opposition de quatre mois prévu à l'article 33 alinéa 3 LCart pour que la concentration soit réputée autorisée, en l'absence de toute décision et, par voie de conséquence, de toute procédure de recours (cf. DUCREY/DROLSHAMMER, *Kommentar KG*, n. 56 et 57 ad Art. 10; STOFFEL, *Le droit suisse de la concurrence 1997*, op. cit., p. 256; VENTURI, in: *CR Concurrence*, n. 31 et 32 ad Remarques liminaires aux art. 9 s. LCart; RICHLI, in: *SIWR V/2*, op. cit., p. 505; ZÄCH, op. cit., n. 1078 et 1086). La Commission peut toutefois autoriser les entreprises participantes à réaliser la concentration avant la fin du délai de quatre mois prescrit à l'article 33 alinéa 3 LCart; en ce cas, son autorisation équivaut à une simple prise de position qui n'a pas valeur de décision attaquant (VENTURI, *CR Concurrence*, n. 31 ad Remarques liminaires aux art. 9 s. LCart; STOFFEL, *Le droit suisse de la concurrence 1997*, op. cit., p. 256; MERCIER/MACH/GILLIERON/AFFOLTER, op. cit., p. 667 ad note 137; PAUL RICHLI, op. cit., p. 505), par analogie à ce que prévoit l'article 16 alinéa 1 OCCE pour la phase d'examen préalable: selon cette disposition, les entreprises participantes sont en effet autorisées à réaliser la concentration avant la fin du délai d'un mois prescrit à l'article 32 alinéa 2 LCart lorsque la Commission leur "communique" que le projet qui lui est soumis ne soulève pas d'objection (cf. DUCREY/DROLSHAMMER, in: *Kommentar KG*, n. 56 ad Art. 10; DUCREY, in: *Kommentar KG*, n. 26 ad Art. 33; du même auteur, in: *SIWR V/2*, p. 303; ZÄCH, op. cit., n. 1033; également favorable à l'application par analogie de l'art. 16 al. 1 OCCE pour l'approbation des projets de concentration, sans toutefois se prononcer clairement sur le caractère de décision attaquant, ou non, d'un tel acte: JÜRIG BORER, in: *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Zurich 1998 [ci-après cité: *Kommentar*], n. 9 et 10 ad art. 33 et n. 11 ss ad art. 44).

CHRISTIAN BOVET (in: *CR Concurrence*, n. 82 ad art. 32) critique cette conception qu'il juge formaliste et contraire au principe du parallélisme des formes: dans la mesure où l'on admet que l'ouverture de la procédure d'examen nécessite une décision, il estime que sa clôture doit se faire de la même manière. Par ailleurs, il est d'avis que la sécurité juridique s'oppose à ce que l'on doive attendre le terme de la procédure d'examen (d'une durée de quatre mois) pour déterminer a posteriori si l'ouverture d'une enquête (approfondie) au sens de l'article 33 LCart revêt le caractère d'une décision incidente, selon que la Commission décide finalement d'interdire ou d'autoriser le projet de concentration. FRANK SCHERRER (op. cit., p. 375-376) est d'avis que les modifications apportées au projet du Conseil fédéral par le Parlement et, notamment, la fiction selon laquelle la concentration est réputée autorisée après l'écoulement d'un délai de quatre mois (art. 34 LCart), ne changent rien au caractère de

la procédure qui continue à s'apparenter à un régime d'autorisation; il parle à ce propos de "Genehmigungspflicht mit Genehmigungsfiktion"; à son sens, (op. cit., p. 411 s.) une décision est nécessaire également pour autoriser un projet de concentration: à défaut, une concentration ne pourrait pas se faire avant l'écoulement du délai précité de quatre mois, ce qui ne serait pas admissible; par ailleurs, il voit dans le fait que l'article 38 LCart permette, à certaines conditions, de révoquer ou de réviser une autorisation, la preuve que celle-ci constitue une décision, tout comme le fait que, contrairement à ce qui est prévu à l'article 16 OCCE pour la procédure préalable, aucune disposition de la Loi sur les cartels ou de son règlement n'offre à la Commission la possibilité d'autoriser la concentration par la voie d'une simple "communication" avant l'échéance du délai précité de quatre mois.

D'autres auteurs adoptent une position plus nuancée. Ainsi, BALZ GROSS (in: *Kommentar KG*, note de bas de page no 27 et n. 54 ss. ad art. 44) postule qu'à certaines conditions - restrictives - les tiers (concurrents) ont le droit d'exiger une décision motivée afin de pouvoir bénéficier d'un certain contrôle juridictionnel lorsque la Commission ne s'oppose pas à une concentration. PHILIPP ZURKINDEN (in: *SBVR*, n. 111, note de bas de page 219) relève que les procédures de concentration peuvent se terminer par l'écoulement du temps sans qu'une décision formelle ne soit alors requise, en laissant plutôt entendre que les tiers ne peuvent pas exiger une telle décision (loc. cit., n. 105); il estime néanmoins que, contrairement à l'opinion de DUCREY, la Commission peut, si elle le souhaite, approuver la concentration dans une décision formelle (loc. cit., n. 111; dans le même sens, ZURKINDEN/TRÜEB, *Das neue Kartellgesetz, Handkommentar*, Zurich, 2004 [ci-après cité: *Handkommentar*], n. 5 ad art. 33). MARCEL DIETRICH (*Das Kartellgesetz in der Praxis*, op. cit., p. 80) soutient l'idée que la procédure d'examen présente les caractéristiques aussi bien d'une procédure d'autorisation que d'une procédure d'opposition selon que la Commission déclare ne pas avoir d'objection à la concentration ou qu'elle l'approuve dans une décision et/ou selon qu'elle agit dans le délai de quatre mois ou qu'elle laisse s'écouler ce délai sans se manifester. Enfin, BENOIT CARRON (in: *CR Concurrence*, n. 9 et 13 ad art. 44) considère que les autorisations de concentration d'entreprises sont des décisions susceptibles de recours, mais que l'absence de décision dans le délai de quatre mois de l'article 33 alinéa 3 LCart n'est, en revanche, pas un acte attaquant.

**4.4** Une interprétation historique de la Loi sur les cartels incline plutôt à penser que l'absence de réaction de la Commission de la concurrence pendant le délai d'opposition de quatre mois ne constitue pas une décision, du moins une décision sujette à recours. Les travaux préparatoires, notamment les débats au Conseil national (cf. BO CN 1995 I p. 1095 à 1101), indiquent en effet clairement que la substitution du régime d'autorisation proposé par le Conseil fédéral par le système actuellement en vigueur (notification obligatoire suivi d'une procédure d'opposition) visait à réduire la bureaucratie à son minimum afin d'accé-



lérer le traitement des projets de concentration notifiés à la Commission. Sont à cet égard révélatrices les déclarations du rapporteur de langue française du Conseil national ainsi que celles du Conseiller fédéral en charge du dossier qui insistent tous deux sur le fait qu'avec le système proposé, "il n'y a même pas besoin de décision" ou "d'approbation formelle ou tacite" pour qu'une concentration puisse se faire (BO CN 1995 I p. 1100-1101, *COUCHEPIN* et *DELAMURAZ*). Par ailleurs, dans un rapport du 11 octobre 2000 à l'attention de la Commission de gestion du Conseil national, l'Organe parlementaire de contrôle de l'administration (OPCA) a clairement exposé les critiques formulées par CHRISITAN BOVET à l'encontre de la jurisprudence de la Commission de recours, en particulier le fait que, faute de décision formelle, l'approbation d'une concentration ne pouvait pas faire l'objet d'un recours; jugé peu problématique, ce point n'a toutefois pas suscité de proposition de réforme (cf. FF 2000 3191, p. 3221/3222).

D'un autre côté, il existe certainement aussi de bons arguments pour considérer que le silence de la Commission dans le délai de quatre mois prévu à l'article 33 alinéa 3 LCart équivaut à une décision. D'une part, il faut admettre avec une partie de la doctrine que, matériellement, ce silence ne se distingue guère d'une décision d'approbation ou, selon la formule du professeur KNAPP, "d'une décision constatant la non-réalisation de la situation juridique visée à l'article 10 alinéa 2 LCart" (avis de droit, p. 12). D'autre part, dans la mesure où, sous réserve de certaines exceptions (cf., en particulier, l'art. 43 al. 4 LCart), la procédure d'examen des concentrations d'entreprises suit les règles générales de la procédure administrative (en vertu de l'art. 39 PA), on ne devrait pas agréer trop facilement une dérogation à celles-ci; en principe, il serait souhaitable qu'une telle dérogation figure de manière expresse dans la Loi sur les cartels (cf. MARCEL DIETRICH, in: Kommentar KG, n. 13 ad art. 39; du même auteur, in: Das Kartellgesetz in der Praxis, op. cit., p. 77 s.). Enfin, même si l'on peut admettre qu'une concentration peut se faire en l'absence de décision lorsque la Commission laisse s'écouler sans réagir le délai d'opposition de quatre mois, ni la loi, ni les travaux préparatoires n'offrent de réponse à la question de savoir ce qu'il en est lorsque la Commission donne son accord avant l'échéance dudit délai, encore moins lorsque, comme en l'espèce, cet accord intervient après que les sociétés participantes ont proposé un nouveau projet intégrant des propositions de la Commission. Comme le fait observer la recourante, on peut en effet se demander si, dans une telle situation, l'on ne se trouve pas en face d'une autorisation assortie de charges ou de conditions ou, du moins, si la Commission de la concurrence n'aurait pas dû rendre une telle décision qui, comme on l'a vu (supra consid. 4.2 in initio) est susceptible de recours (sur ce problème, cf. PATRIK DUCREY, *Geklärte und ungeklärte Fragen im Verfahren vor der Wettbewerbskommission*, in: Journée du droit de la concurrence 2001, Zurich 2003, p. 109 ss, 123; BORER, in: Kommentar, n. 9 et 10 ad art. 33; DIETRICH, *Kartellgesetz in der Praxis*, op. cit., p. 109; ZÄCH, op. cit., n. 835; VENTURI, in: CR Concurrence, n.

Concurrence, n. 15 ad art. 10 et les nombreuses références citées).

En l'état, ces questions souffrent toutefois de rester indécisées, car le recours doit en toute hypothèse être rejeté pour un autre motif.

## 5.

**5.1** Contrairement à l'article 43 alinéa 1 LCart, qui permet à certaines personnes physiques et morales de participer aux enquêtes concernant les restrictions à la concurrence, l'article 43 alinéa 4 LCart prévoit que seules les entreprises participantes ont la qualité de parties dans les procédures d'examen des concentrations d'entreprises. Les tiers concernés par un projet de concentration n'ont le droit que de prendre position par écrit au sujet de celui-ci (cf. art. 33 al. 1 LCart et 19 OCCE). De la même manière qu'il n'a pas voulu soumettre formellement les concentrations d'entreprises à un régime d'autorisation (cf. supra consid. 4.4), c'est afin de garantir en la matière une procédure simple, rapide et efficace que le législateur a décidé de priver les tiers de la qualité de parties lors de la phase d'examen des projets de concentration soumis à l'obligation de notifier, même si, comme la Cour de céans a déjà eu l'occasion de l'exposer, pareille conception est inconnue en droit communautaire (cf. ATF 124 II 499 consid. 3a p. 503 sv. et les références citées, en particulier le message du Conseil fédéral du 23 novembre 1994 concernant la Loi sur les cartels, in: FF 1995 I 472, p. 597 et 605).

L'article 43 alinéa 4 LCart ne concerne, selon sa lettre, que "la procédure d'examen des concentrations d'entreprises", mais non la qualité pour recourir, qui ne fait l'objet d'aucune disposition spéciale dans la Loi sur les cartels. Il est donc concevable de soutenir que, par le jeu du renvoi de l'article 39 LCart à la Loi fédérale sur la procédure administrative, l'article 43 alinéa 4 LCart a seulement valeur d'exception à l'article 6 PA (qui règle la qualité de partie en procédure fédérale), tandis que la qualité pour recourir n'est pas précisée et doit s'examiner à la lumière de l'article 48 PA (qui règle la qualité pour recourir en procédure administrative fédérale). Or, sous réserve d'exception, la qualité pour recourir au sens de la dernière disposition précitée n'est pas subordonnée à la condition d'avoir participé à la procédure ayant conduit à la décision contestée, mais dépend seulement de l'existence d'un intérêt digne de protection à demander l'annulation ou la modification d'une telle décision (cf. ATF 110 Ib 105 consid. 1d p. 110; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Zurich 1998, ch. 262 ss.; plus spécialement en matière de concentrations d'entreprises, cf. SCHERRER, op. cit., p. 436; ZURKINDEN/TRÜEB, *Handkommentar*, n. 3 ad art. 44; BOVET, in: CR Concurrence, n. 17 ad art. 33 LCart; Gross, *Kommentar KG*, n. 54 ss. ad art. 44; BORER, in: *Kommentar*, n. 14 ad art. 43 et 7 ad art. 44). On ne saurait dès lors conclure, sans autre examen, que l'exclusion des tiers de la procédure d'examen, voulue par le législateur à l'article 43 alinéa 4 LCart, emporte ipso facto leur absence de qualité pour recourir contre la décision prise par la Commission à l'issue de cette procédure. Le Tribunal fédéral a jus-

qu'ici laissé ouverte cette question qui divise la doctrine (cf. ATF 124 II 499 précité).

**5.2** Selon la doctrine majoritaire, les tiers doivent se voir reconnaître la qualité pour recourir contre les décisions de la Commission aux conditions de l'article 48 PA, conformément au renvoi de l'article 39 LCart (RICHLI, in: SIWR V/2 2000 p. 510; du même auteur, *Verfahren und Rechtsschutz*, in: *Das Kartellgesetz in der Praxis*, op. cit., p. 162; BOVET, in: *CR Concurrence*, n. 20 ad Remarques liminaires aux art. 32 ss. LCart et n. 17 ad art. 33 LCart; BORER, in: *Kommentar*, n. 6 et 14 ad art. 43 et n. 7 ad art. 44; ZÄCH, op. cit., n. 1084; PHILIPP ZURKINDEN/RUDOLF TRÜEB, *Das neue Kartellgesetz*, Handkommentar, Zurich, 2004 [ci-après cité: *Handkommentar*], n. 3 ad art. 43 et n. 4 ad art. 44; CARRON, in: *CR Concurrence*, n. 21 ad art. 44; GROSS, in: *Kommentar KG*, n. 54 s. ad art. 44; SCHERRER, op. cit., p. 435 ss.). Ces auteurs considèrent en effet qu'une exception à un droit aussi fondamental de procédure que l'accès à un contrôle juridictionnel doit être expressément prévue dans la Loi (cf. RICHLI, BOVET, SCHERRER et GROSS loc. cit.). Or, ainsi qu'on l'a vu (supra consid. 5.1), une telle disposition d'exception fait précisément défaut dans la loi sur les cartels, sauf à interpréter largement - au-delà de son seul texte - l'article 43 alinéa 4 LCart. Certains des auteurs précités insistent néanmoins sur le fait que, même si la qualité pour recourir dépend du seul article 48 PA, à l'exception de l'article 43 alinéa 4 LCart, il faut tout de même tenir compte de cette dernière disposition et de la volonté du législateur d'instaurer une procédure simple et rapide, en ce sens que les tiers ne doivent être admis à contester en justice un projet de concentration qu'exceptionnellement et à des conditions plus strictes que celles qui découlent du cadre habituel de l'article 48 PA (cf. GROSS, *Kommentar KG*, n. 54 ss. ad art. 44; SCHERRER, op. cit., p. 436 ss.; BOVET, in: *CR Concurrence*, n. 22 ad Remarques liminaires aux art. 32 ss. LCart).

La doctrine minoritaire estime au contraire que l'exclusion des tiers de la procédure d'examen entraîne également leur exclusion de la procédure de recours, car c'est la seule façon de garantir une procédure simple et rapide conformément à la volonté du législateur (cf. DUCREY, *Kommentar KG*, n. 13 ad art. 33; WALTER STOFFEL, *Die Beschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen*, in: *RSDA*, numéro spécial 1996, p. 45 ss., 48; FRANCIS NORDMANN, *Die schweizerische Fusionskontrolle im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts*, thèse Zurich, 1996, p. 246).

**5.3** Comme on l'a vu (supra consid. 4.4), les discussions aux Chambres fédérales qui ont précédé l'adoption de la Loi sur les cartels ont mis en évidence que le législateur a souhaité instaurer une procédure d'examen des concentrations d'entreprises simple, rapide et efficace; son but était avant tout que, conformément aux règles d'une économie de marché fondée sur un régime libéral (cf. art. 1<sup>er</sup> LCart), les entreprises puissent, dans toute la mesure du possible, elles-mêmes et dans les plus brefs délais décider et procéder aux concentrations qu'elles jugent profitables à leur développement, en dehors de toute bureaucratie inutile lorsque

leur projet ne soulève pas d'objection de la part de la Commission de la concurrence. C'est dans cet esprit que l'article 43 alinéa 4 LCart a été proposé par le Conseil fédéral (cf. FF 1995 I 472, p. 598, note 211) et adopté sans discussions par les Chambres fédérales (cf. BO CN 1995 I p. 1108 sv.; BO CE 1995 p. 867 sv.). Dans le message relatif à la Loi sur les cartels, le Conseil fédéral précisait également que la qualité pour former un recours au sens de l'article 44 LCart n'appartient pas seulement aux personnes touchées par la décision, mais également aux "tiers qui ont participé à une procédure selon l'article 43 (LCart)" (FF 1995 I 472, p. 606).

Lors de la récente modification de la Loi sur les cartels entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2004 (RO 2004 II 1385, 1390), une proposition a été faite de modifier l'article 43 alinéa 4 LCart en vue de ne plus réserver aux seules entreprises participantes la qualité de parties au sens de cette disposition, mais de l'étendre aux cantons dans lesquels les entreprises participantes ont leur siège. Cette proposition a été rejetée (cf. BO CN 2002 III 1448 sv.). Toutefois, lors de la discussion au Conseil national, le rapporteur de la minorité a plaidé en faveur de la modification proposée en exposant qu'il était nécessaire que les cantons concernés puissent faire connaître leur point de vue au sujet d'un projet de concentration et que, le cas échéant, ils disposent de la possibilité de recourir ("Beschwerdemöglichkeit") contre un tel projet ou de s'y opposer ("Aber es ist eigentlich ein Mangel im Verfahrensrecht, dass nicht mindestens auch die Standortkantone ein Einspracherecht haben") (ibidem).

**5.4** Selon une interprétation téléologique de la Loi sur les cartels faite à la lumière des intentions du législateur - auxquelles il faut accorder une importance particulière, s'agissant d'une loi récente (cf. ATF 128 I 288 consid. 2.4 p. 292) -, il faut admettre que les tiers ne sont pas habilités à contester un projet de concentration devant la Commission de recours.

Il ressort en effet aussi bien du message du Conseil fédéral concernant la Loi sur les cartels (cf. FF 1995 I 472, p. 606) que des débats au Parlement sur la récente révision de cette loi (cf. BO CN 2002 III 1448) qu'il existe, dans l'esprit du législateur, un lien clair et direct entre les articles 43 alinéa 4 et 44 LCart, en ce sens que la possibilité pour les tiers de former un recours contre un projet de concentration apparaît subordonnée à leur qualité de parties à la procédure d'examen.

Par ailleurs, s'il fallait reconnaître aux tiers la qualité pour recourir contre des projets de concentration soumis à notification, la célérité voulue par le législateur pour la procédure d'examen y afférente serait grandement compromise, puisque le recours d'un seul concurrent serait de nature à en allonger considérablement la durée, qui plus est, dans une mesure difficilement prévisible et quantifiable. A cet égard, il est relevé que le recours a effet suspensif (cf. art. 55 al. 1 PA) et que le retrait de celui-ci ne peut, en principe, être envisagé que pour les cas manifestement dénués de chances de succès (cf. GROSS, *Kommentar KG*, note de bas de page 70 ad art. 44; RICHLI, in: SIWR, p. 510;

contra: BORER, in: Kommentar, n. 14 ad art. 43). Par ailleurs, l'on se trouverait en présence d'une procédure biaisée qui n'a pas été voulue par le législateur, en ce sens que les tiers, jusqu'ici privés de leurs droits de parties en vertu de l'article 43 alinéa 4 LCart, pourraient pour la première fois faire valoir ceux-ci devant la Commission de recours. Le vrai débat aurait donc lieu en procédure de recours, avec tous les inconvénients que cela suppose. En particulier, la Commission de recours devrait, le cas échéant, mettre en oeuvre les mesures d'instruction utiles proposées par les tiers recourants, ou alors procéder à un renvoi de la cause à l'autorité inférieure pour complément d'instruction, ce qui serait de nature à allonger un peu plus encore la procédure. Un tel renvoi est d'ailleurs la règle dès que les investigations requises présentent une certaine ampleur ou des difficultés particulières (cf. STOFFEL, Die Beschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, op. cit., p. 45). Par ailleurs, en cas d'admission du recours formé par un tiers et de renvoi du dossier à la Commission pour instruction complémentaire et nouvelle décision, le système aboutirait à une situation pour le moins curieuse, puisque le tiers concerné (qui a obtenu gain de cause) se verrait à nouveau privé de tout droit de partie en vertu de l'article 43 alinéa 4 LCart. Au surplus, il n'est pas certain que la Commission de recours soit le lieu idéal pour un premier débat contradictoire portant sur l'établissement des faits et les problèmes de fond, dans la mesure où il peut arriver qu'elle fasse preuve d'une certaine retenue pour trancher les questions d'appréciation voire pour définir certaines notions juridiques indéterminées que la Commission ou son secrétariat apparaissent mieux à même de cerner (cf. CARRON, in: CR Concurrence, n. 23 ad Art. 44; RICHLI, in: SIWR V/2, op. cit., p. 511 ss.).

Enfin, à supposer que l'intention du législateur fût vraiment de permettre aux tiers de contester par la voie judiciaire un projet de concentration, il serait pour le moins étonnant qu'il n'ait, au moins pour les concurrents, pas expressément prévu cette possibilité dans la Loi sur les cartels, si ce n'est lors de l'adoption de ce texte, du moins lors de sa révision en 2002. En effet, bien qu'il connût alors parfaitement la pratique restrictive - contestée par une partie de la doctrine - suivie en la matière par la Commission de recours (cf. notamment le rapport précité du 11.10.2000 de l'Organe parlementaire de contrôle de l'administration, p. 3218 ss.), il n'a pas jugé utile de corriger la loi sur ce point, mais a simplement examiné l'opportunité d'étendre aux cantons concernés par une concentration d'entreprises - à l'exception des tiers - le droit de participer à la procédure d'examen au sens de l'article 43 alinéa 4 LCart.

5.5 En conséquence, il se justifie de procéder à une interprétation extensive de l'article 43 alinéa 4 LCart et d'admettre que, malgré son texte, cette disposition n'a pas seulement pour conséquence de priver les tiers de la qualité de parties durant la procédure d'examen, mais les empêche également de recourir contre les projets de concentration approuvés par la Commission. Il s'ensuit que, dans le cas particulier, pour peu

que l'autorisation donnée par la Commission à la concentration litigieuse eût effectivement valeur de décision attaquable, au sens de l'article 44 LCart (en relation avec l'article 5 PA), comme le soutient la recourante, celle-ci n'avait de toute façon pas la qualité pour contester un tel acte devant la Commission de recours, ainsi que l'a tranché à juste raison cette autorité.

La recourante n'est cependant pas privée de tout moyen pour se défendre contre d'éventuels abus de son concurrent. En cas de restrictions illicites à la concurrence (accords ou pratiques illicites au sens des art. 5 ss LCart), elle peut notamment - comme elle semble d'ailleurs l'avoir fait (cf. sa lettre du 28.2.2005) - dénoncer les faits aux autorités compétentes (cf. art. 26 ss. LCart; sur la complémentarité de ce moyen de droit, de caractère répressif, par rapport au contrôle des concentrations, de caractère préventif, cf. Venturi, in: CR Concurrence, n. 23 et 42 ad Remarques liminaires aux art. 9 s. LCart). Certes, elle ne peut pas, comme tel, prétendre un droit à l'ouverture d'une enquête administrative; toutefois, si une telle enquête est ouverte, elle peut y prendre part et exercer tous ses droits de partie (cf. art. 43 al. 1 à 3 LCart; ATF 130 II 521). Par ailleurs et surtout, la recourante dispose de tous les moyens du droit privé et de la procédure civile offerts par la Loi sur les cartels (cf. art. 12 ss. LCart). Le choix de la procédure à suivre dépendra essentiellement des intérêts en jeu: en principe, lorsque le maintien d'une concurrence efficace dans l'intérêt public apparaît le but prioritaire recherché, la voie de la procédure administrative sera la règle, tandis que le recours au juge civil sera de mise si des intérêts privés sont en première ligne (cf. ATF 130 II 521 consid. 9 p. 529 s.; 130 II 149 consid. 24 et les nombreuses références citées à la doctrine).

## 6.

Il suit de ce qui précède que le recours est mal fondé.

Succombant, la recourante supportera les frais judiciaires (art. 156 al. 1 et 7 OJ) et versera une indemnité de dépens à Edipresse (art. 159 al. 1 OJ).

### *Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:*

#### 1.

Le recours est rejeté.

#### 2.

Un émolument judiciaire de CHF [...] est mis à la charge de la société Etablissements Ed. Cherix et Filanosa SA.

#### 3.

La société Etablissements Ed. Cherix et Filanosa SA versera à Edipresse SA une indemnité de dépens de CHF [...].

#### 4.

Le présent arrêt est communiqué en copie aux mandataires des parties, à la Commission de la concurrence et à la Commission de recours pour les questions de concurrence.

B 4

**2. Cablecom GmbH/CT Cinetrade AG, Swisscom AG, Weko, Rekurskommission für Wettbewerbsfragen**

*Verfügung vom 16. Juni 2005, II. Öffentlich-rechtliche Abteilung, in Sachen Unternehmenszusammenschluss, Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Zwischenverfügung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 21. April 2005*

*Es wird in Erwägung gezogen:*

1.

**1.1** Die Swisscom AG und die CT Cinetrade AG sehen eine strategische Partnerschaft vor, wobei die Swisscom 49% der Aktien der Cinetrade erwirbt. Die Swisscom AG meldete das Zusammenschlussvorhaben am 25. Oktober 2004 der Wettbewerbskommission. Die Cablecom GmbH als vom Zusammenschluss besonders betroffenes Unternehmen wurde von der Wettbewerbskommission angehört. Am 7. März 2005 bewilligte die Wettbewerbskommission das Zusammenschlussvorhaben. Die Cablecom GmbH erhob am 10. März 2005 gegen diese in einer Pressemitteilung publizierte Genehmigung Beschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, wobei sie ein Gesuch um verschiedene vorsorgliche Massnahmen stellte. Mit Zwischenverfügung vom 21. April 2005 wies die Rekurskommission das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen ab, soweit darauf einzutreten sei, entzog der Beschwerde vom 10. März 2005, soweit darauf einzutreten sei, die aufschiebende Wirkung und beschränkte das Verfahren bis auf weiteres auf die Frage der Eintretensvoraussetzungen.

**1.2** Gegen diese Zwischenverfügung erhob die Cablecom GmbH am 2. Mai 2005 Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ersucht sie um Einsicht in die Verfahrensakten. Sodann ersucht sie namentlich darum, es sei gegenüber den Beschwerdegegnerinnen Swisscom AG und CT Cinetrade AG ein vorsorgliches Verbot zum Vollzug ihres Zusammenschlussvorhabens zu erlassen, und im Hinblick darauf seien den Beschwerdegegnerinnen unter der Androhung der Bestrafung nach Artikel 292 StGB unverzüglich und superprovisorisch bestimmte Handlungen konkret zu verbieten. Weiter wird darum ersucht, der Verwaltungsgerichtsbeschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen und den Vollzug der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 7. März 2005 bis zum Entscheid in der Hauptsache einstweilen auszusetzen.

Mit superprovisorischer Verfügung vom 11. Mai 2005 untersagte der Präsident der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung den Beschwerdegegnerinnen bis auf weiteres, den geprüften Unternehmenszusammenschluss zu vollziehen (Ziff. 1). Zugleich setzte er den Verfahrensbeteiligten Frist, sich zu den beantragten vorsorglichen Massnahmen zu äussern. Mit Verfügung vom 13. Mai 2005 sodann hiess er ein Gesuch der Beschwerdegegnerin CT Cinetrade AG um Akteneinsicht dahinge-

hend teilweise gut, dass ihr gewisse Beschwerdebeilagen zur Einsicht zugestellt wurden.

Am 25. Mai 2005 stellte die Beschwerdeführerin im Weiteren das Gesuch, es sei ihr Einsicht in den Entscheid der Wettbewerbskommission vom 7. März 2005 und in die Stellungnahmen der Beschwerdegegnerinnen zu gewähren; nach Gewährung entsprechender Akteneinsicht sei ein zweiter Schriftenwechsel - auch zu den vorsorglichen Massnahmen - anzuordnen.

Die Beschwerdegegnerinnen beantragen im Wesentlichen, Ziffer 1 der Verfügung des Abteilungspräsidenten vom 11. Mai 2005 sei aufzuheben, das Gesuch der Beschwerdeführerin um vorsorgliche Massnahmen beziehungsweise Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei; eventualiter sei die Beschwerdeführerin vor Erlass vorsorglicher Massnahmen beziehungsweise vor Erteilung der aufschiebenden Wirkung zu einer Sicherheitsleistung in der Höhe von CHF 7 Mio. (Stellungnahme Swisscom AG) beziehungsweise von CHF 4 Mio. (Stellungnahme CT Cinetrade AG) zu verpflichten. Beide Beschwerdegegnerinnen widersetzen sich sodann weitgehend dem Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin.

Die Vorinstanz stellt die hinsichtlich des Gesuchs um Erlass vorsorglicher Anordnungen vorzunehmende Regelung dem Bundesgericht anheim. Die Wettbewerbskommission hat sich zum Gesuch nicht geäussert.

2.

**2.1** Im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann der Abteilungspräsident nach Eingang der Beschwerdeschrift auf Ansuchen einer Partei diejenigen vorsorglichen Verfügungen treffen, die erforderlich sind, um den bestehenden Zustand zu erhalten oder bedrohte rechtliche Interessen einstweilen sicherzustellen (Art. 94 in Verbindung mit Art. 113 OG); insbesondere kann er der Verwaltungsgerichtsbeschwerde die aufschiebende Wirkung erteilen (Art. 111 Abs. 2 OG). Er kann solche Anordnungen zunächst ohne Anhörung der weiteren Verfahrensbeteiligten - das heisst superprovisorisch - erlassen, wenn eine Bedrohung rechtlicher Interessen glaubhaft gemacht wird, deren Schutz kein Aufschub erträgt. Auch im Anschluss an ein Superprovisorium gewährt er jeodch das rechtliche Gehör und befindet alsdann über das vorsorglich, das heisst während des Verfahrens geltende Regime. Er hat dabei die sich gegenüberstehenden Interessen gegeneinander abzuwägen. Bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen ist eine gewisse Zurückhaltung zu üben; erforderlich sind triftige Gründe. Dies gilt in besonderem Masse, wenn der Inhalt der angebehrten Anordnungen im Wesentlichen mit dem Inhalt der durch die angefochtene Zwischenverfügung angelehnten vorsorglichen Anordnungen übereinstimmt. Bei der Interessenabwägung

sind die Erfolgsaussichten des Rechtsmittels zumindest dann mit zu berücksichtigen, wenn eine erhebliche Wahrscheinlichkeit für einen bestimmten Prozessausgang spricht (vgl. BGE 130 II 149 E.2.2. S. 155).

2.2. Die Rekurskommission hat in ihren Erwägungen unter anderem auf einen eigenen Entscheid vom 15. Juli 2004 in Sachen Etablissements Ed. Cherix et Filanosa S.A. verwiesen, worin sie festgestellt hatte, dass es sich bei der Genehmigung eines Zusammenschlussvorhabens nicht um eine Verfügung im Sinne von Artikel 5 VwVG handelt und den Konkurrenten keine Parteistellung zukomme, und aus diesem Grunde auf die Beschwerde der Konkurrentin nicht eingetreten war. Zum Zeitpunkt, als die Rekurskommission die vorliegend angefochtene Zwischenverfügung erliess, war die gegen diesen Entscheid vom 15. Juli 2004 erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde vor Bundesgericht noch hängig (Verfahren 2A.535/2004). Am 14. Juni 2005 hat nun das Bundesgericht in jener Angelegenheit sein Urteil gefällt. Es leitet aus Artikel 43 Absatz 4 KG, wonach im Verfahren der Prüfung von Unternehmenszusammenschlüssen nur die beteiligten Unternehmen Parteirechte haben, nicht bloss ab, dass die Konkurrenten sich nicht als Partei am Verfahren vor der Wettbewerbskommission beteiligen können, sondern darüber hinaus auch nicht legitimiert sind, gegen die Genehmigung des Zusammenschlusses im Sinne von Artikel 44 KG Beschwerde an die Rekurskommission zu erheben.

Bei dieser Ausgangslage erscheint es als wenig wahrscheinlich, dass die Beschwerdeführerin im hängigen Verfahren, welches die Genehmigung eines Unternehmenszusammenschlusses zum Gegenstand hat und die gleiche verfahrensrechtliche Konstellation aufweist wie das beurteilte, als zur Beschwerde an die Rekurskommission legitimiert zu betrachten sein wird. Schon allein aus diesem Grund sind die Aussichten, dass das Bundesgericht die angefochtene Zwischenverfügung als bundesrechtswidrig betrachten könnte, gering. Jedenfalls besteht nach Beurteilung der hauptsächlich interessierenden Rechtsfrage in einem anderen Verfahren kein Anlass mehr, im vorliegenden Verfügungsverfahren abweichend von der Vorinstanz vorsorgliche Anordnung zu Gunsten der Beschwerdeführerin zu treffen, die sich zum Nachteil der Beschwerdegegnerinnen auswirken. Das Gesuch um

vorsorgliche Massnahmen erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen.

2.3. Unter den gegebenen Umständen besteht vorerst auch kein Anlass, dem Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin Folge zu geben oder einen weiteren Schriftenwechsel anzuordnen. Vielmehr erscheint es angebracht, diese Frist anzusetzen, um sich zum weiteren Verlauf des bundesgerichtlichen Verfahrens zu äussern beziehungsweise einen allfälligen Rückzug der Verwaltungsgerichtsbeschwerde zu prüfen. Zugleich ist den weiteren Verfahrensbeteiligten die ihnen zur Einreichung einer Vernehmlassung zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde selber angesetzte Frist (24.6.2005) abzunehmen.

***Demnach wird verfügt:***

1.

Das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen und um aufschiebende Wirkung wird abgewiesen; das am 11. Mai 2005 angeordnete Superprovisorium (Ziff. 1 der ergangenen Verfügung) gilt als aufgehoben.

2.

Den Beschwerdegegnerinnen und den weiteren Verfahrensbeteiligten wird die ihnen auf den 24. Juni 2005 angesetzte Vernehmlassungsfrist abgenommen.

3.

Der Beschwerdeführerin wird Frist bis 8. Juli 2005 angesetzt, um sich zum weiteren Verlauf des bundesgerichtlichen Verfahrens zu äussern.

4.

Das Begehren der Beschwerdeführerin um Akteneinsicht und zweiten Schriftenwechsel wird zurzeit abgewiesen.

5.

Diese Verfügung wird den Parteien, der Wettbewerbskommission und der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen schriftlich mitgeteilt.

B 4

### 3. *Cablecom GmbH/CT Cinetrade AG, Swisscom AG, Weko, Rekurskommission für Wettbewerbsfragen*

*Verfügung vom 11. Juli 2005, II. Öffentlich-rechtliche Abteilung, in Sachen Unternehmenszusammenschluss, Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Zwischenverfügung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 21. April 2005*

*Es wird in Erwägung gezogen:*

1.

Am 7. März 2005 bewilligte die Wettbewerbskommission ein Zusammenschlussvorhaben der Swisscom AG und der CT Cinetrade AG (Erwerb von 49% der Cinetrade-Aktien durch die Swisscom). Die Cablecom GmbH erhob am 10. März 2005 gegen diese Genehmigung Beschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, wobei sie ein Gesuch um verschiedene vorsorgliche Massnahmen stellte. Mit Zwischenverfügung vom 21. April 2005 wies die Rekurskommission das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen ab, soweit darauf einzutreten sei, entzog der Beschwerde die aufschiebende Wirkung und beschränkte das Verfahren bis auf weiteres auf die Frage der Eintretensvoraussetzungen.

Gegen diese Zwischenverfügung erhob die Cablecom GmbH am 2. Mai 2005 Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht. Daraufhin wurde der Vollzug des Unternehmenszusammenschlusses vorerst superprovisorisch untersagt und den übrigen Beteiligten das rechtliche Gehör gewährt (Präsidialverfügung vom 11.5.2005). Mit Verfügung vom 16. Juni 2005 wies der Präsident der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen und um aufschiebende Wirkung ab; zudem wurde der Beschwerdeführerin Frist bis 8. Juli 2005 angesetzt, um sich zum weiteren Verlauf des bundesgerichtlichen Verfahrens zu äussern.

Mit Schreiben vom 8. Juli 2005 hat die Beschwerdeführerin die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zurückgezogen. Bereits zuvor, am 22. und 23. Juni 2005, haben die Beschwerdegegnerinnen separat um Ausrichtung einer Parteientschädigung von CHF [...] (Swisscom AG) beziehungsweise CHF [...] zuzüglich Mehrwertsteuer (Cinetrade AG) ersucht.

2.

2.1 Gemäss Artikel 73 Absatz 1 BZP, welcher auch im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde Anwendung findet (Art. 40 OG), beendet die Rückzugserklärung (Abstand) den Rechtsstreit. Bei Streitbeendigung vor der Hauptverhandlung durch Abstand entscheidet der Instruktionsrichter oder Abteilungspräsident über die Gerichtskosten; zugleich bestimmt er die Höhe der Parteientschädigung (Art. 5 Abs. 2 Satz 2 BZP).

2.2

2.2.1 Die Beschwerdeführerin hat vorbehaltlos den Rückzug ihrer Beschwerde erklärt. Sie hat als unterliegende Partei zu gelten, weshalb sie einerseits die Gerichtskosten zu tragen (Art. 156 Abs. 1 und 6 OG) und andererseits den Gegenparteien die durch den Rechtsstreit verursachten notwendigen Kosten zu ersetzen hat (Parteientschädigung, Art. 159 Abs. 1 und 2 OG).

2.2.2 Die Gerichtsgebühr (Art. 153 Abs. 1 OG) richtet sich nach Streitwert, Umfang und Schwierigkeit der Sache (Art. 153a Abs. 1 OG). Auch das Anwaltshonorar, das Hauptelement der der Gegenpartei geschuldeten Parteientschädigung darstellt, richtet sich nach Streitwert und (Zeit-) Umfang der Arbeitsleistung des Anwalts (Art. 4 des Tarifs vom 9.11.1978 über die Entschädigungen an die Gegenpartei für das Verfahren vor dem Bundesgericht [Entschädigungstarif; SR 173.119.1]).

Die Beschwerdegegnerinnen gehen beide von einem Streitwert in der Grössenordnung von - insgesamt - mindestens CHF [...] aus. Es handelt sich dabei um eine Schätzung von Verzögerungsschaden, welcher allein im Zusammenhang mit vorsorglichen Massnahmen drohen soll. Abgesehen davon, dass insofern nur mittelbar ein Streitwert gegeben ist, lässt sich derartige Schaden nicht leicht quantifizieren; zumindest bei der vorliegenden Prozesskonstellation kann für die Streitwertberechnung nicht einfach darauf abgestellt werden: Es darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass schon das Verfahren vor der Vorinstanz bisher auf die Eintretensfrage begrenzt war und auch das Ergebnis der angefochtenen Zwischenverfügung weit überwiegend von einer provisorischen Einschätzung dieser formellrechtlichen Frage abhängig gemacht worden ist. Dies wirkt sich auf den Umfang des notwendigen prozessualen Aufwandes vor Bundesgericht aus, wobei ein Teil der Bemühungen der Parteien durchaus als im Hinblick auf das Hauptverfahren erfolgt gelten können. Allerdings ist nicht von der Hand zu weisen, dass der Aufwand der Beschwerdegegnerinnen durch den Umfang der Beschwerdeschrift der Beschwerdeführerin mitbeeinflusst worden sein dürfte.

Soweit dem Verfahren dennoch ein Streitwert von über CHF [...] zugrunde gelegt werden soll, ist für die Festsetzung von Gerichtsgebühr und Parteientschädigungen der Rahmen der entsprechenden Tarife nicht voll auszuschöpfen.

2.2.3 Gemäss Ziffer 3 des Tarifs vom 31. März 1992 für die Gerichtsgebühren im Verfahren vor dem Bundesgericht (SR 173.118.1) beträgt die Gerichtsgebühr im Rechtsmittelverfahren bei einem Streitwert von über CHF 5 Mio. CHF 15'000.- bis CHF 50'000.-. Da das Bundesgericht kein Sachurteil zu fällen hat, rechtfertigt

sich eine auf einen Betrag von CHF [...] reduzierte Gerichtsgebühr.

Gemäss Artikel 6 Absatz 1 des Entschädigungstarifs beträgt das Anwaltshonorar in einem Rechtsmittelverfahren mit einem Streitwert von über CHF 5 Mio. CHF 20'000.- bis 1 Prozent des Streitwerts. Unter den gegebenen Umständen fällt eine Entschädigung von 1 Prozent des behaupteten Streitwerts ausser Betracht. Hinzu kommt, dass nicht jede der beiden Beschwerdegegnerinnen für sich eine auf dem gesamten Streitwert berechnete Entschädigung beanspruchen kann. Die von der Beschwerdeführerin zu entrichtende Parteienschädigung ist im Total auf CHF [...] festzusetzen, wobei mit dieser Summe nebst den Anwaltshonoraren (inkl. Mehrwertsteuer) auch die übrigen Aufwendungen abgegolten sind. Davon enthält jede Beschwerdegegnerin die Hälfte.

***Demnach wird verfügt:***

**1.**

Der Rechtsstreit wird infolge Rückzugs der Verwaltungsgerichtsbeschwerde als erledigt erklärt und vom Geschäftsverzeichnis abgeschrieben.

**2.**

Die Gerichtsgebühr von CHF [...] wird der Beschwerdeführerin auferlegt.

**3.**

Die Beschwerdeführerin hat den Beschwerdegegnerinnen für das bundesgerichtliche Verfahren Parteienschädigungen von insgesamt CHF [...] (je CHF [...]) zu bezahlen.

**4.**

Diese Verfügung wird den Parteien, der Wettbewerbskommission und der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen schriftlich mitgeteilt.

B 4

**4. *Atel, BKW FMB Energie AG, Centralschweizerische Kraftwerke AG, Elektrizitäts-Gesellschaft Laufenburg AG, EOS SA, ewz, Nordostschweizerische Kraftwerke AG/Weko, Rekurskommission für Wettbewerbsfragen***

*Verfügung vom 13. Juli 2005, II. Öffentlich-rechtliche Abteilung, in Sachen Unternehmenszusammenschluss (vorsorgliche Massnahmen), Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Verfügung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 9. Juni 2005*

*Es wird in Erwägung gezogen:*

1.

1.1 Die Wettbewerbskommission stellte mit Verfügung vom 7. März 2005 fest, dass das Zusammenschlussvorhaben von sieben im Elektrizitätssektor tätigen Unternehmen (Gründung der Swissgrid AG) eine marktbeherrschende Stellung der Swissgrid AG auf dem Markt für Stromübertragung in verschiedenen Gebieten der Schweiz begründe beziehungsweise verstärke, durch welche der wirksame Wettbewerb beseitigt werden könne (Verfügungsdispositiv Ziff. 1). Dennoch genehmigte sie das Zusammenschlussvorhaben Swissgrid, dies aber mit verschiedenen Auflagen (Verfügungsdispositiv, Ziff. 2). Die sieben Unternehmen erhoben gegen diese Verfügung Beschwerde an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen. Sie beantragten die Aufhebung beziehungsweise Abänderung einer Mehrzahl der von der Wettbewerbskommission verfügten Auflagen; im Sinne vorsorglicher Massnahmen ersuchten sie darum, das Zusammenschlussvorhaben Swissgrid vorläufig unter Einhaltung der nach Massgabe ihrer Beschwerdeanträge vor der Rekurskommission abgeänderten Auflagen zu vollziehen. Der Präsident der Rekurskommission wies das Gesuch um Erlass vorsorglicher Massnahmen mit Zwischenverfügung vom 9. Juni 2005 ab.

1.2 Am 20. Juni 2005 haben die sieben betroffenen Unternehmen Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Zwischenverfügung des Rekurskommissionspräsidenten erhoben. Sie beantragen, die Zwischenverfügung sei vollumfänglich aufzuheben und es sei ihnen zu erlauben, das Zusammenschlussvorhaben Swissgrid vorläufig (während der Dauer des Beschwerdeverfahrens vor der Rekurskommission) gemäss den entsprechend ihren Anträgen abgeänderten Auflagen der Wettbewerbskommission zu vollziehen. Auch für das bundesgerichtliche Verfahren ersuchen sie um vorsorgliche Massnahmen des Inhalts, es sei ihnen zu gestatten, das Zusammenschlussvorhaben vorläufig (während der Dauer des bundesgerichtlichen Verfahrens) unter Einhaltung der nach Massgabe ihres Hauptsachebegehrens abgeänderten Auflagen gemäss Ziffer 2 des Dispositivs der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 7. März 2005 zu vollziehen.

Die Wettbewerbskommission hat eine Vernehmlassung zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht,

deren Abweisung sie beantragt; zum Gesuch um vorsorgliche Massnahmen für die Dauer des bundesgerichtlichen Verfahrens allein hat sie sich nicht ausdrücklich geäussert. Die Vorinstanz stellt die hinsichtlich des Gesuchs um Erlass vorsorglicher Massnahmen vorzunehmende Regelung dem Ermessen des Bundesgerichts anheim.

2.

Der Präsident der urteilenden Abteilung des Bundesgerichts kann nach Eingang der Beschwerdeschrift auf Ansuchen einer Partei diejenigen vorsorglichen Verfügungen treffen, die erforderlich sind, um den bestehenden Zustand zu erhalten oder bedrohte rechtliche Interessen einstweilen sicherzustellen (Art. 94 in Verbindung mit Art. 113 OG).

2.1 Nicht unmittelbar Gegenstand der Verwaltungsgerichtsbeschwerde bildet die Frage, ob die Auflagen, welche die Wettbewerbskommission mit der Genehmigung des Zusammenschlussvorhabens verknüpft hat, zulässig sind. Vielmehr ist schon Gegenstand der angefochtenen Zwischenverfügung bloss die Frage, ob die Beschwerdeführer *vorsorglich* ermächtigt werden müssen, unter weniger strengen Auflagen von der Genehmigung Gebrauch zu machen. Bereits der angefochtene Entscheid beruht dabei auf einer nur summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage, und die Vorinstanz durfte sich für ihre Verfügung Zurückhaltung auferlegen (allgemein zu vorsorglichen Massnahmen BGE 130 II 149 E. 2.2. S. 155; 127 II 132 E. 3 S. 137; spezifisch zu kartellrechtlichen Verfahren BGE 130 II 149 E. 2.3 S. 155 f.). Nimmt schon die für den Entscheid über vorsorgliche Massnahmen zuständige Behörde bloss eine summarische Prüfung der Angelegenheit vor, auferlegt sich das Bundesgericht auf Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid über vorsorgliche Massnahmen hin seinerseits erst recht Zurückhaltung. Es kontrolliert, ob die Vorinstanz ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat, und hebt deren Entscheid nur auf, wenn sie wesentliche Tatsachen übersehen und Interessen ausser Acht gelassen oder offensichtlich falsch bewertet hat (Urteil 2A.128/2003 vom 3.4.2003 E. 2.2. mit Hinweisen). Wird der Abteilungspäsident im Rahmen einer solchen Verwaltungsgerichtsbeschwerde darum ersucht, vorsorgliche Massnahmen zu treffen, die im Wesentlichen auf eine Vorwegnahme des bundesgerichtlichen Urteils (über die Rechtmässigkeit des vorinstanzlichen Entscheids betreffend vorsorgliche Massnahmen) hinausläuft, wird er einem solchen Begehren nur in ganz besonders gelagerten Fällen entsprechen können.

2.2 Die Beschwerdeführer wollen ein Zusammenschlussvorhaben umsetzen, das unbestrittenermassen



eine Gefährdung wirksamen Wettbewerbs mit sich bringt und nur unter Auflagen genehmigt werden kann. Der Gewährleistung des funktionierenden Wettbewerbs kommt in Kartellverfahren massgebliche Bedeutung zu. Ohne dass darüber befunden werden muss, ob die die Interessengewichtung betreffenden Erwägungen von BGE 130 II 149 in jeder Hinsicht auf den vorliegenden Fall übertragbar sind, bleibt festzuhalten, dass dem öffentlichen Interesse am Schutz des funktionierenden Wettbewerbs im Vergleich zu privaten Interessen von Marktteilnehmern ein sehr grosses Gewicht zukommt.

Vorliegend geht es nicht darum, den Beschwerdeführern mittels vorsorglicher Massnahmen ein Tätigwerden im bisherigen Rahmen zu gestatten. Vielmehr wollen sie einen wettbewerbsbeeinträchtigenden Unternehmenszusammenschluss bewerkstelligen, was ihnen, wie erwähnt, nur unter Einhaltung wettbewerbsichernder Auflagen gestattet werden kann. Für deren Art und die Bestimmung von ihrem Umfang ist vorab die Wettbewerbskommission zuständig. Ob die von dieser vorgeschriebenen Auflagen rechtmässig und insbesondere verhältnismässig sind, wird im zurzeit vor der Rekurskommission hängigen Hauptverfahren abschliessend zu beurteilen sein. Im vorliegenden Verfahrensstadium (vorsorgliche Massnahmen im Beschwerdeverfahren betreffend vorsorgliche Mass-

nahmen) käme eine weitgehende Abänderung der Auflagen, entsprechend den Begehren der Beschwerdeführer im Hauptverfahren, - wenn überhaupt - nur dann in Frage, wenn die von der Wettbewerbskommission verfügten Auflagen insgesamt in keiner Weise nachvollziehbar erschienen, mit anderen Worten die Prognose zum Hauptsachenentscheid mit aller Deutlichkeit zu Gunsten der Beschwerdeführer ausfallen würde. Dies lässt sich bei der verfahrensbedingt gebotenen zurückhaltenden Prüfung der Angelegenheit nicht sagen.

Es fehlt damit an den ganz besonderen Verhältnissen, die es erlauben, die beantragten, im Ergebnis den Endentscheid vorausnehmenden vorsorglichen Massnahmen anzuordnen.

***Demnach wird verfügt:***

**1.**

Das Gesuch um vorsorgliche Massnahmen wird abgewiesen.

**2.**

Diese Verfügung wird den Parteien und der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen schriftlich mitgeteilt.

B 4

**5. Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement/Betosan AG, Hela AG, Renesco AG, Weiss+Appetito AG, Reko, Weko**

*Urteil vom 22. August 2005 der II. Öffentlich-rechtlichen Abteilung in Sachen Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement (Beschwerdeführer) gegen Betosan AG, Hela AG, Renesco AG, Weiss+Appetito AG (Beschwerdegegnerinnen), Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, Wettbewerbskommission (als mitbeteiligte Behörde) betreffend unzulässige Wettbewerbsbeschränkung; Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 22. Dezember 2004*

**Sachverhalt:**

**A.** Im Schweizerischen Handelsamtsblatt vom 22. März 1999 schrieb das Bundesamt für Bauten und Logistik (BBL, im Folgenden: Bundesamt) im selektiven Verfahren nach Artikel 15 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1) Betonsanierungsarbeiten an der Schweizerischen Landesbibliothek aus und lud die vier in Bern ansässigen Firmen Isotech AG, Renesco AG, Betosan AG und Weiss+Appetito AG zur Offertstellung ein. Die am 3. beziehungsweise 5. September 1999 eingereichten Angebote lagen zwischen CHF [...] (Isotech AG) und CHF [...] (Weiss+Appetito AG). Weil alle diese Angebote beträchtlich über dem zuvor eingeholten Kostenvoranschlag von CHF [...] lagen, holte das Bundesamt bei der Batigroup AG in Zürich eine Vergleichsofferte ein. Diese belief sich auf CHF [...] (Angebot vom 19.10.1999). In der Folge brach das Bundesamt die Submission ab und vergab die Arbeiten an die Batigroup AG. Weder gegen den Abbruch des Verfahrens noch gegen den Zuschlag wurden Rechtsmittel ergriffen.

**B.** Am 10. Dezember 1999 teilte das Bundesamt dem Sekretariat der KBOB (Koordination der Bau- und Liegenschaftsorgane des Bundes) mit, seiner Auffassung nach hätten die vier am abgebrochenen Submissionsverfahren beteiligten Unternehmungen eine Wettbewerbsabrede (Preisabrede) getroffen. Die erwähnte Stelle setzte tags darauf die Wettbewerbskommission über die Auffassung des Bundesamtes in Kenntnis. Am 13. Januar 2000 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission gegen die Isotech AG, die Betosan AG, die Renesco AG und die Weiss+Appetito AG eine Untersuchung gemäss Artikel 27 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251). Die vier Unternehmungen wurden einer unzulässigen Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 5 KG verdächtigt.

**C.** Am 17. Dezember 2001 erliess die Wettbewerbskommission folgende Verfügung:

1. Es wird festgestellt, dass die Parteien Isotech AG [...], Renesco AG [...], Betosan AG [...] sowie Weiss+Appetito AG [...] mit der Abstimmung ihrer Offerten anlässlich der Submission des BBL

betreffend Betonsanierung des Hauptgebäudes der Schweizerischen Landesbibliothek (SLB) eine unzulässige Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe a KG (Preisabsprache) getroffen haben.

2. Es wird den Parteien untersagt, künftig unter sich oder mit Dritten in offenen oder selektiven Submissionsverfahren Angebotspreise im Sinne von Artikel 5 KG aufeinander abzustimmen.

3. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können von der Weko mit Sanktionen gemäss Artikel 50 und 54 KG geahndet werden.

4. Die Verfahrenskosten betragen insgesamt CHF [...], bestehend aus der Gebühr von CHF [...] und den Ausgaben von CHF [...]. Das Verfahren wird indes im Kostenpunkt sistiert. Über die Kosten wird zu einem späteren Zeitpunkt mit separater Verfügung entschieden.

5. [Rechtsmittelbelehrung]

6. [Eröffnung]

**D.** Gegen diese Verfügung erhoben die Betosan AG, die Weiss+Appetito AG, die Renesco AG und die Hela AG (vormals Isotech AG) gemeinsam Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF). Diese hiess die Beschwerde mit Urteil vom 22. Dezember 2004 gut und hob die angefochtene Verfügung der Wettbewerbskommission vom 17. Dezember 2001 auf. Zur Begründung führte die Rekurskommission im Wesentlichen aus, Gegenstand der am 13. Januar 2000 eröffneten Untersuchung und der am 17. Dezember 2001 verfügten Massnahmen sei "ein in der Vergangenheit liegendes möglicherweise kartellrechtswidriges Verhalten" der Parteien. Nach bisher geltendem Recht habe der Verdacht auf eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung aber aktuell und konkret sein müssen; es habe keine Möglichkeit bestanden, ein Verfahren zu eröffnen oder weiterzuführen, wenn Unternehmen ihr kartellrechtswidriges Verhalten vor oder während der Untersuchung aufgeben hätten. Das Aufgreifen von Vergangenheitssachverhalten sei im bisher geltenden Recht nicht zulässig gewesen. Da die Wettbewerbsbehörden nach dem Kartellgesetz von 1995 keine Untersuchungen eröffnen und keine Massnahmen für in der Vergangenheit erfolgte und nicht mehr andauernde unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen hätten verfügen können, habe keine rechtliche Grundlage bestanden, um abgeschlossene Sachverhalte (so genannte "Vergangeheitskartelle") kartellrechtlich aufzugreifen. Die Wettbewerbskommission habe vorliegend nicht gezeigt, dass allfälliges kartellrechtswidriges Verhalten der Parteien auch in der Gegenwart oder in der Zukunft Wirkung zeitige, weshalb die Beschwerde gutzuheissen und der angefochtene Entscheid aufzuheben sei.

E. Mit Eingabe vom 31. Januar 2005 führt das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht mit den Anträgen, den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 22. Dezember 2004 aufzuheben und die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 17. Dezember 2001 zu bestätigen; eventuell sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Streitsache zu materieller Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Die Beschwerdegegnerinnen beantragen, auf die Beschwerde nicht einzutreten, eventuell sie abzuweisen. Die Wettbewerbskommission "unterstützt" die Anträge und die Begründung in der Beschwerdeschrift. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat auf Vernehmlassung verzichtet.

### *Das Bundesgericht zieht in Erwägung:*

#### 1.

1.1 Nach Artikel 97 OG in Verbindung mit Artikel 5 VwVG beurteilt das Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerden gegen rechtswirksame Anordnungen im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen. Neben der Möglichkeit, ein zivilrechtliches Verfahren einzuleiten, sieht das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG; SR 251, ursprüngliche Fassung: AS 1996 546) verwaltungsrechtliche Massnahmen durch die Wettbewerbskommission vor (Art. 18 ff. KG). Dies gilt auch nach der gemäss Ziffer I des Bundesgesetzes vom 20. Juni 2003 (AS 2004 1385, in Kraft seit 1.4.2004) revidierten Fassung des Kartellgesetzes. Bei der im vorliegenden Fall getroffenen Verfügung der Wettbewerbskommission und dem dagegen gerichteten Beschwerdeentscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen handelt es sich um rechtswirksame Anordnungen im Einzelfall, die sich auf den öffentlich-rechtlichen Teil des Kartellgesetzes stützen. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist damit zulässig.

1.2 Das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement ist vorliegend als das in der Sache (Wettbewerbsfragen) zuständige Departement gemäss Artikel 103 Buchstabe b OG befugt, Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht zu führen (vgl. BGE 127 II 32 E. 1b S. 35). Das Beschwerderecht der Bundesbehörden soll den richtigen und rechtsgleichen Vollzug des Bundesverwaltungsrechts sicherstellen (BGE 129 II 11 E. 1.1 S. 13). Dabei muss grundsätzlich kein spezifisches öffentliches Interesse an der Anfechtung der Verfügung nachgewiesen werden. Erforderlich ist nur, dass es der beschwerdeführenden Verwaltungseinheit nicht um die Behandlung abstrakter Fragen des objektiven Rechts, sondern um konkrete Rechtsfragen eines tatsächlich bestehenden Einzelfalles geht (vgl. BGE 125 II 633 E. 1a und b S. 635). Dies trifft vorliegend zu. Dass sich der Streit auf die Auslegung der ursprünglichen Fassung des Kartellgesetzes von 1995 bezieht und sich die gleiche Frage unter dem geltenden Recht nicht mehr stellen wird, ändert an der Zulässigkeit der Behördenbeschwerde nichts. Das Interesse an der richtigen Anwendung von Bundesrecht

kann auch schutzwürdig sein, wenn nur gerade ein Fall zur Beurteilung steht. Abgesehen davon ist nicht bekannt, ob allenfalls nicht weitere, in die Übergangsperiode zwischen ursprünglichem und revidiertem Kartellgesetz fallende Verfahren hängig sind oder noch abhängig gemacht werden könnten. Auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartementes ist daher einzutreten.

2. Dass der vorliegende Sachverhalt noch nach der bisherigen Fassung des Kartellgesetzes von 1995 zu beurteilen ist, wird mit Grund von keiner Seite in Frage gestellt. Streitig ist, ob die Rekurskommission annehmen durfte, nach der ursprünglichen Fassung des Kartellgesetzes habe keine rechtliche Grundlage bestanden, um eine in der Vergangenheit liegende, im Zeitpunkt der Untersuchungseröffnung nicht mehr bestehende unzulässige Wettbewerbsbeschränkung kartellrechtlich aufzugreifen (E. 7 des angefochtenen Entscheides). In einer Eventualerwägung ihres Urteils erachtete die Rekurskommission die Anordnungen der Wettbewerbskommission sodann auch bezüglich Sachverhaltsabklärung und Begründung als "problematisch" (dazu ihre E. 8/9).

#### 3.

3.1 Artikel 27 Absatz 1 des Kartellgesetzes hatte in seiner ursprünglichen Fassung von 1995 folgenden Wortlaut:

Bestehen Anhaltspunkte dafür, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, so eröffnet das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung.

Dieser Wortlaut gibt auf die Frage, ob sich eine solche Untersuchung nur auf eine noch bestehende, aktuelle Wettbewerbsbeschränkung und nicht auch auf entsprechende, in der Vergangenheit liegende Tatbestände beziehen darf, entgegen den Darlegungen der Rekurskommission im angefochtenen Entscheid keine eindeutige Antwort. Der Tatbestand einer Wettbewerbsbeschränkung kann nach gängigem Sprachgebrauch auch dann "vorliegen", wenn es sich um ein in der Vergangenheit liegendes Verhalten handelt.

3.2 Mit der am 1. April 2004 in Kraft getretenen Revision des Kartellgesetzes wurde der Wortlaut von Artikel 27 Absatz 1 geändert. Er lautet nun wie folgt:

Bestehen Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung, so eröffnet das Sekretariat im Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums eine Untersuchung.

Für die Eröffnung einer Untersuchung sind nicht mehr Anhaltspunkte dafür erforderlich, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung "vorliegt", sondern es heisst nunmehr: "Bestehen Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung (...)". Nach der bundesrätlichen Botschaft vom 7. November 2001 (BBI Nr. 10 vom 12.3.2002, S. 2045 und S. 2047) soll damit zum Ausdruck gebracht werden, dass auch Verstösse gegen das Kartellgesetz, welche im Zeitpunkt der Untersuchung nicht mehr bestehen, ge-

prüft und allenfalls geahndet werden können. Dass sich die Untersuchung auch auf vergangenes Verhalten beziehen kann, war aber, wie aus den unverändert gebliebenen Fassungen des Gesetzes in französischer und italienischer Sprache geschlossen werden darf ("S'il existe des indices d'une restriction illicite à la concurrence...", "Se esistono indizi di una limitazione illecita di concorrenza..."), schon vor der Gesetzesrevision keineswegs ausgeschlossen, auch wenn gewisse Ausführungen in der bundesrätlichen Botschaft zur Revision den gegenteiligen Eindruck erwecken mögen. Was Inhalt des bisherigen Kartellgesetzes war, bestimmt sich nach den Normen dieses Gesetzes und nicht nach der Botschaft zur Revisionsvorlage. Die Möglichkeit der Erfassung zurückliegenden Verhaltens wurde durch die bewusst auf die deutsche Fassung beschränkte Korrektur (vgl. die Ausführungen in der französischsprachigen Botschaft zur Revision von Art. 27 Abs. 1 KG [FF 2002, p. 1934 s.]) nicht neu eingeführt sondern nur deutlicher gemacht.

3.3 Worauf sich die in Artikel 27 Absatz 1 KG vorgesehenen Untersuchungen beziehen dürfen, hängt aber letztlich nicht vom Wortlaut dieser Bestimmung, sondern von den als Folge dieser Untersuchung möglichen Massnahmen ab. Nach der bisherigen Fassung des Kartellgesetzes konnten die Wettbewerbsbehörden bei kartellrechtswidrigem Verhalten keine direkten Sanktionen aussprechen, wie sie nunmehr nach Artikel 49a rev. KG möglich sind. Gegen unzulässige Wettbewerbsabreden war einzig die Möglichkeit einer Verbots- oder Unterlassungsverfügung sowie die Androhung von Sanktionen für den Widerhandlungsfall vorgesehen (Art. 50 und 54 KG, ursprüngliche Fassung). Nach der im angefochtenen Entscheid (E. 7.3) wiedergegebenen Praxis der Wettbewerbskommission wurde gestützt auf Artikel 27 Absatz 1 KG eine Untersuchung nicht eröffnet oder weitergeführt, wenn die betreffende Unternehmung das mutmasslich kartellrechtswidrige Verhalten eingestellt hatte (weil unter diesen Umständen an der Beurteilung des Falles in der Regel kein öffentliches Interesse mehr bestand, vgl. auch Ziff. 4 der Beschwerdeschrift). Eine Untersuchung und Beurteilung von vergangenen Wettbewerbsverstössen war aber, wie das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement in seiner Beschwerde zu Recht geltend macht, durch die ursprüngliche Fassung von Artikel 27 Absatz 1 KG nicht untersagt. Ein öffentliches Interesse, auch in der Vergangenheit liegende Sachverhalte zu untersuchen, konnte schon nach bisherigem Recht gerade etwa im Submissionswesen gegeben sein, indem einerseits das Vorliegen von unerlaubten Preisabsprachen nach Abschluss der Submission nachträglich festgestellt beziehungsweise erneute derartige Absprachen in andere Submissionsverfahren untersagt und für den Fall der Zuwiderhandlung Sanktionen gemäss Artikel 50 und 54 KG (ursprüngliche Fassung) angedroht werden konnten. Nach der von der Vorinstanz vertretenen Gesetzesauslegung wäre ein Einschreiten der Wettbewerbskommission bei Preisabsprachen im Submissionsverfahren - da der betreffende Markt bei der Einleitung oder jedenfalls beim Abschluss der Untersuchung nicht mehr existiert - praktisch nie

möglich gewesen, obwohl schon das alte Kartellgesetz den Bereich der öffentlichen Beschaffungen keineswegs von Interventionen der Wettbewerbsbehörde ausnehmen wollte (vgl. dazu etwa GALLI/LEHMANN/RECHSTEINER, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 61 ff., S. 21 ff.; GALLI/MOSER/LANG, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich/Basel/Genf 2003, Rz. 229 ff., S. 107 ff.). Der auf einer unzutreffenden engen Auslegung von Artikel 27 Absatz 1 KG (in der ursprünglichen Fassung) beruhende Rekursentscheid verletzt daher Bundesrecht und ist aufzuheben.

4. Es kann auch nicht gesagt werden, die streitige Verfügung vom 17. Dezember 2001 stehe im Widerspruch zur eigenen bisherigen Praxis der Wettbewerbskommission, wonach in der Vergangenheit liegendes, aufgegebenes wettbewerbswidriges Verhalten kartellrechtlich nicht aufgegriffen worden sei. Die Situation bei Preisabsprachen für Submissionen liegt, wovon die Wettbewerbskommission zulässigerweise ausgehen durfte, anders als bei freiwillig aufgegebenen "Vergangenheitskartellen". Der Entscheid der Wettbewerbskommission erging im Übrigen am 17. Dezember 2001, das heisst lange vor Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes (1.4.2004). Es kann insoweit auch nicht eingewendet werden, es gehe vorliegend um eine rückwirkende neue Auslegung von Artikel 27 Absatz 1 KG (alte Fassung). Schliesslich ist auch nicht dargetan, dass die Wettbewerbskommission in vergleichbaren anderen Fällen gestützt auf eine engere Auslegung von Artikel 27 Absatz 1 KG auf eine Untersuchung jeweils verzichtet hätte.

5. Nach dem angefochtenen Urteil der Rekurskommission wären die Voraussetzungen für die streitige Anordnung der Wettbewerbskommission mangels ungenügender Sachverhaltsabklärung auch materiell nicht gegeben gewesen. Die Beschwerde des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartementes äussert sich nicht zu dieser Frage; den diesbezüglichen Einwendungen der Rekurskommission wird nicht widersprochen. Dem Antrag des Departementes auf Bestätigung des Entscheides der Wettbewerbskommission kann daher nicht gefolgt werden. Gutzuheissen ist jedoch der Eventualantrag des Departementes auf Rückweisung der Streitsache zur materiellen Entscheidung an die Vorinstanz (Art. 114 Abs. 2 OG).

6. Nach dem Gesagten erscheint die Verwaltungsgerichtsbeschwerde teilweise begründet.

Bei diesem Verfahrensausgang sind die Gerichtskosten den Beschwerdegegnerinnen aufzuerlegen (Art. 156 in Verbindung mit Art. 153 und 153a OG): In der vor Bundesgericht allein aufgeworfenen Grundsatzfrage (Auslegung von Art. 27 Abs. 1 KG in der Fassung von 1995) hat das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement vollumfänglich obsiegt. Eine Parteientschädigung ist nicht auszurichten (Art. 159 Abs. 2 OG).

***Demnach erkennt das Bundesgericht:***

1. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird teilweise gutgeheissen, der Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 22. Dezember 2004 aufgehoben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr von insgesamt CHF [...] wird den Beschwerdegegnerinnen auferlegt, unter solidarischer Haftung.

3. [Eröffnung]

## D *Entwicklungen* *Développements* *Sviluppi*

D 2	<i>Bibliografie</i> Bibliographie Bibliografia
-----	--

### SCHWEIZ

AMSTUTZ MARC, REINERT MANI, "Erfasst Art. 4 Abs. 2 KG auch die überragende Marktstellung und die relative Marktmacht?", sic! 7/8/2005, S. 537 ff.

AMSTUTZ MARC, REINERT MANI, "Wider einen 'Wettbewerb der Schlafmützen'", NZZ vom 28. Juli 2005

BOVET CHRISTIAN, "Recent Developments in Swiss competition law", Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht SZW/RSDA 2/2005, S. 87 ff.

DUCREY PATRIK, "Klimarappen aus Sicht des Kartellrechts", Die Volkswirtschaft 7/8 2005, S. 26

GARDIOL LUCIEN, RAESS PASCAL, "L'ilot de cherté suisse n'est pas près de disparaître ... (Teile 1 und 2)", Agefi vom 4. + 5. Juli 2005

GRABER ANDREA, "Internet Pricing. Economic Approaches to Transport Services and Infrastructure", Europäische Hochschulschriften, Peter Lang, Bern 2005

HANGARTNER YVO, "Unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen durch vertikale Abreden. Bemerkungen zum Aufsatz von Adrian Raass", sic! 7/8/2005, S. 609 ff.

HOFFET FRANK, SECKLER DOROTHEA, "Vom Anwaltsgeheimnis zum 'Legal Privilege'. Die Revision des Kartellgesetzes erfordert eine neue Sicht auf den Schutz der Anwaltskorrespondenz", Schweizerische Juristen-Zeitung 101(2005), S. 333 ff.

MEINHARDT MARCEL, WASER ASTRID, "The Revised Swiss Competition Law Direct Fines, Leniency and Notification", European Competition Law Review 26/6(2005), p. 349 ff.

SCHLUEP WALTER, "Über den Wandel des Zeitgeistes am Beispiel der schweizerischen Kartellrechtsphilosophie", BUCHER E., et al., Norm und Wirkung, Festschrift für WOLFGANG WIEGAND, Stämpfli, Bern, 2005, S 899.ff.

SPITZ PHILIPPE, "Das Kartellzivilrecht und seine Zukunft nach der Revision des Kartellgesetzes 2003", Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 3/2005, S. 113 ff.

WEBER ROLF H., ZEIER PRISKA, "Vertikale Wettbewerbsabreden nach schweizerischem Kartellrecht", Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 3/2(2005), S. 178 ff.

ZÄCH ROGER, TAGMANN CHRISTOPH, "Die einvernehmliche Streitbeilegung von Wettbewerbsbeschränkungen im schweizerischen Kartellrecht", BUCHER E., et al., Norm

und Wirkung, Festschrift für WOLFGANG WIEGAND, Stämpfli, Bern, 2005, S. 985 ff.

### AUSLAND

ADDANKI SUMANTH, "Schering-Plough and the Antitrust Analysis of Patent Settlement Agreements in Pharmaceutical Markets", A Nera Perspective, Spring 2005

ARGENTESI ELENA, IVALDI MARC, "Market Definition in the Printed Media Industry: Theory and Practice", CEPR Discussion Paper Series No. 5096, Juni 2005

BUCCIROSSI PAOLO, BRAVO L. FERRARI, SICILIANI P., "Competition in the Internet Backbone Market", World Competition 28(2005), p. 233 ff.

EAGCP (ECONOMIC ADVISORY GROUP FOR COMPETITION POLICY), "An economic approach to Article 82", Brüssel, Juli 2005

EIBL SONJA, "Commitment Decisions: An Australian Perspective", European Competition Law Review 26/6(2005), p. 328 ff.

FABRA NATALIA, TORO JUAN, "Price wars and collusion in the Spanish electricity market", International Journal of Industrial Organization 23(2005), p. 155 ff.

FARRELL JOSEPH, KATZ MICHAEL L., "Competition or Predation? Consumer Coordination, Strategic Pricing and Price Floors in Network Markets", The Journal of Industrial Economics LIII/2(2005), p. 203 ff.

FLORIAN PABLO, WALKER MIKE, "The Correct Approach to the Use of Empirical Analysis in Competition Policy", European Competition Law Review 26/6(2005), p. 320 ff.

GERADIN DAMIEN, SIDAK J. GREGORY, "The Future of Postal Monopoly: American and European Perspectives after the Presidential Commission and Flamingo Industries", World Competition 28(2005), p. 161 ff.

GIAUME STEPHANIE, GUILLOU SARAH, "L'impact de la concentration sur la discrimination par les prix dans le transport aérien européen", Revue d'Economie Industrielle 109/1(2005), p. 53 ss.

HOPE EINAR, "Market Dominance and Market Power in Electric Power Markets - A Competition Policy Perspective", Konkurrensverket, Stockholm 2005

KROUSE CLEMENT G., KROUSE ELKE, "Pricing Network Interconnection: Advantages Held by Integrated Telecom Carriers", Review of Industrial Organization 27/1(2005), p. 35 ff.

- LAFONTAINE FRANCINE, SLADE MARGARET, "Exclusive Contracts and Vertical Restraints: Empirical Evidence and Public Policy", Arbeitspapier, Februar 2005 (präsentiert an einer Konferenz in Rom, Juni 2005)
- LAVE JONATHAN M., "The Law and Economics of De Facto Exclusive Dealing", *The Antitrust Bulletin* 50/1(2005), p.143 ff.
- LEMLEY MARK A., SHAPIRO CARL, "Probabilistic Patents", *The Journal of Economic Perspectives* 19/2 (2005), p. 75 ff.
- LORENZ MORITZ, LÜBBIG MAIKE, RUSSEL ALEXIA, "Price Discrimination, a Tender Story", *European Competition Law Review* 26/6(2005), p. 355 ff.
- MAERTENS SVEN, "Liberalisierung notwendig. Intercity-Busverkehr in Deutschland", *Internationales Verkehrswesen* (57) 6/2005, S. 251 ff.
- MARKOVITS RICHARD S., "On the Possibly-Predatory Character of Nonsystems-Rivalry Investments and Systems Rivalry: Definitional, Functional, and Legal Analysis", *The Antitrust Bulletin* 50/1(2005), p. 1 ff.
- PERSSON LARS, "The Failing Firm Defense", *The Journal of Industrial Economics* LIII/2(2005), p. 175 ff.
- PIERCE RICHARD J., "Mergers in U.S. Electric Power Industry", *Journal of Network Industries*, 6(2005), p. 3 ff.
- POSNER RICHARD A., "Intellectual Property: The Law and Economics Approach", *The Journal of Economic Perspectives* 19/2 (2005), p. 57 ff.
- PRICEWATERHOUSECOOPERS, "Ex post evaluation of mergers", Office of Fair Trading, Competition Commission, dti, London, März 2005
- RICHARDS TIMOTHY J., PATTERSON PAUL M., "Sales Promotion and Cooperative Retail Pricing Strategies", *Review of Industrial Organization* 26/4(2005), p. 391 ff.
- SCHMIDTCHEN DIETER, "Der 'more economic approach' in der Wettbewerbspolitik", *German Working Papers in Law and Economics*, 2005, Paper 6
- SCHMIDTCHEN DIETER, "Effizienz als Leitbild in der Wettbewerbspolitik: Für einen 'more economic approach'", P. OBERENDER (Hrsg.), *Effizienz und Wettbewerb*, Duncker & Humblot, Berlin 2005, S. 9 ff.
- SCHNÖBEL CHRISTIAN R., "Vertikale Desintegration des britischen Eisenbahnsektors. Erfolg oder Misserfolg?", *Internationales Verkehrswesen* (57) 4/2005, S. 136 ff.
- SCHWALBE ULRICH, "Die Berücksichtigung von Effizienzgewinnen in der Fusionskontrolle - Ökonomische Aspekte", P. OBERENDER (Hrsg.), *Effizienz und Wettbewerb*, Duncker & Humblot, Berlin 2005, S. 95 ff.
- SEN ANINDYA, "Does Increasing the Market Share of Smaller Firms Result in Lower Prices? Empirical Evidence from the Canadian Retail Gasoline Industry", *Review of Industrial Organization* 26/4(2005), p. 371 ff.
- STROHM ANDREAS, "'Effizienzgesichtspunkte' und Europäische Wettbewerbspolitik", P. OBERENDER (Hrsg.), *Effizienz und Wettbewerb*, Duncker & Humblot, Berlin 2005, S. 113 ff.
- VARIAN HAL R., "Copying and Copyright", *The Journal of Economic Perspectives* 19/2 (2005), p. 121 ff.
- VON WEIZSÄCKER C. CHRSTIAN, "Marktzutrittsschranken", P. OBERENDER (Hrsg.), *Effizienz und Wettbewerb*, Duncker & Humblot, Berlin 2005, S. 43 ff.
- WAGNER-VON PAPP FLORIAN, "Wie 'identifizierend' dürfen Marktinformationsverfahren sein?", *Wirtschaft und Wettbewerb* 7/8 2005, S. 732 ff.
- WIELSCH DAN, "Wettbewerbsrecht als Immaterialgüterrecht", *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 16/13(2005), S. 391 ff.

## **E**     *Diverses*

### *Divers*

### *Diversi*

E 2	<b><i>Gutachten</i></b> Avis Pareri
E 2	<b>1.     <i>Vergabe von Konzessionen für den drahtlosen Breitbandanschluss (Broadband Wireless Access)</i></b>

*Gutachten der Wettbewerbskommission vom 13. Juni 2005 in Sachen Vergabe von Konzessionen für den drahtlosen Breitbandanschluss (Broadband Wireless Access); Stellungnahme an die Eidgenössische Kommunikationskommission (ComCom) gemäss Artikel 23 Absatz 4 Fernmeldegesetz*

#### **A SACHVERHALT**

1. Mit Schreiben vom 27. April 2005 hat das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) im Auftrag der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) die Wettbewerbskommission (Weko) gestützt auf Artikel 23 Absatz 4 Fernmeldegesetz (FMG) bezüglich einer Vergabe von Konzessionen für den drahtlosen Breitbandanschluss (Broadband Wireless Access, BWA) konsultiert.

2. Gemäss Artikel 23 Absatz 4 FMG darf die Erteilung einer Funkkonzession wirksamen Wettbewerb weder beseitigen noch erheblich beeinträchtigen, es sei denn, Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen eine Ausnahme. Artikel 23 Absatz 4 FMG sieht vor, dass die Konzessionsbehörde im Zusammenhang mit der Erteilung von Funkkonzessionen in Zweifelsfällen die Wettbewerbsbehörden konsultiert.

3. Das BAKOM hat eine öffentliche Konsultation bei den interessierten Kreisen (insbesondere Fernmeldediensteanbietern, FDA) bezüglich einer Vergabe von BWA-Konzessionen durchgeführt. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission hat sich in dieser öffentlichen Konsultation mit Schreiben vom 22. April 2005 zu ausgewählten Fragen bezüglich einer Vergabe von BWA-Konzessionen geäussert. Mit Schreiben vom 23. Mai 2005 hat das BAKOM eine zusammenfassende Auswertung der durchgeführten öffentlichen Konsultation zugestellt. Aus dieser geht hervor, dass ein beträchtliches Interesse an BWA-Konzessionen besteht. Insgesamt haben im Rahmen der Konsultation 24 Fernmeldediensteanbieter Interesse an einer BWA-Konzession bekundet.

4. Bei BWA handelt es sich um breitbandige drahtlose Zugangstechnologien. Dabei steht insbesondere ein von der Standardorganisation des Institute of Electrical and Electronics Engineers (IEEE) verabschiedeter Anschlussstandard im Vordergrund: IEEE 802.16. Gleichbedeutend mit IEEE 802.16 wird teilweise der

Begriff WiMAX (Worldwide Interoperability for Microwave Access) verwendet, wobei es sich bei WiMAX um eine von der Industrie getragene Organisation zur Förderung und Interoperabilität des Standards IEEE 802.16 handelt. IEEE 802.16 erlaubt breitbandige, drahtlose Punkt-zu-Multipunktverbindungen mit Reichweiten im Kilometerbereich.

5. Im Rahmen der Konsultation nach Artikel 23 Absatz 4 FMG wurde die Wettbewerbskommission eingeladen, neben allgemeinen Bemerkungen zu einem Ausschreibeverfahren aus wettbewerblicher Sicht insbesondere zu einem Ausschluss von möglichen Konzessionsnachfragern Stellung zu nehmen.

#### **B BEURTEILUNG**

6. Die nachfolgende Beurteilung gliedert sich in einen ersten allgemeinen Teil und in einen zweiten spezifischen Teil zur Frage eines Ausschlusses von möglichen Konzessionsnachfragern von einem Vergabeverfahren, wobei insbesondere auf die vom BAKOM mit Schreiben vom 27. Mai 2005 gestellten Fragen eingegangen wird.

##### **B.1 Allgemeine Bemerkungen**

7. Funkfrequenzen sind ein knappes Gut. Es wird mehrheitlich davon ausgegangen, dass die Vergabe von knappen Ressourcen wie Funkfrequenzen mittels Auktion erfolgen sollte. Die Höhe des Gebotes einer Auktion widerspiegelt die ökonomische Wertschätzung des Nutzers der zu erwerbenden Ressource. Auktionen führen in der Regel zu einer transparenteren Verteilung und effizienteren Nutzung von knappen Gütern. In einer Auktion erfolgt die Vergabe von Funkfrequenzen an diejenigen Unternehmen, welche die höchste Zahlungsbereitschaft aufweisen, womit für die ersteigerten Unternehmen ein Anreiz besteht, die Frequenzen effizient zu nutzen. In einer Auktion weisen dabei grundsätzlich diejenigen Unternehmen die höchste Zahlungsbereitschaft auf, welche die Funkfrequenzen für ihre Geschäftstätigkeiten am Besten nutzen können.

8. Auktionen sind insbesondere gegenüber Kriterienwettbewerben vorzuziehen, da diese bezüglich Wiedergabe der Wertschätzung des zu erlangenden Gutes und Transparenz Auktionen unterlegen sind. Die



Wettbewerbskommission spricht sich deshalb regelmässig für die Durchführung einer Auktion bei der Vergabe der Funkfrequenzen aus (vgl. auch: Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW] 2003/3, S. 620). In einem Kriterienwettbewerb besteht zudem die Gefahr, dass schlussendlich eine staatliche Behörde darüber entscheidet, welche Anwendungen mittels BWA erbracht werden. Angesichts der auch aus der öffentlichen Konsultation resultierenden Unsicherheit bezüglich möglicher Anwendungen von BWA sollten grundsätzlich die Marktkräfte und damit die Unternehmen, beziehungsweise damit letztlich die Endkunden, über mögliche BWA-Anwendungen entscheiden können, was mittels einer Auktion sichergestellt werden kann.

9. Im Rahmen der durchgeführten Konsultation wurde unter anderem auch eine Frage bezüglich der Anzahl der zu vergebenden Konzessionen gestellt, wobei maximal vier Konzessionen ausgeschrieben werden könnten. Aus wettbewerbspolitischer Sicht resultieren mit der steigenden Anzahl Akteure in der Regel kompetitivere Marktstrukturen, weshalb die Wettbewerbskommission die Vergabe von vier Konzessionen befürwortet.

## **B.2 Zum Ausschluss von möglichen Konzessionsnachfragern**

10. Auktionen sind grundsätzlich in dem Sinne wettbewerbsneutral auszugestalten, als dass ein Vergabeverfahren zu keiner einseitigen Benachteiligung oder Begünstigung einzelner Marktteilnehmer führen soll. Bei der Festlegung von Vergaberegeln sind dabei Wettbewerbsverzerrungen durch Benachteiligung einzelner Unternehmen grundsätzlich unerwünscht. Damit sollten, ausser wenn sachliche Gründe klar gegen eine diskriminierungsfreie Ausgestaltung eines Vergabeverfahrens sprechen, Vergabeverfahren wettbewerbsneutral und diskriminierungsfrei ausgestaltet werden (RPW 2004/4, S. 1243).

11. Aus wettbewerblischer Sicht ist ein Umfeld anzustreben, in welchem das Spiel der Marktkräfte zu günstigen Preisen und den Kundenpräferenzen entsprechend zu einer Vielfalt von Diensten führen kann. Die begrenzte Anzahl von Funkfrequenzspektren kann jedoch zu oligopolistischen Marktstrukturen führen. Aus wettbewerbspolitischer Sicht kann bei der Frequenzvergabe deshalb auch darauf geachtet werden, dass sich eine möglichst kompetitive Marktstruktur ergibt. Als sachliche Gründe für einen Ausschluss eines Anbieters von einem Vergabeverfahren könnte daher beispielsweise in Frage kommen, dass ein Anbieter schon über eine gleichartige Konzession verfügt. Bereits in den Märkten tätige Unternehmen könnten dabei einen Anreiz haben, andere Unternehmen, welche neu in den Markt zutreten wollen, von einem Marktzutritt abzuhalten, indem die entsprechenden Frequenzen hauptsächlich ersteigert werden, um möglichen Wettbewerbsdruck zu verringern. Wie nachfolgend dargelegt wird, liegt jedoch bei der Vergabe von BWA-Konzessionen keine derartige Konstellation vor, welche den Ausschluss von Anbietern rechtfertigen würde.

12. Aus den Ergebnissen der insbesondere bei den möglicherweise interessierten Anbietern durchgeführten öffentlichen Konsultation geht unter anderem hervor, dass die Einsatzmöglichkeiten und die Erfolgchancen von BWA noch ungewiss sind. BWA wird innerhalb der Branche sowohl als Alternative zu drahtgebundenen Anschlüssen wie ADSL als auch als Alternative zu mobilen Zugängen wie UMTS angesehen. Auch bezüglich der möglichen Anwendungsbereiche von BWA wurden verschiedene Prognosen abgegeben (Sprachbasierte Anwendungen via Voice over Internet Protocol [VoIP] oder auch weniger traditionelle Applikationen wie beispielsweise Sicherheitsanwendungen). Hervorzuheben ist dabei, dass BWA aus Sicht der interessierten Akteure sowohl als **Konkurrenz** wie auch als **Ergänzung** zu drahtgebundenen und drahtlosen Technologien in Frage kommt und dass mögliche Anwendungsbereiche und Erfolgchancen noch unsicher sind. Da in der Schweiz bereits ausgebaute drahtlose und -gebundene Infrastrukturnetze bestehen, dürfte BWA insbesondere auch als geografisches Komplement oder bezüglich drahtloser Technologien als kapazitätsmässige Ergänzung in Frage kommen. Angesichts dieser Ausgangslage ist ein Ausschluss von Festnetz- oder Mobilfunkbetreibern grundsätzlich nicht angezeigt beziehungsweise könnte sich als kontraproduktiv und innovationshemmend herausstellen.

### **B.2.1 Frage eines Ausschlusses von Swisscom**

**Frage BAKOM: Würde durch die Erteilung einer Konzession an die Swisscom als Betreiberin in der Fest- wie in der Mobilkommunikation wirksamer Wettbewerb beseitigt oder erheblich beeinträchtigt? Soll bzw. kann die Swisscom als im Festnetz-Anschlussbereich marktbeherrschende Anbieterin allenfalls vom Verfahren ausgeschlossen werden?**

13. Aus wettbewerbspolitischer Sicht steht der Erteilung einer Konzession an Swisscom - nachfolgend wird allgemein von der Annahme ausgegangen, dass vier Konzessionen vergeben werden - grundsätzlich nichts entgegen. Sowohl mit Blick auf die drahtgebundenen als auch auf die -losen Anschlusstechnologien würden bei der Vergabe von vier Konzessionen weitere Anbieter in die Märkte kommen.

14. Ein Ausschluss von Swisscom von einem Vergabeverfahren aufgrund ihrer starken Stellung im Bereich des Anschlussnetzes rechtfertigt sich aus den nachstehend ausgeführten Gründen nicht.

15. Wie eingangs ausgeführt, ist unter Berücksichtigung des Kriteriums der Wettbewerbsneutralität bei Vergabeverfahren eine einseitige Benachteiligung einzelner Anbieter zu vermeiden. Da es sich bei BWA im Gegensatz zum Festnetzanschlussnetz um eine drahtlose Zugangstechnologie handelt, sollte aufgrund von unterschiedlichen Eigenschaften und damit unterschiedlichen Nutzungsmöglichkeiten respektive einem möglicherweise auch komplementären Charakter der verschiedenen Zugangstechnologien Swisscom nicht von einer Auktion ausgeschlossen werden. Selbst wenn sich herausstellen sollte, dass BWA haupt-

sächlich als Alternative zu drahtgebundenen Anschlüssen verwendet würde, könnten aufgrund der Anzahl von möglicherweise vier zu vergebenden Konzessionen neben Swisscom und den Kabelnetzbetreibern weitere Akteure aktiv werden.

16. Im Weiteren liesse sich ein Ausschluss von Swisscom nicht begründen, da sie damit in ihrer Rolle als Mobilfunkanbieterin gegenüber anderen Mobilfunkanbietern benachteiligt wäre, worauf im Rahmen der Beantwortung der letzten Frage zurückzukommen ist.

17. Von der Frage eines Ausschlusses von einem Vergabeverfahren ist die Frage zu trennen, ob die Möglichkeit bestehen soll, dass einem Unternehmen mehrere BWA-Konzessionen zugeteilt werden können. In wettbewerbspolitischer Hinsicht wäre eine Struktur mit mehreren BWA-Anbietern wünschenswert. Eine Kumulierung von BWA-Konzessionen innerhalb desselben Unternehmens sollte deshalb im Rahmen des Vergabeverfahrens verhindert werden, wobei abzuschliessen gilt, dass auch im Falle einer späteren Übertragung einer Konzession diesen Bedenken Rechnung getragen werden kann. Könnten mehrere der zu vergebenden Konzessionen an dasselbe Unternehmen vergeben werden, besteht die Gefahr, dass Unternehmen, welche bereits in ähnlichen Bereichen tätig sind, Konzessionen strategisch zur Verhinderung von Markteintritten erlangen. Die begrenzte Anzahl verfügbarer Konzessionen sollte mithin nicht in einem Unternehmen gebündelt werden.

18. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass aus der Zusammenfassung der öffentlichen Konsultation hervorgeht, dass sowohl Swisscom Fixnet AG als auch Swisscom Mobile AG an einer BWA-Konzession interessiert sind. Da Swisscom Fixnet zu 100% und Swisscom Mobile AG zu 75% mehrheitlich kontrollierte Gruppengesellschaften der Swisscom AG sind, wäre eine Kumulierung von BWA-Konzessionen innerhalb derselben Gruppe respektive desselben Konzerns nicht wünschenswert.

### **B.2.2 Fragen betreffend Cablecom**

**Frage BAKOM: Eine BWA-Konzession würde Cablecom die Möglichkeit bieten, die Breitbandverbindung auszudehnen und auch diejenigen Kunden zu bedienen, die momentan nicht über einen Cablecom-Netzanschluss verfügen. Würde der wirksame Wettbewerb durch eine Konzessionserteilung an Cablecom beseitigt oder erheblich beeinflusst? Soll bzw. kann Cablecom allenfalls vom Verfahren ausgeschlossen werden?**

19. Die Erteilung einer Konzession an Cablecom würde keine negativen wettbewerblichen Auswirkungen haben. Es kann im Gegenteil davon ausgegangen werden, dass im Falle einer Vergabe einer BWA-Konzession an ein Kabelnetzunternehmen dies zu einer Intensivierung des Wettbewerbs führen könnte. Auf einen Ausschluss von Kabelnetzbetreibern ist aus diesem Grund sowie aufgrund des Kriteriums der Wettbewerbsneutralität zu verzichten.

20. Da sich - wie bereits aus der Antwort zu vorheriger Frage hervorgeht - ein Ausschluss von Swisscom aufgrund ihrer Stellung im Anschlussnetz nicht rechtfertigen würde, gilt dies um so mehr für Cablecom. Ein Ausschluss von Cablecom oder anderen Kabelnetzbetreibern vom Verfahren könnte sich aus wettbewerblicher Sicht kontraproduktiv auswirken, da Kabelnetzbetreiber ihre geografische Abdeckung mit BWA erweitern, mithin eine geografische Komplementarität zwischen Kabelnetzen und BWA bestehen kann.

### **B.2.3 Frage eines Ausschlusses von Mobilfunkanbietern**

**Frage BAKOM: Mittelfristig werden BWA-Technologien auch nomadische und mobile Dienste ermöglichen. Sollen bzw. können bestehende GSM- und UMTS-Netzbetreiber, die in der Schweiz flächendeckende Netze betreiben, allenfalls vom Verfahren ausgeschlossen werden?**

21. Die bestehenden GSM- und UMTS-Netzbetreiber sind von einem Vergabeverfahren nicht auszuschliessen.

22. BWA eignet sich aufgrund der im Vergleich zu GSM und UMTS höheren möglichen Übertragungsraten als Ergänzung zu den beiden letzteren Technologien. Zudem könnte BWA unter Umständen zu einer Ergänzung der geografischen Abdeckung der Mobilfunkanbieter eingesetzt werden. Überdies wäre denkbar, dass für die Erschliessung von gewissen Standorten von Mobilfunkantennen BWA verwendet würde. BWA hat damit in verschiedener Sicht komplementäre Eigenschaften zu bestehenden Mobilfunkdiensten, weshalb - selbst abgesehen vom Kriterium der Wettbewerbsneutralität - sich ein Ausschluss von GSM- und UMTS-Netzbetreibern nicht rechtfertigen würde.

23. Falls sich zeigen sollte, dass sich BWA-Anwendungen insbesondere als Alternativen zu mobilen Breitbanddiensten durchsetzen, wäre mit einer Vergabe von vier Konzessionen sichergestellt, dass neben den etablierten Mobilfunkanbietern Orange, Sunrise und Swisscom Mobile ein weiterer Betreiber hinzutreten könnte. Auch hier muss gelten, dass pro Konzern nur eine Konzession ersteigert werden darf (vgl. vorne Rz. 17).

## **C ERGEBNIS DES GUTACHTENS**

24. Die Wettbewerbskommission empfiehlt für die Vergabe der BWA-Konzessionen eine Auktion durchzuführen. Die Anzahl von vier möglichen zu vergebenden Konzessionen sollte ausgeschöpft werden.

25. Aufgrund der Komplementarität von BWA zu drahtgebundenen und -losen Anschlusstechnologien sollten die bereits in verschiedenen Bereichen aktiven Fernmeldediensteanbieter nicht von einem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. Hingegen sollte pro Konzern nur eine BWA-Konzession erlangt werden können.

E 2	<b>2. <i>Cablecom GmbH vs. Swisscom Fixnet AG betreffend Portierung von Einzelnummern</i></b>
-----	---

*Gutachten der Wettbewerbskommission vom 13. Juni 2005 in Sachen Cablecom GmbH vs. Swisscom Fixnet AG betreffend Portierung von Einzelnummern; Stellungnahme zur Beurteilung der Marktstellung gemäss Artikel 11 Absatz 3 Fernmeldegesetz (Gutachten gemäss Art. 47 KG)*

#### **A VERFAHREN**

1. Am 19. August 2004 hat Cablecom GmbH (Cablecom) via Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) bei der Eidgenössischen Kommunikationskommission (ComCom) ein Gesuch um Verfügung der Bedingungen der Interkonnektion betreffend die Nummernportierung gegen Swisscom Fixnet AG (Swisscom) eingereicht.

2. Das Gesuch stützt sich auf Artikel 11 Fernmeldegesetz (FMG, SR 784.10) und Artikel 5 Verordnung der Eidgenössischen Kommunikationskommission betreffend das Fernmeldegesetz (ComComV, SR 784.101.112). Gemäss Artikel 11 Absatz 1 FMG müssen marktbeherrschende Fernmeldediensteanbieterinnen (FDA) anderen Anbieterinnen von Fernmeldediensten nach den Grundsätzen einer transparenten und kostenorientierten Preisgestaltung auf nicht diskriminierende Weise Interkonnektion gewähren.

3. Mit Schreiben vom 8. November 2004 hat Swisscom beantragt, dass das Gesuch abzuweisen sei, soweit darauf eingetreten werden könne. Dabei hat Swisscom unter anderem das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung bestritten. Ist im Rahmen von Interkonnektionsverfahren die Frage der Marktbeherrschung strittig, so konsultiert das BAKOM die Wettbewerbskommission (Art. 11 Abs. 3 FMG).

4. Mit Schreiben vom 7. März 2005 hat das BAKOM das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) aufgefordert, falls eine Marktbefragung zur Beurteilung der Marktstellung als notwendig erachtet würde, einen entsprechenden Fragebogen zu entwerfen. Am 31. März 2005 hat das Sekretariat einen Entwurf eines Fragenkatalogs dem BAKOM zugestellt. Das BAKOM als verfahrensleitende Behörde hat anschliessend die Befragung durchgeführt.

5. Mit am 13. Mai 2005 eingegangenen Schreiben hat das BAKOM die Wettbewerbskommission um eine Stellungnahme zur Beurteilung der Marktstellung im Sinne von Artikel 11 Absatz 3 FMG ersucht. Dem Schreiben beigelegt wurden die aus der Befragung resultierenden Antworten.

6. Die Wettbewerbskommission (Weko) gibt ihre Stellungnahme innert vier Wochen ab (Art. 56 Verordnung über Fernmeldedienste, FDV, SR 784.101.1). Die vierwöchige Frist gemäss Artikel 56 FDV beginnt nach Eingang des Schreibens des BAKOM vom 11. Mai 2005, eingegangen am 13. Mai 2005, und läuft am 13.

Juni 2005 ab (analog Art. 20 Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, SR 172.021).

7. Das Gutachten basiert auf den vom BAKOM zur Verfügung gestellten Unterlagen und öffentlich zugänglichen Informationen unter Berücksichtigung der bestehenden Praxis der Wettbewerbskommission im Telekommunikationsbereich. Auf die Eigenschaften der Nummernportierung, die Ausführungen der Parteien des Interkonnektionsverfahrens und der durchgeführten Befragung wird nachstehend eingegangen.

#### **B BEURTEILUNG**

##### **B.1 Marktbeherrschende Unternehmen**

8. Für die Beurteilung der Frage der Marktbeherrschung ist auf die entsprechende Definition im Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG, SR 251) und die diesbezügliche Rechtsprechung zurückzugreifen (letztmals Gutachten Interkonnektionsverfahren TDC Switzerland AG/Swisscom Fixnet AG betreffend schneller Bitstrom-Zugang, Recht und Politik des Wettbewerbs [RPW] 2004/4, S. 1263 ff., Rz. 8).

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

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

##### **B.2 Relevanter Markt**

###### **B.2.1 Sachlich relevanter Markt**

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

12. Gegenstand des Interkonnektionsgesuches ist die von Cablecom bei Swisscom nachgefragte Portierung von Einzelnummern. Diesbezüglich sind die fernmelderechtlichen Rahmenbedingungen zu berücksichtigen und kurz auf die praktische Bedeutung der Nummernportierung für FDA einzugehen.

13. Gemäss Artikel 28 Absatz 4 FMG sind die Anbieterinnen von Fernmeldediensten verpflichtet, die Nummernportabilität sowie die freie Wahl der Diensteanbieterin für nationale und internationale Verbindungen sicherzustellen. Die Bestimmung steht vor dem

Hintergrund der Förderung des Wettbewerbs, indem Endkunden die Möglichkeit erleichtert wird, die Anbieterin zu wechseln. Artikel 3 Absatz 1 ComComV sieht vor, dass die Fernmeldedienstanbieterinnen ihren Teilnehmerinnen und Teilnehmern die Möglichkeit bieten müssen, ihre Rufnummer zu behalten, wenn sie die Dienstanbieterin innerhalb der gleichen Kategorie von Fernmeldediensten wechseln wollen. Nach Artikel 5 Absatz 2 ComComV können die zur Nummernportabilität verpflichteten FDA von der neuen Anbieterin finanzielle Beiträge zur Deckung der mit der Übertragung der Nummern direkt verbundenen Verwaltungskosten verlangen. Die Regeln der Interkonnektion sind dabei sinngemäss anwendbar.

14. Die Bedeutung der Nummernportierung im Festnetzbereich ist mit dem Aufkommen von Telefonieangeboten von Kabelfernsehnetz(CATV)-Betreibern erheblich angestiegen. Cablecom bietet beispielsweise in ihrem Angebot "cablecom digital phone" ihren Kunden an, ihre Rufnummer zu behalten. Die Nachfrage nach portierten Rufnummern wird mit der steigenden Bedeutung internetprotokollbasierter Telefonie (VoIP, Voice over Internet Protocol) weiter zunehmen. Gemäss Price Manual (Version 6.3, gültig ab 1.4.2004) der "Standard offer for the connection of telecommunications installations and services" von Swisscom beträgt der Preis für die Portierung von Einzelnummern CHF 31.-.

15. Die technische Abwicklung der Nummernportierung erfolgt über die TelDaS (Telecommunication Data Services) GmbH, welche aus einem "Verein Nummernportabilität" hervorging, der von mehreren in der Schweiz tätigen FDA zur Sicherstellung der Nummernportabilität gegründet wurde. TelDaS ist Betreiberin der INet-Server-Plattform, welche die Nummernportabilität zwischen Anbietern garantiert und eine individuelle Nummernzuteilung erlaubt.

16. Nachfrager der Nummernportierung sind Fernmeldedienstanbieterinnen, welche für ihre Endkunden die Portierung von Nummern nachfragen. Es handelt sich damit bei der Nummernportierung um ein Wholesale(Wiederkaufs)-Angebot, wobei die Nachfrage mitbestimmt wird durch die Bedürfnisse der Endkunden. Auszugehen bei der Definition und Festlegung von Märkten ist eine Beschreibung der Merkmale der Endkundenmärkte unter Berücksichtigung der Substitutionsmöglichkeiten auf der Angebots- und der Nachfrageseite (Swisscom-ADSL, RPW 2004/2, S. 407 ff., Rz. 74).

17. Mit der Nachfrage nach einem drahtgebundenen Anschluss fragen Endkunden in der Regel gleichzeitig auch eine Rufnummer nach. Die Nachfrage nach einer Rufnummer ist damit notwendigerweise verbunden mit der Nachfrage nach einem Anschluss. Nachfolgend ist deshalb die Nachfrage nach Anschlüssen respektive die Substituierbarkeit von sprachtelefoniefähigen Anschlüssen zu untersuchen.

18. Endkunden fragen typischerweise an einem bestimmten Standort eine zur Sprachtelefonie geeignete Verbindung zum öffentlichen Telefonnetz für ab- und

eingehende Anrufe sowie die Bereitstellung weiterer Dienste nach. Damit eine solche Verbindung erfolgen kann, wird ein Anschluss benötigt, wobei es sich bei standortgebundenen Zugängen um einen Festnetzanschluss handelt.

19. Ausgehend von Sprachtelefoniedienstleistungen ist generell festzustellen, dass Telefonieren über das Festnetz erheblich günstiger ist als das Mobiltelefonieren respektive kaum Preiskorrelationen oder gleichläufige -entwicklungen bestehen, was gegen eine Substituierbarkeit spricht. Ebenso lässt sich feststellen, dass das erhebliche Wachstum der Mobilfunkanschlüsse zu keinem signifikanten Rückgang der Festnetzanschlüsse geführt hat, was damit zusammenhängen könnte, dass gleichzeitig mit dem Festnetzanschluss oft auch ein (Breitband-)Internetzugang nachgefragt wird.

20. Im Übrigen kommen drahtlose und insbesondere mobile Zugänge nach der Praxis der Wettbewerbskommission aufgrund unterschiedlicher Eigenschaften nicht als Substitute zu einem drahtgebundenen Breitbandanschluss in Frage (Gutachten [...] schneller Bitstrom-Zugang, RPW 2004/4, S. 1263 ff., Rz. 27).

21. Ausgehend von Festnetzanschlüssen ist zu fragen, welche Anschlüsse geeignet sind, Sprachtelefonie zu übertragen. Das Übertragen von Sprachtelefonie ist ohne weiteres basierend auf dem ursprünglich dafür konzipierten, mehrheitlich aus Kupferkabel bestehenden Anschlussnetz von Swisscom möglich (i.d.R. plain old telephone service; POTS). Im Folgenden ist zu prüfen, inwiefern insbesondere die internetprotokollbasierte Telefonie, welche über andere drahtgebundene Anschlussnetze übertragen wird, als Alternative angesehen werden kann.

22. Mittels internetprotokollbasierter Telefonie besteht die Möglichkeit, über einen Breitbandzugang zu telefonieren. In der Regel wird für internetprotokollbasierte Sprachtelefonie der in verschiedenen Zusammenhängen verwendete Begriff VoIP (Voice over IP [Internet Protocol]) benutzt. Ebenfalls verwendet werden die Begriffe IP- oder Internet-Telefonie. Bei VoIP wird die Sprache in ein digitales Format umgewandelt und anschliessend basierend auf dem Internetprotokoll in kleineren Datenpaketen versandt. Die Daten können dabei über kontrollierte private Datennetze, das öffentliche Internet oder Kombinationen von diesen erfolgen. Als Endgeräte können unter Einsatz eines entsprechenden Umwandlers herkömmliche Telefongeräte, VoIP-Telefongeräte oder ein dafür ausgerüsteter Personal Computer (Soundkarte, Lautsprecher, Mikrofon) dienen.

23. Gewisse VoIP-Anwendungen lassen sich hinsichtlich Sprachqualität mittlerweile mit denjenigen der herkömmlichen Telefonie vergleichen. Dabei können diejenigen VoIP-Anwendungen als Substitute zur herkömmlichen Telefonie berücksichtigt werden, die bezüglich Zuverlässigkeit, Sprachqualität und eingesetzter Endgeräten (insbesondere Telefon zu Telefon) mit der herkömmlichen Telefonie vergleichbar sind. Entscheidend für die Güte der Sprachübertragung ist dabei die Qualität des Netzes und insbesondere die

Geschwindigkeit, mit der die Daten übertragen werden. Weisen die eingesetzten Netze nicht die notwendige Übertragungsgeschwindigkeit auf oder sind diese durch andere Transfers blockiert, kann es zu erheblichen Qualitätsbeeinträchtigungen kommen, unter anderem Verbindungsunterbrüche, Zeitverzögerungen und Echos in der Übertragung. VoIP wird in der Schweiz mittlerweile bei steigender Popularität von mehreren Fernmeldediensteanbietern, darunter auch Kabelnetzunternehmen, angeboten.

24. Unter den Kabelnetzunternehmen bietet insbesondere Cablecom mit ihrem Produkt "digital phone" digitale Telefonie an. Auch andere Kabelnetzunternehmen bieten selbst oder unter Beizug anderer Unternehmen VoIP-Telefonie an. Für Kabelnetzunternehmen hat beispielsweise Solpa ein entsprechendes Wholesale-Angebot entwickelt. Auch Service Provider wie Econophone, Green oder E-fone haben begonnen, VoIP anzubieten. Econophone bietet beispielsweise mit ihrem Produkt Econostream IP-basierte Telefonie an. Durch Zwischenschalten eines VoIP-Converters (Econostream-Box) wird Sprachtelefonie unter Einschluss der üblichen Eigenschaften wie Telefonnummer mit allen Schweizer Vorwahlen, Nummerportierung, Rufnummeranzeige oder Voicemail angeboten. Ähnliche Produkte werden auch von Green oder E-fone angeboten.

25. Auch wenn bei VoIP-Anwendungen teilweise bezüglich Qualität (Verbindungsprobleme oder -unterbrüche, Echos) im jetzigen Zeitpunkt zum Teil noch mit Qualitätseinbußen gerechnet werden muss, werden, nachdem VoIP-Anwendungen Marktreife erlangt haben, diese aufgrund der Vergleichbarkeit der Eigenschaften als Alternative zur herkömmlichen Sprachtelefonie mitberücksichtigt. Daraus folgt, dass breitbandfähige Kabelnetzanschlüsse, welche mittels VoIP auch sprachtelefoniefähig sind, in diesem Fall als Substitut zum Anschlussnetz von Swisscom anzusehen sind. Grundsätzlich ist damit davon auszugehen, dass mittels eines Breitbandanschlusses auch Sprachtelefonie übertragen werden kann.

26. Abgesehen vom Anschlussnetz von Swisscom und den erwähnten CATV-Anschlüssen der Kabelfernsehnetsbetreiber kommen als drahtgebundene Anschlusstechnologien auch die direkte Erschliessung von Endkunden mittels Glasfaserkabel, welche hauptsächlich für Geschäftskunden in Frage kommt, als Substitut für einen Breitbandzugang in Betracht. Als weitere breitbandige, drahtgebundene Zugangstechnologie kommt zudem die so genannte Powerline Communications (PLC) Technologie, die Datenübertragung über das Stromnetz in Frage (Gutachten [...] schneller Bitstrom-Zugang, RPW 2004/4, S. 1263 ff., Rz. 19 und 20).

27. An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass abhängig von den Bedürfnissen der Endkunden und damit auch der FDA unter Umständen für gewisse Vorleistungsprodukte engere Marktabgrenzungen in Betracht gezogen werden könnten. So kann beispielsweise bezüglich der Nachfrage von Geschäftskunden festgestellt werden, dass diese hinsichtlich Übertragungsraten und Qualität (insbesondere sog.

garantierte Qualität) spezielle Anforderungen an die nachgefragten Dienstleistungen stellen. Auf eine weitergehende Abklärung der Frage der Marktabgrenzung kann jedoch verzichtet werden, da - wie nachfolgend dargelegt wird - selbst bei einer weiteren Marktabgrenzung Swisscom als marktbeherrschend anzusehen ist.

28. Der relevante Markt umfasst aus den genannten Gründen (drahtgebundene) Festnetzanschlüsse, welche zur Übertragung von Sprachtelefonie (POTS oder IP-basiert) geeignet sind, wobei im Falle der IP-basierten Übertragung ein Breitbandanschluss notwendig ist. Mit der Nachfrage nach einem zur Übertragung von Sprachtelefonie geeigneten Anschluss wird dabei auch eine Rufnummer nachgefragt. Die Nachfrage nach einer Rufnummer, respektive deren mögliche Portierung, kann mithin nicht isoliert von einem Anschlusswechsel betrachtet werden.

### **B.2.2 Räumlich relevanter Markt**

29. Der räumliche Markt umfasst das Gebiet, in welchem die Marktgegenseite die den sachlichen Markt umfassenden Waren oder Leistungen nachfragt oder anbietet (analog Art. 11 Abs. 3 Bst. b VKU). Auszugehen ist damit von der Marktgegenseite, das heisst von den Endkunden, welche einen Festnetzanschluss nachfragen. Zum einen fragen die Endkunden Festnetzanschlüsse in der ganzen Schweiz nach, zum andern werden diese Dienstleistungen gesamtschweizerisch zu ähnlichen, also einigermaßen homogenen Bedingungen angeboten. Der räumlich relevante Markt ist deshalb national abzugrenzen.

### **B.3 Beurteilung der Marktstellung**

30. Ein Unternehmen wird sich auf dem relevanten Markt von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) nicht in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können (vgl. Art. 4 Abs. 2 KG), wenn es sich ausreichend starker aktueller oder potenzieller Konkurrenz gegenübersteht.

#### **B.3.1 Aktueller Wettbewerb**

31. Anlässlich der Analyse einer Wettbewerbssituation ist abzuklären, wer Wettbewerber ist und welches Kräfteverhältnis zwischen diesen Wettbewerbern besteht.

32. Innerhalb der Analyse der Wettbewerbsverhältnisse kann - wie in nachfolgender Tabelle - einerseits auf die Anzahl möglicher drahtgebundener Zugänge und andererseits auf die Anzahl Kunden, welche tatsächlich auch Sprachtelefoniedienstleistungen nachfragen, abgestellt werden. Die Angaben sind dabei als Gröszenordnungen respektive teilweise als Schätzungen zu verstehen.

	Drahtgebundene Anschlüsse		Davon: Telefoniekunden	
	Anzahl	%	Anzahl	%
Swisscom	3'931'000 <sup>1</sup>	60,9	<3'931'000 <sup>2</sup>	95,7
Kabelnetze	2'500'000 <sup>3</sup>	38,7	150'000 <sup>4</sup>	3,7
Andere	25'000 <sup>5</sup>	0,4	<25'000	0,6
Total	6'456'000	100	4'106'000	100

33. Nachfolgend finden sich Erläuterungen zu den hoch gestellten Ziffern in der Tabelle:

<sup>1</sup> Swisscom, Geschäftsbericht 2004.

<sup>2</sup> Es wird davon ausgegangen, dass alle Festnetzanschlüsse auch für Sprachtelefonie benutzt werden. Die Anzahl der ausschliesslich zur Sprachübermittlung benutzten drahtgebundenen Anschlüsse ist vermutlich sehr niedrig. Die Wahl eines anderen Anbieters für den Telefonieverkehr (z.B. Carrier Preselection) wird nicht gesondert betrachtet, da in solchen Fällen der drahtgebundene Anschluss bei Swisscom nachgefragt wird.

<sup>3</sup> Swisscable, Die Kabelnetzunternehmen in Zahlen, Übersichtsblatt 1. Januar 2005.

<sup>4</sup> Gemäss Swisscable (Die Kabelnetzunternehmen in Zahlen, Übersichtsblatt 1. Januar 2005) hatten die Kabelnetzunternehmen 105'000 Telefoniekunden. Da allein Cablecom gemäss eigenen Angaben Ende 2004 über 100'000 Telefoniekunden hatte, sowie der Möglichkeit zusätzlicher VoIP-Kunden, welche den Kabelnetzunternehmen nicht zwangsläufig bekannt sind, wird die Anzahl Telefoniekunden von Kabelnetzunternehmen auf 150'000 geschätzt.

<sup>5</sup> Unter andere drahtgebundene Anschlüsse fallen insbesondere der direkte Anschluss von Gebäuden mittels Glasfaserkabel, wobei in diesen Fällen regelmässig auch Sprachtelefoniedienstleistungen erbracht werden dürften, und die Datenübertragung über das Stromnetz (PLC). Es ist nicht bekannt, in welchem Ausmass PLC-Breitbandzugänge auch via VoIP für Sprachtelefonie verwendet werden.

34. Aus der Tabelle ist ersichtlich, dass im Bereich der drahtgebundenen Anschlüsse Swisscom der mit Abstand stärkste Akteur ist. Bezüglich der Kabelnetzbetreiber ist festzustellen, dass diese ihre Netze mehrheitlich zur Breitbandfähigkeit aufgerüstet haben, wobei neben Cablecom mit rund 1'500'000 möglichen Zugängen mit mehreren hundert Kabelnetzbetreibern eine gewisse regionale Zersplitterung besteht. Es ist nicht davon auszugehen, dass der von den Kabelnetzbetreibern und insbesondere von Cablecom ausgehende Wettbewerbsdruck dazu führt, dass sich Swisscom nicht unabhängig im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG verhalten kann (in dem Sinne auch: Gut-

achten vom 27.9.2004 i.S. TDC Switzerland AG vs. Swisscom AG betreffend schneller Bitstrom-Zugang, RPW 2004/4, S. 1263 ff.; Swisscom ADSL, RPW 2004/2, S. 407 ff., Beschwerde hängig vor Rekurskommission für Wettbewerbsfragen).

35. Dabei ist zu beachten, dass sich die Wettbewerbsverhältnisse nicht nur in der Anzahl möglicher Zugänge widerspiegelt, sondern auch in der aktuellen Marktsituation in der Festnetztelefonie. Diesbezüglich ist festzustellen, dass im Bereich der festnetzgebundenen Sprachtelefonie Swisscom aus historischen Gründen eine überragende Rolle zukommt. Für den vorliegenden Fall ist entscheidend, dass zurzeit rund 95,7% der Telefoniekunden direkt oder indirekt mit Swisscom telefonieren. Nachfolgend ist darauf einzugehen, welche Rolle die Nummernportierung aus Sicht von Swisscom spielt.

36. Dazu ist vorweg daran zu erinnern, dass aufgrund der rechtlichen Rahmenbedingungen (vgl. vorne Rz. 13) die Portierung von Rufnummern angeboten werden muss. Grundsätzlich kann davon ausgegangen werden, dass ohne eine derartige rechtliche Verpflichtung die Portierung von Rufnummern nicht angeboten würde, da sie den Interessen der die Rufnummer abtretenden FDA - die in diesem Fall einen Kunden verliert - entgegenläuft. Dieser Interessenlage entsprechend hat eine die Rufnummer abtretende FDA generell einen Anreiz, den Preis zur Nummernportierung möglichst hoch anzusetzen, um Abwanderungen von ihren Kunden einzuschränken und die Umstellungskosten im Endkundenbereich zu erhöhen. Dieser Ausgangslage entsprechend bestehen in anderen europäischen Ländern, selbst unabhängig von einer Analyse der Marktmacht, Möglichkeiten zu einer kostenorientierten Regulierung der Nummernportierung (z.B. deutsche Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post [RegTP] Beschluss vom 29.11.2004, Portierungsentgelte Mobilfunk).

37. Die Interessenlage von Swisscom und anderen FDA bei der Rufnummernportierung im Festnetzbereich zeigt sich insbesondere bei der Betrachtung der portierten Rufnummern. Nach Angaben von Cablecom wurden von Juli 2004 bis März 2005 [>50'000] Rufnummern portiert, wobei nur [...] Rufnummern (<1%) von anderen FDA als Swisscom portiert wurden. Insbesondere aufgrund der starken Marktposition von Swisscom im Bereich der Festnetzanschlüsse, respektive der grossen Kundenbasis der historischen Anbieterin, hat Swisscom ein Interesse daran, die Portierungskosten hoch anzusetzen. Dies erhöht die Umstellungskosten der Swisscom-Kunden (bzw. die [Abwerbe-]Kosten von Cablecom und anderen FDA) und wirkt daher Kundenabwanderungen tendenziell entgegen. Aus Sicht einer FDA mit einer kleinen Kundenbasis wäre ein hohes Ansetzen der Portierungspreise weniger sinnvoll, da neue Kunden dieser FDA durch hohe Portierungspreise abgeschreckt werden könnten, weil dies die Umstellungskosten bei einem neuerlichen Wechsel zu einer anderen FDA erhöhen würde. Gerade in einem Bereich, in welchem laufend neue Angebote auf den Markt kommen, wirkt eine Bindung, welche nur unter Inkaufnahme relativ hoher

Kosten wieder aufgelöst werden kann, abschreckend und führt tendenziell dazu, dass die Bindung gar nicht erst eingegangen wird. Eine FDA, welche erst eine relativ kleine Kundenbasis aufweist und diese vergrössern möchte, wird unter diesen Umständen die Portierungspreise nicht zu hoch ansetzen (Zur Problematik der Umstellungskosten vgl. z.B. National Economic Research Associates, Switching Costs. Part one: Economic models and policy implications. Economic Discussion Paper 5, Office of Fair Trading, April 2003, insbesondere S. 31 ff., sowie PAUL KLEMPERER, Competition When Consumers have Switching Costs: An Overview with Applications to Industrial Organization, Macroeconomics, and International Trade. Review of Economic Studies 62 (1995), S. 515 ff.).

38. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass bezüglich der leitungsgebundenen Festnetzanschlüsse zwar ein gewisser Wettbewerbsdruck von Seiten der Kabelnetzbetreiber und insbesondere Cablecom besteht, dieser jedoch mit Blick auf das vorstehend Geschriebene nicht dazu führt, dass sich Swisscom nicht unabhängig im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG verhalten kann.

### **B.3.2 Potenzieller Wettbewerb**

39. Die Analyse des aktuellen Wettbewerbs ergab, dass es zurzeit nicht genügend Konkurrenz gibt, um ein unabhängiges Verhalten der Swisscom und damit eine marktbeherrschende Stellung auszuschliessen. Die Analyse des potenziellen Wettbewerbs soll aufzeigen, ob Swisscom durch in naher Zukunft zu erwartende Marktzutritte diszipliniert wird.

40. Der potenziellen Konkurrenz kommt eine disziplinierende Wirkung nur dann zu, wenn es im Fall von Wettbewerbsbeschränkungen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu Marktzutritten kommt, die Zutritte rasch erfolgen können und gross genug sind. Sind Marktzutritte frühestens nach einigen Jahren oder nur von kleinen Unternehmen zu erwarten, hat dies keinen nennenswerten Einfluss auf das Verhalten der eingessenen Unternehmen, da ihnen nur beschränkt ausgewichen werden kann. Potenzielle Konkurrenz könnte sich dabei insbesondere durch die Aufrüstung oder den Ausbau von drahtgebundenen Anschlüssen ergeben.

41. Bezüglich CATV bestehen rund 2'500'000 breitband- und damit auch sprachtelefoniefähige Anschlüsse. Die Kabelnetzbetreiber in der Schweiz verfügen über rund 2'800'000 Haushalte. Es ist davon auszugehen, dass in den letzten Jahren stark aufgekommene Tendenz, dass Kabelnetzbetreiber ihre Netze zur Breitbandtauglichkeit aufrüsten, weiter bestehen bleibt. In den nächsten Jahren ist deshalb mit einem Anstieg der Verfügbarkeit solcher Anschlüsse

gegen 2'800'000 zu rechnen. Bezüglich der Sprachtelefonie ist davon auszugehen, dass in der Zukunft vermehrt über Kabelnetze telefoniert werden wird.

42. Auch die direkte Erschliessung mittels Glasfaser wird punktuell weiter zunehmen. Da eine solche Erschliessung in der Regel nur für Geschäftskunden in Frage kommt und mit hohen Anfangsinvestitionen (insbesondere zum Verlegen der Leitungen) verbunden ist, es sich mithin nur um punktuelle Lösungen im Einzelfall handelt, wird dies kaum zu potenziellem Wettbewerbsdruck im Bereich der drahtgebundenen Anschlüsse führen.

43. Betreffend die Datenübertragung über das Stromnetz ist davon auszugehen, dass aus verschiedenen Gründen ein Durchbruch in grösserem Ausmass kaum erfolgen wird und diese Technologie in Zukunft eher eine Nischenstellung haben wird (BAKOM, Breitbandkommunikation in der Schweiz: Eine Standortbestimmung zu Infrastruktur und Nutzung, Biel, März 2005, S. 3). Einzig die Freiburgerischen Elektrizitätswerke bieten zusammen mit Sunrise Breitbandzugänge zum Internet via Stromnetz an. Zurzeit scheinen jedoch keine anderen Elektrizitätsversorgungsunternehmen auf diese Technologie zu setzen, weshalb die Bedeutung der Powerline Technologie in Zukunft nicht nur bezüglich Sprachtelefonie vermutlich marginal bleiben wird.

44. Aus den genannten Gründen ist davon auszugehen, dass der potenzielle Wettbewerbsdruck nicht genügend disziplinierend wirkt, insbesondere da das Ausmass zu erwartender Marktzutritte nicht genügend gross ist, dass sich Swisscom im relevanten Markt nicht unabhängig verhalten könnte.

### **B.3.3 Ergebnis**

45. Zusammenfassend ergibt sich, dass aufgrund des unzureichenden aktuellen und potenziellen Wettbewerbs Swisscom in der Lage ist, sich auf dem Markt für Festnetzanschlüsse, welche zur Übertragung von Sprachtelefonie geeignet sind, von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten, wobei die Portierung von Rufnummern als Bestandteil dieses relevanten Marktes anzusehen ist. Swisscom ist somit bezüglich der zur Übertragung von Sprachtelefonie geeigneten Festnetzanschlüsse als marktbeherrschendes Unternehmen gemäss Artikel 4 Absatz 2 KG zu qualifizieren.

## **C SCHLUSSFOLGERUNG**

46. Swisscom ist betreffend die Portierung von Einzelnummern als marktbeherrschende Anbieterin von Fernmeldediensten gemäss Artikel 11 Absatz 1 FMG zu qualifizieren.

**Abkürzungsverzeichnis**

Registre des abréviations

Indice delle abbreviazioni

**A**

AF Arrêté fédéral  
 AIMP Accord intercantonal sur les marchés publics  
 AJP Aktuelle juristische Praxis (=PJA)  
 Amtl. Bull. Amtliches Bulletin  
 AS Amtliche Sammlung des Bundesrechts  
 ATF Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel

**B**

BA Bundesamt  
 BB Bundesbeschluss  
 BBI Bundesblatt  
 BG Bundesgesetz  
 BGBM Bundesgesetz über den Binnenmarkt  
 BGE Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, amtliche Sammlung  
 BGer Bundesgericht  
 BOCE Bulletin officiel du Conseil des Etats  
 BOCN Bulletin officiel du Conseil national  
 BoeB Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen  
 BR Bundesrat  
 BR/DC Zeitschrift für Baurecht, Revue du droit de la construction  
 BUCN Bollettino ufficiale del Consiglio nazionale  
 BUCSt Bollettino ufficiale del Consiglio degli Stati  
 BV Bundesverfassung  
 BZP Bundesgesetz über den Bundeszivilprozess

**C**

CC Code civil  
 CE Communauté Européenne  
 CE Conseil des Etats  
 CF Conseil fédéral  
 CHF Schweizer Franken / Francs suisses / Franchi svizzeri  
 CO Code des obligations  
 Cost. Costituzione federale  
 CPC Code (cantonal) de procédure civile  
 CPS Code pénal suisse  
 cst. Constitution fédérale

**D**

DCP Diritto e politica della concorrenza (=RPW)  
 DCP Droit et politique de la concurrence (=RPW)  
 DG Direction Générale (UE)

**E**

EU Europäische Union

**F**

FF Feuille fédérale  
 FMG Fernmeldegesetz

**G**

GATT General Agreement on Tariffs and Trade  
 GebrV Verordnung über Gebrauchsgegenstände  
 GRUR Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht  
 GU Gemeinschaftsunternehmen

**H**

HGer Handelsgericht  
 HMG Heilmittelgesetz

**I**

IPRG Bundesgesetz über das internationale Privatrecht  
 IVöB Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen

**J**

JAAC Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération  
 JdT Journal des Tribunaux

**K**

KG Kartellgesetz  
 KMu Kleine und mittlere Unternehmen  
 KSG Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit  
 KVG Bundesgesetz über die Krankenversicherung

**L**

LAA Loi fédérale sur l'assurance-accidents  
 LAMal Loi fédérale sur l'assurance-maladie  
 LCA Loi fédérale sur le contrat d'assurance  
 LCart Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence  
 LCD Loi fédérale contre la concurrence déloyale  
 LCSl Legge federale contro la concorrenza sleale  
 LDA Loi fédérale sur le droit d'auteur  
 LDIP Loi fédérale sur le droit international privé  
 LETC Loi fédérale sur les entraves techniques au commerce  
 LF Loi fédérale / Legge federale  
 LL Legge federale sul lavoro  
 LMG Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände  
 LMI Loi fédérale sur le marché intérieur  
 LMP Loi fédérale sur les marchés publics  
 LOTC Legge federale sugli ostacoli tecnici al commercio  
 LPM Loi fédérale sur la protection des marques  
 LRFP Loi fédérale sur la responsabilité du fait  
 LSPr Legge federale sulla sorveglianza dei prezzi

**M****N****O**

O Ordonnance  
 OCDE Organisation de Coopération et de Développement Economique



OCSE	Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico	StR SZW	Ständerat Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development		
OFAP	Office fédéral des assurances privées	<i>T</i> TA	Tribunal administratif Tribunale d'Appello
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	TApp TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
OGer	Obergericht		Tribunale federale
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
OMC	Organisation mondiale du commerce	THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
OMP	Ordonnance sur les marchés publics		Trade Related Aspects on Intellectual Property
OR	Obligationenrecht	TRIPS	
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée		
<b>U</b>			
<b>P</b>		UE	Union Européenne
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)	URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
PrHG	Produktehaftpflichtgesetz		
Publ.CCSP	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	<b>V</b> VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
PüG	Preisüberwachungsgesetz	VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
<b>Q</b>		VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
<b>R</b>		VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese		
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)		
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	<b>W</b> WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	<b>X</b>	
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	<b>Y</b>	
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	<b>Z</b>	
RR	Regierungsrat	ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)	ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	ZPO ZSR	Zivilprozessordnung Zeitschrift für schweizerisches Recht
<b>S</b>			
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband		
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs		
SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt		
SJ	La semaine judiciaire		
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)		
SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)		
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)		
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch		

**Index**

- A**
- abgestimmtes Verhalten -
- abgestimmte Verhaltensweise 462, 471, 541
- Abrede 462 ff., 467, 471, 474, 508, 521, 524, 544, 550, 564, 584
- Acquiring 530, 533, 536, 538, 540 f., 543 f., 546 f., 549, 551, 555 ff., 559 ff.
- Anhörung 508 ff., 513 ff., 517, 574
- Apotheker/innen -
- Ärzte (-Verband) -
- B**
- Breitbanddienste 505, 588
- Bündelung vertikaler Restriktionen -
- C**
- D**
- E**
- Effizienzgründe 468
- Effizienzprüfung -
- Einstellung einer Untersuchung -
- einvernehmliche Regelung -
- Exklusivvertrieb -
- F**
- G**
- geografische Beschränkungen -
- Grosskunden-Märkte -
- H**
- Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -
- I**
- Indizienbeweis -
- Internalisierung eines Kostenfaktors
- J**
- K**
- Kanton Aargau -
- kollektive Marktbeherrschung 534, 540 ff., 546 ff., 552, 564
- Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 464, 483, 490, 496, 520, 550, 589
- Koppelungsgeschäft -
- Krankenversicherer -
- Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft 530 f., 535, 545 f., 552, 557, 563
- L**
- legitimate business reasons 506, 528, 535
- M**
- Marktaufteilung (keine) -
- marktbeherrschende Stellung 458 f., 468 f., 478 f., 482, 489, 491 ff., 495, 500 ff., 525, 528, 531, 533, 535, 537 f., 544 ff., 548, 551 f., 557, 559, 563 f., 578, 593
- Marktgegenseite 464, 466, 468 f., 477 f., 484, 486, 488, 491 f., 497 ff., 505, 508, 520, 525, 531 ff., 536, 538, 540 ff., 544, 547, 550, 557 ff., 562, 564, 589, 591
- Marktorganisation -
- Marktstruktur 479, 491 ff., 520, 522 ff., 534, 536, 541, 547 f., 551, 587
- Marktzutrittsschranken 488, 535, 538, 542, 544, 585
- Meldepflicht 477, 483, 491, 496, 515, 556
- Missbrauch 468 f., 508, 525, 547, 550
- N**
- O**
- P**
- Parallelverhalten 524, 533 ff., 537, 540 ff., 547 f.
- potenzieller Wettbewerb 467, 469, 488, 505 ff., 520 f., 534, 558, 593
- Preisabrede (keine) 580
- Preisbindung zweiter Hand -
- Privatkliniken -
- Q**
- Quersubventionierung 505 f., 513, 523, 535, 543, 548, 552
- R**
- Rabatte 505 f., 512, 515, 519, 526 ff., 538, 551
- Reduktion der Sanktion -
- S**
- Senkung Herstellkosten -
- Submission 473, 580, 582
- Submissionskartell -
- T**
- Tarife 576
- Tarifvertrag -
- Tierärzte/innen -
- U**
- Untersuchung 464, 466 f., 469, 472 f., 478, 482, 488, 503, 505, 509, 512, 514, 519, 530 f., 533, 544, 547, 549 f., 552 ff., 558, 564, 580 ff.
- unzulässige Wettbewerbsabrede 458, 462, 470 f., 474, 580, 582
- V**
- vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -

---

Veröffentlichung -		<i>W</i>
Verschulden -	Wettbewerb um den Markt -	
vorbehaltene Vorschriften 459, 461, 470 f., 551		<i>X</i>
vorgezogene Recyclinggebühren -		<i>Y</i>
		<i>Z</i>

---