

<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>

2005/4

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: 701.000.05/4)

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>

2005/4

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.

Januar/janvier/gennaio 2006

Systematik	A	Tätigkeitsberichte
	A 1	Wettbewerbskommission
	A 2	Preisüberwacher
	B	Verwaltungsrechtliche Praxis
	B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission
	1	Vorabklärungen
	2	Empfehlungen
	3	Stellungnahmen
	4	Beratungen
	5	BGBM
	B 2	Wettbewerbskommission
	1	Vorsorgliche Massnahmen
	2	Untersuchungen
	3	Unternehmenszusammenschlüsse
	4	Sanktionen
	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	
C	Zivilrechtliche Praxis	
C 1	Kantonale Gerichte	
C 2	Bundesgericht	
D	Entwicklungen	
D 1	Erlasse, Bekanntmachungen	
D 2	Bibliografie	
E	Diverses	

Systématique	A	Rapports d'activité
	A 1	Commission de la concurrence
	A 2	Surveillance des prix
	B	Pratique administrative
	B 1	Secrétariat de la Commission de la concurrence
		1 Enquêtes préalables
		2 Recommandations
		3 Préavis
		4 Conseils
		5 LMI
	B 2	Commission de la concurrence
		1 Mesures provisionnelles
		2 Enquêtes
		3 Concentrations d'entreprises
		4 Sanctions
		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	
C	Pratique des tribunaux civils	
C 1	Tribunaux cantonaux	
C 2	Tribunal fédéral	
D	Développements	
D 1	Actes législatifs, communications	
D 2	Bibliographie	
E	Divers	

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

B	Verwaltungsrechtliche Praxis Pratique administrative Prassi amministrativa	
B 1	Sekretariat der Wettbewerbskommission Secrétariat de la Commission de la concurrence Segreteria della Commissione della concorrenza	
1.	Vorabklärungen Enquêtes préalables Inchieste preliminari	
	1. Ausbildung "Eidg. Dipl. Betriebswirtschafter/in des Gewerbes"	597
	2. Clauses d'architecte ou d'entrepreneur - Caisses de pension - Canton de Genève	605
B 2	Wettbewerbskommission Commission de la concurrence Commissione della concorrenza	
3.	Unternehmenszusammenschlüsse Concentrations d'entreprises Concentrazioni di imprese	
	1. Procter & Gamble/Gillette	611
	2. Permira Holdings Limited/Hirschmann Industrial Holding Ltd. bzw. Jet Aviation	619
	3. TDC Switzerland AG (sunrise)/Ascom (Schweiz) AG; Übernahme des Geschäftsbereichs Business Communication der Ascom (Schweiz) AG	627
	4. Centravo AG	631
	5. PKS Media S.à.r.l./SBS Broadcasting S.A.	636
	6. Galenica SA/Alliance Uni-Chem	638
	7. Edipresse/Corbaz	647
	8. Julius Bär Holding AG/BDL Banco di Lugano, Ehinger & Armand von Ernst AG, Ferrier, Lullin & Cie SA, GAM Holding und weitere Beteiligte	650
	9. ADM Poland et CEFETRA/BTZ	655
	10. Weitere	656
6.	Empfehlungen Recommandations Raccomandazioni	
	1. Ungleichbehandlung von Restwegschreibern und Datenaufzeichnungsgeräten	657
7.	Stellungnahmen Préavis Preavvisi	
	1. Bundesgesetz über die Krankenversicherung. Teilrevision. Verbesserung des Risikoausgleiches - Vernehmlassungsverfahren	660
	2. Vernehmlassung zur Agrarpolitik 2011	661
B 3	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen Commission de recours pour les questions de concurrence Commissione di ricorso in materia di concorrenza	
	1. Swisscom AG, Swisscom Solutions AG, Swisscom Mobile AG/Weko	666
	2. Ticketcorner AG und Ticketcorner Holding AG/Weko, Good News Productions AG, Resaplus S.A., Swiss Music Promoters Association SMPA	672
	3. Betosan AG, Hela AG, Renesco AG, Weiss+Appetito AG/Weko	704
B 4	Bundesgericht Tribunal fédéral Tribunale federale	
	1. Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement/Swisscom AG, Swisscom Solutions AG, Swisscom Mobile AG, Wettbewerbskommission, Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	708

<i>D</i>	<i>Entwicklungen</i> <i>Développements</i> <i>Sviluppi</i>	
D 2	<i>Bibliografie</i> Bibliographie Bibliografia	714
<i>E</i>	<i>Diverses</i> <i>Divers</i> <i>Diversi</i>	
E 2	<i>Gutachten</i> Avis Pareri	
	1. Swisscom Broadcast AG	718
	<i>Abkürzungsverzeichnis (deutsch, français e italiano)</i>	729
	<i>Index (deutsch, français e italiano)</i>	731

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>Ausbildung "Eidg. Dipl. Betriebswirtschafter/in des Gewerbes"</i>

Unzulässige Verhaltensweise; Art. 7 KG

Pratique illicite; art. 7 LCart

Pratiche illecito; art. 7 LCart

Schlussbericht vom 9. September 2005 in Sachen Vorabklärung gemäss Artikel 26 KG betreffend der Ausbildung zum "Eidg. Dipl. Betriebswirtschafter/in des Gewerbes" wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise gemäss Artikel 7 KG

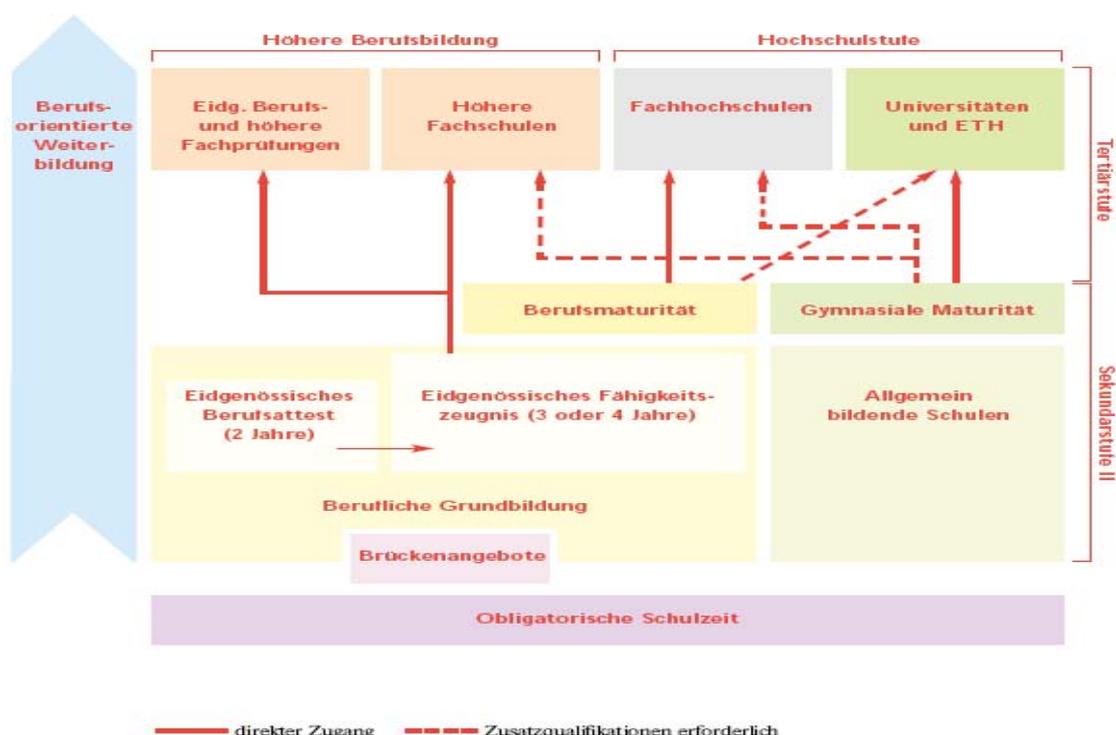
A Sachverhalt

1. Zur Führung des Titels "Eidg. Dipl. Betriebswirtschafter/in des Gewerbes" sind Personen berechtigt,

welche eine entsprechende "Höhere Fachprüfung" erfolgreich bestanden haben.

2. Die Höhere Fachprüfung (HFP) bildet zusammen mit den eidgenössischen Berufsprüfungen und den Höheren Fachschulen die "höhere Berufsbildung", welche wiederum zusammen mit der Hochschulstufe im Bildungswesen als Tertiärstufe bezeichnet wird (vgl. Abb. 1). Zu den HFP wird in der Regel zugelassen, wer über ein eidgenössisches Fähigkeitszeugnis (Lehrabschluss) und eine mehrjährige Berufserfahrung verfügt. In gewerblichen Kreisen ist für die eidgenössischen Berufs- und höheren Fachprüfungen auch der Begriff der "Meisterprüfung" üblich.

Abb. 1 (Quelle: Broschüre des BBT: Berufsbildung in der Schweiz 2004)



3. Im Bereich der höheren Fachschulen unterstehen die gesamten Bildungsgänge gesetzlichen Mindestvorschriften und einer staatlichen Aufsicht. Dementsprechend werden auch die gesamten Bildungsgänge eidgenössisch anerkannt. Im Gegensatz dazu werden bei den HFP nur die Prüfungsordnungen staatlich überprüft und anerkannt. Die Erstellung der Prüfungsordnungen (insbesondere die Bestimmung des Inhaltes der Prüfungen) sowie die Durchführung der Prüfungen obliegen einer Trägerschaft, welche sich aus Organisationen der Arbeitswelt zusammensetzen muss. Dadurch soll eine praxisnahe Ausbildung gewährleistet werden, welche den Ansprüchen der Arbeitswelt gerecht wird. Die Prüfungsvorbereitungen sind nicht reglementiert. Die Kandidat/innen können sich grundsätzlich selbst vorbereiten. Normalerweise besuchen sie jedoch Vorbereitungskurse bei Organisationen der Arbeitswelt, öffentlichen oder privaten Schulen.

4. Das "Reglement über die Höhere Fachprüfung zum Erwerb des Eidg. Diploms als Betriebswirtschafter des Gewerbes" (nachfolgend Prüfungsreglement) wurde am 4. April 1996 durch das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (EVD) genehmigt. Die Träger-schaft der Prüfungen bildet der Schweizerische Gewerbeverband (SGV). Dieser hat die Durchführung der Prüfungen dem Schweizerischen Institut für Unternehmensschulung im Gewerbe (SIU) übertragen.

5. Betriebswirtschafter/innen des Gewerbes sollen über die Kenntnisse und Fähigkeiten verfügen, "*um in der betriebswirtschaftlichen Führung eines gewerblichen Klein- und Mittelbetriebes höheren Ansprüchen zu genügen*" (Art. 2 Prüfungsreglement). Zur Prüfung wird deshalb nur zugelassen, wer bereits über praktische Führungserfahrung in einem gewerblichen KMU verfügt. Anlässlich der Prüfung haben die Kandidat/innen ein breites betriebswirtschaftliches Wissen nachzuweisen (Prüfungsfächer sind beispielsweise Personalmanagement, Marketing, Finanzmanagement und Controlling, Strategische Unternehmensführung etc.).

6. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) wurde von einem Anbieter von Vorbereitungskursen auf die HFP zum Erwerb des Eidg. Diploms als Betriebswirtschafter/in des Gewerbes kontaktiert, welcher sinngemäss geltend macht, das SIU nutze seine Stellung als für die Durchführung der Prüfungen zuständiges Institut dazu aus, andere Anbieter von Vorbereitungskursen zu benachteiligen. Insbesondere wird vorgebracht, die Zulassungspraxis (zur Prüfung) der Prüfungskommission sei willkürlich, die Absolventen von Vorbereitungskursen von Mitbewerbern seien bei den Prüfungen benachteiligt und die Prüfungsgebühren seien zu hoch.

7. Zur Überprüfung der Stichhaltigkeit der Vorwürfe eröffnete das Sekretariat am 19. April 2005 eine Vorabklärung gemäss Artikel 26 des Kartellgesetzes (KG; SR 251). Mit Schreiben gleichen Datums wurden Fragebogen an das SIU und an das Bundesamt für Berufsbildung und Technologie (BBT) verschickt.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

9. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Das SIU ist als solches Unternehmen zu qualifizieren.

10. Die Prüfung der Marktbeherrschung des Unternehmens erfolgt unter Artikel 7 KG (Rz. 19 ff.). Die marktbeherrschende Stellung stellt eine qualifizierte Form der Ausübung von Marktmacht dar (vgl. RPW 2004/3, S. 782, Rz. 18, m.w.H.). Wird nachstehend somit die marktbeherrschende Stellung bejaht, wird damit auch die Ausübung von Marktmacht festgestellt. Falls eine marktbeherrschende Stellung verneint werden sollte, ist die Prüfung der Marktmacht obsolet, da in diesem Fall kein kartellrechtsrelevantes Verhalten im Sinne von Artikel 7 KG vorliegt.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

11. 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).

12. Anwendungsvorbehalte sind gemäss Literatur und Praxis der Wettbewerbsbehörden restriktiv auszulegen: "Solange eine gesetzliche Regelung noch Raum für die Anwendung wettbewerbsrechtlicher Prinzipien lässt, muss dieser ausgefüllt werden (...). Vorbehaltene Vorschriften nach Artikel 3 Absatz 1 KG sind folglich nicht leichthin anzunehmen" (RPW 2003/4, S. 861, E. 4.2.). Die Botschaft zum Kartellgesetz führt aus, es müsse tatsächlich die Absicht des Gesetzgebers sein, den Wettbewerb für den fraglichen Wirtschaftsbereich auszuschalten (Botschaft zum KG vom 23. November 1994, Separatdruck, S. 72). Die Wettbewerbskommission wendet das KG selbst dann an, wenn die Handlungsfreiheit der einzelnen Akteure im Wettbewerb durch die fraglichen Vorschriften eingeschränkt ist (vgl. RPW 2003/4, S. 860 f., E. 4.2., m.w.H.).

13. Artikel 27 f. des Berufsbildungsgesetzes (BBG; SR 412.10) und Artikel 23 ff. der Berufsbildungsverordnung (BBV, SR 412.101) regeln unter anderem die Höheren Fachprüfungen. Aus Artikel 28 BBG in Verbindung mit Artikel 24 BBV ergibt sich, dass für das Angebot und die Durchführung einer HFP eine (einzige) Trägerschaft zu bilden ist. Diese Trägerschaft hat sich aus Organisationen der Arbeitswelt zusammenzusetzen. Zudem kann gemäss Artikel 25 Absatz 1 BBV innerhalb einer Branche für eine spezielle Ausrichtung

nur je eine HFP anerkannt werden. Der Erläuternde Bericht zur Vernehmlassung der BBV¹ hält zu Artikel 25 Absatz 1 fest: "*Die vorliegende Regelung entscheidet sich eindeutiger als heute gegen einen freien Markt im Bereich der eidgenössischen Prüfungen. Die Schweiz ist zu klein, um eine Vielzahl nahezu identischer oder von aussen kaum unterscheidbarer höherer Prüfungen in Konkurrenz treten zu lassen*". Im Bereich der HFP hat der Gesetzgeber demnach den freien Wettbewerb bewusst eingeschränkt. Für folgende Elemente besteht ein Vorbehalt im Sinne von Artikel 3 KG: (1) Einschränkung auf eine HFP pro Branche und Spezialisierung, (2) Einschränkung auf eine einzige Trägerschaft, (3) Einschränkung der Teilnahme an der Trägerschaft auf Organisationen der Arbeitswelt.

14. Im Gegensatz zur Durchführung der Prüfung sehen jedoch BBG und BBV im Bereich der Durchführung der vorbereitenden Kurse freien Wettbewerb vor. So hält Artikel 11 Absatz 1 BBG fest: "*Gegenüber privaten Anbietern auf dem Bildungsmarkt dürfen durch Massnahmen dieses Gesetzes keine ungerechtfertigten Wettbewerbsverzerrungen entstehen*". Die Konkurrenz unter Anbietenden spielt namentlich im hier interessierenden Bereich der höheren Berufsbildung eine Rolle (vgl. Erläuternder Bericht zur Vernehmlassung der BBV, Art. 5).

15. Auf den konkreten Fall bezogen bedeutet dies, dass zwar bezüglich der Durchführung der Prüfung zur Erlangung des Eidg. Diploms als Betriebswirtschaftler/in des Gewerbes vorbehaltene Vorschriften bestehen, nicht jedoch bezüglich der vorbereitenden Kurse auf die Prüfung. In diesem Bereich soll gemäss BBG und BBV Wettbewerb herrschen.

16. In diesem Sinne ist auch die Frage zu beantworten, ob das durch das EVD² genehmigte "Reglement über die Höhere Fachprüfung zum Erwerb des Eidg. Diploms als Betriebswirtschaftler des Gewerbes" kartellrechtlich überprüft werden kann. Die Genehmigung hat nicht zur Folge, dass sämtliche Bestimmungen des Prüfungsreglements als vorbehaltene Vorschriften im Sinne von Artikel 3 KG zu gelten haben (vgl. RPW 2004/2, S. 389 ff., E. 39 ff). Im Prüfungsreglement können nur diejenigen Bestimmungen nicht überprüft werden, welche durch den im Gesetz vorgesehenen Vorbehalt gedeckt sind. Wie oben erwähnt, soll im Bereich der Vorbereitungskurse auf die HFP Wettbewerb herrschen. Bestimmungen im Prüfungsreglement, welche Wettbewerbsverzerrungen zwischen den Anbietern von Vorbereitungskursen zur Folge haben, unterliegen deshalb der kartellrechtlichen Überprüfung. Dies kann anhand des folgenden Extrembeispiels illustriert werden: Würde in einer Prüfungsordnung festgeschrieben, dass nur Absolventen der Vorbereitungskurse des Prüfungsanbieters zur Prüfung zugelassen werden, so wäre dies kartellrechtlich vermutlich unzulässig.

17. Allenfalls bestehende Vorbehalte im Sinne von Artikel 3 KG werden nachfolgend beim jeweiligen Themenbereich überprüft (vgl. beispielsweise zum Vorbehalt im Bereich der Prüfungsgebühren Rz. 55 ff.).

B.3 Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

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

B.3.1 Marktbeherrschende Stellung

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

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

B.3.1.1 Relevanter Markt

B.3.1.1.1 Sachlich relevanter Markt

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

22. Im vorliegenden Fall wird die Marktgegenseite durch diejenigen Personen gebildet, welche die Ausbildung zum Eidg. Dipl. Betriebswirtschaftler/in des Gewerbes nachfragen, das heisst Personen, welche die Voraussetzungen für die Zulassung zu dieser Prüfung - zumindest potenziell - erfüllen.

23. Ausgehend vom in Abbildung 1 dargestellten Bildungssystem kann der sachlich relevante Markt zunächst auf den Bereich der höheren Berufsbildung eingeschränkt werden. Für Personen, welche eine berufliche Grundausbildung absolviert haben, sind nur diese Angebote der Tertiärstufe direkt verfügbar. Der Besuch einer Fachhochschule ist nur nach erfolgreichem Abschluss der Berufsmaturität möglich. Es stellt sich nun die Frage, ob der Markt auf den Markt für die Ausbildung zum Eidg. Dipl. Betriebswirtschaftler/in des Gewerbes zu beschränken ist, oder ob der Markt durch Einbezug von anderen Bildungsgängen der höheren Berufsbildung weiter gefasst werden muss.

¹ http://www.bbt.admin.ch/print/dossiers/nbb/d/bbv_erlaeuter.pdf.

² Heute wäre gemäss Art. 25 Abs. 1 BBV das BBT für die Genehmigung zuständig.

24. Zunächst gilt es zu klären, ob eine Substituierbarkeit mit einer Ausbildung an einer höheren Fachschule bestehen könnte. Die höheren Fachschulen für Wirtschaft bieten Bildungsgänge in der Fachrichtung Betriebswirtschaft an, welche zum Erwerb des geschützten Titels "Dipl. Betriebswirtschafter/in HF" führen. Die Zulassungsbedingungen zum Bildungsgang Betriebswirtschaft sind weniger streng als diejenigen zur HFP Betriebswirtschafter/in des Gewerbes. Personen, welche die Zulassungsbedingungen für diese HFP erfüllen, dürfte regelmässig auch der Weg an die Fachhochschule offen stehen. Eine Substituierbarkeit scheint jedenfalls nicht ausgeschlossen.

25. Keine Substitute dürften hingegen im Bereich der eidgenössischen Berufs- und höheren Fachprüfungen zu finden sein. Die gesetzlichen Bestimmungen sind darauf ausgerichtet, dass kein Wettbewerb zwischen den unterschiedlichen HFP stattfinden sollte. Pro Branche und Spezialisierung wird nur eine HFP genehmigt. Die HFP sollen nicht "nahezu identisch" und damit untereinander nicht substituierbar sein.

26. Schliesslich stellt sich die Frage, ob eine Aufteilung in zwei unterschiedliche Märkte, einen für die Durchführung der Prüfung und einen für die Durchführung der Vorbereitungskurse erfolgen müsste. Aus der zur Beantwortung dieser Frage massgeblichen Sicht der Marktgegenseite erscheint eine solche Abgrenzung nicht angebracht. In der Praxis bereitet sich jeder Prüfungsteilnehmer durch den Besuch eines Vorbereitungskurses vor. Vorbereitungskurs und Prüfung können deshalb zusammengefasst werden zu einer Ausbildung, an dessen Ende der Titel steht.

27. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass möglicherweise ein "Markt für betriebswirtschaftliche Ausbildungen im Bereich der höheren Berufsbildung" abgegrenzt werden könnte. Ob der Titel "Betriebswirtschafter/in HFP" tatsächlich ein Substitut für denjenigen des "Eidg. Dipl. Betriebswirtschafter/in des Gewerbes" darstellt, müsste vertieft überprüft werden. Einen nicht unwesentlichen Einfluss auf die Frage der Substituierbarkeit dieser Titel dürfte dabei deren Stellenwert auf dem Arbeitsmarkt haben, welcher die Nachfrage nach den verschiedenen Bildungsgängen beeinflusst.

28. Im Folgenden wird im Sinne einer Arbeitshypothese von einer engen Marktabgrenzung ausgegangen. Wie nachfolgend aufgezeigt wird (Rz. 33 ff.), liegen selbst bei enger Marktabgrenzung auf dem Markt für die Ausbildung zum Erwerb des Eidg. Diploms als Betriebswirtschafter/in des Gewerbes keine unzulässigen Verhaltensweisen im Sinne von Artikel 7 KG vor.

B.3.1.1.2 Räumlich relevanter Markt

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

30. Der Titel "Eidg. Dipl. Betriebswirtschafter/in des Gewerbes" wird in der ganzen Schweiz anerkannt. Bezüglich der Vorbereitungskurse gibt es keine Be-

stimmungen, welche die Auswahlmöglichkeiten der Marktgegenseite räumlich einschränken würde. Es ist deshalb von einem nationalen Markt auszugehen.

B.3.1.2 Marktstellung

31. Dem SIU kommt auf dem Markt für die Ausbildung zum "Eidg. Dipl. Betriebswirtschafter/in des Gewerbes" eine spezielle Stellung zu, weil es gemäss den gesetzlichen Bestimmungen und dem Prüfungsreglement exklusiv mit der Durchführung der Prüfungen beauftragt ist. Das SIU ist damit der einzige Anbieter von Vorbereitungskursen, der selbst die Prüfung abnehmen kann, die zum eidgenössischen Diplom führen. Bezüglich der Ausgestaltung der Prüfung kann sich das SIU grundsätzlich unabhängig von anderen Marktteilnehmern verhalten. Es stellt sich die Frage, ob diese gesetzlich vorgesehene Stellung (vgl. Rz. 13 ff.) dazu führt, dass dem SIU auf dem Markt für die Ausbildung zum Erwerb des Eidg. Diploms als Betriebswirtschafter/in des Gewerbes eine marktbeherrschende Stellung zukommt.

32. Neben dem SIU bieten folgende Institute Vorbereitungskurse an:

- Handels- und Kaderschule Oerlikon, HSO, Zürich
- Marketing und Kaderschule GET, Zug
- Kaufmännisches Lehrinstitut Zürich, KLZ, Zürich
- Europakompatible Wirtschaftsschule, Bildungszentrum Basel, NSH, Basel (nur Angebot, bisher kein Prüfungskandidat)
- Kaderschule Graubünden, KSG, Chur (Konkurs 2004, nur Angebot, nie ein Prüfungskandidat)
- Führungs- und Marketingschule Bernard Gantner AG, Speicherschwendi (nur Angebot, bisher kein Prüfungskandidat).

33. In den letzten fünf Jahren stellte sich das Verhältnis von Prüfungskandidaten mit Vorbereitungskurs beim SIU zu solchen mit einem Vorbereitungskurs eines anderen Anbieters wie folgt dar:

<i>Jahr</i>	<i>SIU</i>	<i>Andere</i>	<i>Total</i>	<i>Anteil SIU</i>
2004	41	13 (GET: 5, HSO: 8)	54	76%
2003	63	39 (GET: 12, HSO: 21, KLZ: 6)	102	62%
2002	53	22 (GET: 11, HSO: 11)	75	71%
2001	50	14 (k.A.)	64	78%
2000	42	0	42	100%

Tabelle 1

34. Die Anzahl Prüfungskandidaten, die von einem Anbieter von Vorbereitungskursen gestellt wird, ist ein starker Anhaltspunkt für dessen Marktstellung. Die Marktanteile des SIU sind dabei relativ hoch (der Durchschnitt der letzten 4 Jahre beträgt 77,6%). Damit besteht ein starkes Indiz für eine marktbeherrschende Stellung. Inwiefern sich das SIU jedoch tatsächlich unabhängig von seinen Konkurrenten verhalten kann, müsste im Rahmen einer vertieften Analyse überprüft werden. Diese Analyse kann im vorliegenden Fall unterbleiben, da nachfolgend aufgezeigt wird, dass selbst bei Annahme einer marktbeherrschenden Stellung keine unzulässigen Verhaltensweisen gegeben wären.

B.3.2 Unzulässige Verhaltensweisen

35. 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). Diese Bestimmung erfasst als Generalklausel alle erdenklichen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, wenn es in objektiv wettbewerbswidriger Weise Konkurrenten behindert oder die Marktgegenseite benachteiligt, ohne sich hierfür auf sachliche Gründe ("legitimate business reasons") stützen zu können (vgl. RPW 2005/1, S. 92, Rz. 242).

B.3.2.1 Zulassungspraxis zur Prüfung

36. Im Bereich der Zulassung zur Prüfung wurden gegen das SIU folgende Vorwürfe vorgebracht: Kandidaten würden aus nicht nachvollziehbaren Gründen von der Prüfung ausgeschlossen, die Zulassungsentscheide erfolgten durch den "Leiter Kurswesen SIU" und würden von der Rekursinstanz nur formell und nicht materiell geprüft.

37. Eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Artikel 7 KG könnte im Bereich der Zulassung zur Prüfung dann vorliegen, wenn Absolventen von Vorbereitungskursen von Mitbewerbern des SIU beim Zulassungsentscheid benachteiligt würden. Es darf bei der Zulassung zur Prüfung keine Rolle spielen, bei welcher Institution der Kandidat einen Vorbereitungskurs absolviert hat.

38. Gemäss dem Prüfungsreglement wird die Prüfung sechs Monate vor Beginn in der gewerblichen Fachpresse ausgeschrieben. Bei der Ausschreibung wird unter anderem die Anmeldefrist und die Anmeldestelle bekannt gegeben (Art. 6). Die Anmeldung hat dann auf dem offiziellen Formular zu erfolgen unter Beilage einer lückenlosen Zusammenstellung über die Ausbildung und die bisherige berufliche Tätigkeit (Art. 7). Aufgrund der eingereichten Unterlagen entscheidet die Prüfungskommission (Art. 4 Bst. f) über die Zulassung zur Prüfung. Der Entscheid über die Zulassung wird dem Bewerber/der Bewerberin nach Eingang der Meldung mitgeteilt (Art. 8 Abs. 3). Gemäss Artikel 4 Buchstabe d der Wegleitung kann bei Unsicherheit, ob die Zulassungsbedingungen erfüllt sind, beim Sekretariat der Prüfungskommission eine Vorabklärung verlangt werden.

39. Das SIU führt aus, die allermeisten Kandidaten/-innen würden von der Möglichkeit der Vorabklärung Gebrauch machen. Auf diese Weise kann vermieden werden, dass zuerst ein Vorbereitungskurs besucht wird und sich erst danach bei der Zulassungsprüfung herausstellt, dass die Zulassungsvoraussetzungen zur Prüfung gar nicht erfüllt sind. Gemäss dem SIU ist zum Zeitpunkt der Vorabklärung nicht bekannt, welche Vorbereitungskurse bei welchem Anbieter vom Anfragenden allenfalls in Betracht gezogen werden. Es sei daher gar nicht möglich, Kandidaten/-innen, welche danach einen Vorbereitungskurs eines Mitbewerbers besuchen, zu benachteiligen.

40. Jeder Person, welche den Bildungsgang zum "Eidg. Dipl. Betriebswirtschafter/in des Gewerbes" absolvieren möchte, steht es offen, vor Beginn des Ausbildungsganges mittels einer Vorabklärung prüfen zu lassen, ob sie die Zulassungsvoraussetzungen zur Prüfung erfüllt. Durch das Anbieten dieser Möglichkeit hat das SIU ein Verfahren geschaffen, welches den Kandidaten/-innen erlaubt, Diskriminierungen aufgrund des gewählten Vorkurses auszuschliessen. Es steht den Mitbewerbern des SIU offen, Interessenten an ihren Vorkursen auf die Möglichkeit der Vorabklärung hinzuweisen und auf diese Weise bereits die Möglichkeit einer späteren Diskriminierung ihrer Absolventen zu unterbinden. Es ist deshalb nicht von einer diskriminierenden Zulassungspraxis im Sinne von Artikel 7 KG des SIU auszugehen.

41. Empfehlenswert wäre allerdings eine genauere Regelung der in der Praxis offensichtlich sehr wichtigen Vorabklärung im Prüfungsreglement und in den Weisungen. Derzeit sind darin weder Zuständigkeit noch Prüfungsumfang, Verfahren oder Rechtsfolge der Vorabklärung geregelt. In der Praxis wird im Normalfall der Zulassungsentscheid durch den Sekretär der Prüfungskommission vorbereitet und durch den Präsidenten der Prüfungskommission kontrolliert. Der Zulassungsentscheid wird (zumindest im durch den SIU eingereichten Beispiel) durch den Sekretär der Prüfungskommission signiert und enthält eine Rechtsmittelbelehrung. Gemäss der Rechtsmittelbelehrung kann gegen den im Rahmen der Vorabklärung getroffenen Zulassungsentscheid Beschwerde beim BBT erhoben werden. Gemäss Auskunft des SIU spricht sich der Vorabklärungsentscheid grundsätzlich endgültig darüber aus, ob jemand die Zulassungsvoraussetzungen erfüllt (Vorbehalten bleiben der bei der endgültigen Anmeldung einzureichende Strafregisterauszug sowie die fristgerechte Bezahlung der Prüfungsgebühr). Nach Auffassung des Sekretariates der Wettbewerbskommission stellt daher die Vorabklärung grundsätzlich nichts anderes als eine Vorverlegung des Zulassungsentscheides dar, welcher in den Kompetenzbereich der Prüfungskommission fällt. Die Unterzeichnung des Vorabklärungsentscheides durch den Sekretär der Prüfungskommission (der in Personalunion Leiter des Kurswesens des SIU ist) erscheint deshalb problematisch. Die formelle Überprüfung der Zulassungsentscheide obliegt jedoch den Beschwerdeinstanzen (vgl. nachfolgend Rz. 44).

42. Verbesserungsfähig wäre zudem auch die Information über die Möglichkeit der Vorabklärung, etwa durch eine eigene Rubrik auf der Website des SIU (jedenfalls solange das Prüfungssekretariat nicht über eine eigene Homepage verfügt). Selbst Prüfungsreglement und Weisungen sind derzeit nicht aufgeschaltet. Detaillierte Informationen über den "höheren SIU-Fachkurs" müssen telefonisch oder per Online-Formular angefordert werden.

43. Schliesslich enthalten die Zulassungsvoraussetzungen gemäss Artikel 8 Prüfungsreglement und deren Konkretisierung in Artikel 4 der Wegleitung keine Bestimmungen, welche den Wettbewerb zwischen dem SIU und den anderen Anbietern von Vorbereitungskursen verzerren würden. Die Art und Weise der Vorbereitung stellt kein Zulassungskriterium dar. Sofern die Kriterien nicht wettbewerbsverzerrend sind, steht es dem Sekretariat der Wettbewerbskommission nicht zu, darüber zu befinden ob diese bildungspolitisch sinnvoll sind. Diesbezüglich liegt ein Vorbehalt gemäss Artikel 3 KG vor: über die bildungspolitischen Aspekte der Prüfungsordnung hat gemäss Artikel 25 Absatz 2 BBV das BBT im Rahmen der Genehmigung zu befinden. Kommt hinzu, dass die beiden wichtigsten Zulassungsvoraussetzungen, die Führungserfahrung und die Tatsache, dass diese in einem *gewerblichen* KMU erworben werden muss (Art. 8 Abs. 1 Bst. d Prüfungsreglement), bereits in Gesetz und Verordnung angelegt sind (vgl. Art. 28 Abs. 1 und 2 BBG, Art. 25 und 26 BBV) und deshalb durch das Sekretariat der Wettbewerbskommission nicht überprüft werden können.

44. Schliesslich besteht gemäss Artikel 24 Absatz 1 Prüfungsreglement bei Nichtzulassung zur Prüfung ein Beschwerderecht an das BBT. Der Entscheid des BBT kann danach an die Rekurskommission des EVD weitergezogen werden (Art. 24 Abs. 2 Prüfungsreglement).³ Es besteht somit die Möglichkeit, Zulassungsentscheide bis vor eine unabhängige richterliche Instanz zu bringen. Es ist Aufgabe dieser Instanzen, die durch die Prüfungskommission getroffenen Entscheide zu überprüfen und namentlich willkürliche oder mit formellen Fehlern behaftete Entscheide zu korrigieren.⁴ Es kann nicht Aufgabe der Wettbewerbsbehörden sein zu kontrollieren, ob diese Instanzen ihre Funktion richtig wahrnehmen.

45. Im Bereich der Zulassung zur Prüfung kann zusammenfassend festgehalten werden, dass nicht von einer unzulässigen Verhaltensweise des SIU ausgegangen werden kann. Allerdings wären Verbesserungen namentlich bezüglich der Information und Verfahrensgestaltung wünschbar (vgl. die Anregungen in Rz. 57).

B.3.2.2 Prüfungsverfahren

46. Im Bereich des Prüfungsverfahrens wurde durch den Mitbewerber des SIU im Wesentlichen geltend gemacht, die Absolventen von Mitbewerbern des SIU würden bei den Prüfungen dadurch benachteiligt, dass die Abschlussprüfungen durch Experten des SIU durchgeführt werden und dass die Prüfungsaufgaben

früherer Examen nicht herausgegeben werden beziehungsweise nicht einsehbar sind.

47. Ähnlich wie im Bereich der Zulassung zur Prüfung könnte im Bereich der Durchführung der Prüfung dann ein unzulässiges Verhalten des SIU vorliegen, wenn Kandidaten, welche Vorbereitungskurse von Mitbewerbern des SIU besucht haben, aufgrund dieser Tatsache benachteiligt würden. Der Nachweis, dass eine solche Benachteiligung vorliegt, dürfte ohnehin nur schwer zu erbringen sein, weil weitere Elemente, namentlich die persönlichen Merkmale der Kandidaten und die Qualität der Vorbereitungskurse, ausschlaggebend für Prüfungserfolg beziehungsweise -misserfolg sind.

48. Einen Anhaltspunkt für eine Benachteiligung könnten die Durchfallquoten und die Notendurchschnitte der Absolventen der unterschiedlichen Vorbereitungskurse sein. Diese präsentieren sich wie folgt:

Durchfallquoten						
Jahr	SIU			Andere Anbieter		
	bestanden	nicht bestanden	Durchfallquote (%)	bestanden	nicht bestanden	Durchfallquote (%)
2004	38	6	14	10	3	23
2003	57	12	17	30	9	23
2002	43	10	19	19	3	14
2001	45	5	10	14	0	0
2000	37	4	10			
Total	220	37	14	73	15	17

Tabelle 2

³ Ein Weiterzug ans Bundesgericht ist gemäss Art. 100 Abs. 1 Bst. v des Bundesgesetzes über die Organisation der Rechtspflege (OG; SR 173.110) nicht möglich.

⁴ Zurückhaltung bei der Überprüfung von Ermessensentscheiden oder der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe entspricht gängiger Lehre und Rechtsprechung (vgl. zur sog. "Ohne-Not-Praxis" KÖLZ/HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 644 f.).

Durchschnitte aller Fachnoten				
Jahr	SIU	HSO	GET	KLZ
2004	4,511	4,647	4,498	keine
2003	4,540	4,270	4,299	4,366
2002	4,501	4,410	4,627	Keine
Total	4,517	4,442	4,474	4,366

Tabelle 3

49. Weder die Durchfallquoten (Tabelle 2) noch die Durchschnittsnoten (Tabelle 3) deuten darauf hin, dass systematische Benachteiligungen von Absolventen von Mitbewerbern des SIU erfolgt sind. Es bestehen keine wesentlichen Unterschiede zwischen den Werten des SIU und denjenigen der anderen Anbieter von Vorbereitungskursen. So beträgt der Unterschied bei den Durchfallquoten über die letzten fünf Jahre hinweg statistisch nicht signifikante 3%. Aufgrund der geringeren Anzahl Absolventen von Vorbereitungskursen anderer Schulen besteht bei diesen eine grössere Varianz zwischen den Werten der einzelnen Jahre. So gibt es Jahre, in denen die Durchfallquote im Vergleich zu derjenigen des SIU höher ausfällt (z.B. im Jahr 2004), aber auch solche, in denen sie niedriger ausfällt (z.B. im Jahr 2002). Die Tabelle der Durchschnittsnoten bestätigt dieses Bild. Die Unterschiede zwischen den Absolventen der verschiedenen Vorbereitungskurse sind geringfügig und die Reihenfolge der Durchschnittsnoten der einzelnen Anbieter wechselt von Jahr zu Jahr.

50. Aufgrund des Zahlenmaterials kann nicht von einer Diskriminierung der Absolventen von Vorbereitungskursen von Konkurrenten des SIU ausgegangen werden. Der Tatbestand von Artikel 7 KG ist somit nicht erfüllt. Allerdings gilt es auch festzuhalten, dass gewisse organisatorische Vorkehrungen aus wettbewerbstheoretischer Sicht in dem Sinne verbessert werden könnten, dass bereits die Möglichkeit zu Diskriminierungen minimiert oder ausgeschlossen wird.

51. Das Sekretariat regt an, dass das SIU seine Praxis betreffend der Herausgabe früherer Prüfungsaufgaben überdenkt. Die Prüfungsaufgaben werden durch Experten erstellt, welche alle auch als Referenten beim SIU angestellt sind. Selbst wenn die Experten in den am SIU abgehaltenen Lektionen keine alten Prüfungsaufgaben präsentieren, haben sie die notwendigen Kenntnisse, um ihre Übungen so zu gestalten, dass sie den Kursteilnehmern ein gutes Bild vermitteln können, was sie an den Prüfungen erwartet. Das SIU hat auch zugegeben, dass zumindest in einem Fall ein Experte Übungen durchgeführt hat, welche vergangenen oder zukünftigen Prüfungen sehr ähnlich waren. Es besteht aufgrund der heutigen Praxis deshalb das Risiko, dass das SIU seinen Absolventen einen Wissensvorsprung gegenüber den Absolventen anderer Schulen vermitteln kann, der einzig in der Stellung des SIU als prüfungsdurchführendes Institut begrün-

det ist. Diesem Problem sollte nach Auffassung des Sekretariates mit mehr Transparenz begegnet werden. Im Idealfall durch unbeschränkten Zugang zu den alten Prüfungsaufgaben, zumindest jedoch durch die Möglichkeit, beim Prüfungssekretariat alte Prüfungsaufgaben einsehen zu können. Auf diese Weise könnten sich Dozenten von Mitbewerbern aber auch Kandidaten, die sich selbstständig vorbereiten möchten, ein Bild davon machen, was sie an der Prüfung erwartet.⁵ Die vom SIU vorgebrachten Gründe für die heutige Praxis überzeugen nach Auffassung des Sekretariates nicht. Namentlich das Argument "*Das drillemässige Abarbeiten alter Prüfungsbogen soll vermieden werden*" erscheint nicht sachgerecht. Es obliegt nicht dem SIU, durch die Ausgestaltung des Prüfungsverfahrens die Vorbereitung auf die Prüfung zu beeinflussen. Die Vorbereitung soll gemäss dem Willen des Gesetzgebers eben gerade frei sein.

52. Zu überdenken ist zudem die Zusammensetzung des Expertenteams. Alle Experten sind Referenten am SIU und nur ein einziger unterrichtet auch bei einem Mitbewerber. Die Berücksichtigung einiger qualifizierter Dozenten von Mitbewerbern könnte den Vorwurf aus der Welt schaffen, die Experten bevorzugten Kandidaten, die ihnen aus den Vorbereitungskursen am SIU bekannt sind.

53. Auch bei der Prüfungskommission wäre es wünschbar, wenn ein (zusätzlicher) Vertreter aus dem Kreis der Mitbewerber in die Kommission aufgenommen würde (Änderung von Art. 3 des Prüfungsreglements⁶).

54. Im Bereich des Prüfungsverfahrens konnten keine Anhaltspunkte für eine Diskriminierung der Absolventen von Mitbewerbern bei den Prüfungen gefunden werden. Das Sekretariat würde es aber begrüssen, wenn gewisse organisatorische Aspekte der Prüfungen im Sinne der gemachten Erwägungen überprüft würden (vgl. die Anregungen in Rz. 57).

B.3.2.3 Prüfungsgebühr

55. Bezüglich der Prüfungsgebühren hat der Mitbewerber des SIU vorgebracht, die Prüfungsgebühren seien zu hoch und dienten der allgemeinen Finanzierung des SIU. Würde der SIU seine Vorbereitungskurse

⁵ Für die Dozenten von Mitbewerbern dürfte das Problem dadurch relativiert werden, dass sie sich auch durch Rückmeldungen von Prüfungskandidaten, die ihren Vorbereitungskurs besucht haben, ein Bild des Prüfungsablaufs und der Prüfungsanforderungen machen können.

⁶ Art. 3 Abs. 1 Prüfungsreglement: "Die Durchführung der Prüfung wird von einer Prüfungskommission getragen, die sich aus 5 Mitgliedern der Trägerschaft zusammensetzt." Derzeit setzt sich die Prüfungskommission aus dem Direktor und 2 Vizedirektoren des SGV, dem Direktor des SIU und dem Direktor des IFCAM, Lausanne (SIU in der welschen Schweiz). Sekretär ohne Stimmrecht ist der Leiter Kurswesen SIU.

durch überhöhte Prüfungsgebühren quersubventionieren, so könnte er sich dadurch einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil gegenüber den anderen Anbietern von Vorbereitungskursen verschaffen.

56. Gemäss Artikel 39 Absatz 4 BBV dürfen die Einkünfte aus Entgelten für eidgenössische höhere Fachprüfungen die Vollkosten der Trägerschaft im sechsjährigen Durchschnitt unter Berücksichtigung einer angemessenen Reservebildung nicht überschreiten. Es besteht daher eine gesetzliche Regelung, welche sicherstellt, dass mit der Durchführung der Prüfungen keine Gewinne erwirtschaftet werden können. Diese Bestimmung begründet einen Vorbehalt im Sinne von Artikel 3 KG. Gemäss der Gebührenregelung vom 31. Dezember 1997 (am 1. Januar 1999 in Kraft getreten) überprüft das BBT periodisch anhand der Prüfungsabrechnungen die Rechtfertigung der erhobenen Gebühren. In der Gebührenregelung wird eine maximale Prüfungsgebühr von CHF 6'000.- statuiert (Ziff. 1). Zudem wird festgehalten, dass die Prüfungsgebühren so zu berechnen sind, dass sie bestenfalls kostendeckend sind (Ziff. 4). Eventuell eintretende Überschüsse und Defizite sind zu verrechnen und in der Bilanz auszuweisen. Zu diesem Zweck ist ein spezielles Konto zu führen (Ziff. 5). Damit besteht eine klare Regelung und auch eine Aufsicht welche sicherstellt, dass eine Quersubventionierung des SIU durch die Prüfungsgebühren nicht möglich ist. Es obliegt nicht dem Sekretariat der Wettbewerbskommission, anstelle des BBT (oder allenfalls des Preisüberwachers) die Rechtfertigung der erhobenen Gebühren zu überprüfen. Deshalb kann nur der Vollständigkeit halber vermerkt werden, dass dem Sekretariat die Prüfungsabrechnungen eingereicht wurden und aus diesen hervorgeht, dass keine unzulässige Quersubventionierung stattgefunden hat.

C Anregungen

57. Bezugnehmend auf die zuvor gemachten Ausführungen regt das Sekretariat gemäss Artikel 26 Absatz 2 KG an, dass

- das Verfahren der Vorabklärung bezüglich der Zulassung zur HFP in Prüfungsreglement und Weisungen klarer geregelt wird;
- die Information über die Möglichkeit der Vorabklärung bezüglich der Zulassung zur HFP verbessert wird, beispielsweise durch eine eigene Rubrik auf der Website des SIU (solange die Prüfungskommission keine eigene Website hat);
- die Prüfungsaufgaben früherer Examen voll zugänglich gemacht werden, zumindest aber für Prüfungskandidaten und Dozenten aller Anbieter von Vorbereitungskursen einsehbar sind;
- bei der Expertenwahl auch geeignete Dozenten von Mitbewerbern berücksichtigt werden;
- ein Vertreter aus dem Kreis der Mitbewerber in die Prüfungskommission aufgenommen wird.

58. Das SIU wird eingeladen, das Sekretariat innert drei Monaten über die Umsetzung der Massnahmen zu informieren.

D Schlussfolgerungen

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission stellt gestützt auf den bekannten Sachverhalt und die vorangehenden Erwägungen fest, dass keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegt und beschliesst, die Vorabklärung ohne Kostenfolge einzustellen.

B 1.1	2. <i>Clauses d'architecte ou d'entrepreneur - Caisses de pension - Canton de Genève</i>
-------	---

Unzulässige Wettbewerbsabrede; Art. 5 und 7 KG

Accord illicite; art. 5 et 7 LCart

Accordo illecito; art. 5 e 7 LCart

*Rapport final du 24 mai 2005 concernant l'enquête préalable selon l'article 26 LCart sur le cas *Clauses d'architecte ou d'entrepreneur - Caisses de pension - Canton de Genève* relatif à de prétendus accords illicites selon l'article 5 LCart ou à de prétendues pratiques illicites d'une entreprise en position dominante selon l'article 7 LCart.*

Table des abréviations

APCG	Association des promoteurs constructeurs de Genève
CIA	Caisse de prévoyance du personnel enseignant de l'instruction publique et des fonctionnaires de l'administration du canton de Genève
CMCC	Commission sur les marchés publics Confédération/Cantons
CO	Code des obligations
DPC	Droit et politique de la concurrence
LaLAT	Loi d'application de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire
LCart	Loi sur les cartels et autres restrictions à la concurrence
LGZD	Loi générale sur les zones de développement
PLQ	Plan localisé de quartier
RSF	Recueil systématique fribourgeois
RSG	Recueil systématique genevois
SIA	Société suisse des ingénieurs et architectes

A En fait

1. Le secrétariat de la Commission de la concurrence a ouvert le 22 juillet 2003 une enquête préalable portant sur l'utilisation des clauses d'architecte ou d'entrepreneur¹ dans les contrats de vente immobilière dans le canton de Genève. Cette procédure a été ouverte suite à une demande de renseignements de la Commission des marchés publics Confédération/Cantons (CMCC).

2. La problématique à l'origine de la demande de la CMCC concernait les caisses publiques de pension qui cherchaient à acquérir des terrains afin d'y bâtir des immeubles et rentabiliser ainsi leurs avoirs. Les caisses publiques étant soumises à la réglementation sur les marchés publics, elles étaient légalement tenues de procéder à une mise en soumission des travaux d'architectes (notamment) qu'elles désiraient faire effectuer sur les terrains acquis. L'achat d'un terrain lié à une clause d'architecte se heurtait alors à cette obli-

gation légale et faisait en général échouer la vente. Leur activité d'investisseur immobilier était ainsi compromise et elles se sentaient "pénalisées" par rapport aux investisseurs privés. En effet, dans la mesure où elles s'engageaient à contracter avec un architecte déterminé, elles n'étaient plus ensuite libres de procéder à une mise en soumission des travaux. Afin de ne pas violer la réglementation sur les marchés publics, elles devaient donc renoncer à l'achat du terrain.

3. La CMCC a été chargée de trouver une solution à cette problématique. Une possibilité consistait à soustraire les caisses publiques de pension de la réglementation sur les marchés publics pour leurs activités d'investissement à titre de placement.² Une autre possibilité consistait, selon la CMCC, à autoriser une réalisation de gré à gré à différentes conditions. Dans cette variante, une des conditions mises à la réalisation de gré à gré obligeait la caisse publique à faire annuler la clause par voie judiciaire ou administrative. Le secrétariat a donc été saisi de la demande de renseignements portant sur la conformité des clauses d'architecte à la Loi sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart; RS 251).

4. En cours de procédure, la première solution a été adoptée. Les caisses publiques de pension ont été dispensées à partir du mois de mai 2004 du règlement sur la passation des marchés publics en matière de construction pour ce qui concerne leurs activités commerciales, lorsqu'elles sont en concurrence avec des entités privées.³ Il restait alors à examiner les clauses d'architecte en général.

B En droit

B1 Applicabilité des règles matérielles de la LCart

5. La Loi sur les cartels et autres restrictions à la concurrence s'applique aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises (art. 2 LCart).

6. Par entreprises, on entend les entités engagées dans le processus économique qui offrent ou acquièrent des biens ou des services, indépendamment de leur organisation ou de leur forme juridique (cf. art. 2 al. 1^{bis} LCart).

¹ Dans ce texte, les clauses d'architecte, d'entrepreneur ou d'ingénieur seront invariablement appelées clauses d'architecte. Ce qui est dit sur ces clauses vaut pour tous les types de clauses.

² Cf. Projet de recommandation de la CMCC du 13 mai 2003.

³ Art. 3 al. 2 nouveau du règlement genevois sur la passation des marchés publics en matière de construction, RSG L 6.05.01.

7. La vente d'un terrain lié à une clause d'architecte met en présence un vendeur, un acheteur ainsi qu'un architecte. Ces derniers ainsi que le vendeur (personne physique ou morale) sont des entreprises au sens de la LCart.

B2 Prescriptions réservées

8. Les prescriptions qui, sur un marché, excluent de la concurrence certains biens ou services sont réservées, notamment celles qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique ou celles qui chargent certaines entreprises de l'exécution de tâches publiques en leur accordant des droits spéciaux (art. 3 al. 1 LCart).

9. Pour l'analyse du présent cas, les dispositions légales suivantes sont applicables. Aucune toutefois n'est à considérer comme une prescription réservée au sens de l'article 3 LCart. Elles sont néanmoins brièvement passées en revue dans la mesure où il y est fait ultérieurement référence.

B2.1. Droit des marchés publics

10. Les caisses publiques de pension sont des établissements de droit public. Elles sont, en tant qu'autorités adjudicatrices, soumises au règlement genevois sur la passation des marchés publics en matière de fournitures et de services (RSG L 6.05.03), ainsi qu'au règlement genevois sur la passation des marchés publics en matière de construction (RSG L 6.05.01). Ce dernier s'applique notamment à la passation des marchés publics de construction, ainsi que des marchés de services qui s'y rapportent. Les prestations des architectes doivent dès lors faire l'objet d'une procédure de soumission, lorsque la valeur estimée du marché dépasse CHF 100'000.- (cf. art. 4 et les renvois ainsi que 17 du règlement L 6.05.01). Un marché peut être adjugé de gré à gré à différentes conditions, notamment lorsqu'un seul soumissionnaire entre en considération en raison des particularités techniques ou artistiques du marché ou pour des motifs relevant du droit de la propriété intellectuelle (art. 17 règlement L 6.05.01). Aucun motif ne permettait toutefois aux caisses publiques de pension d'adjuger de gré à gré les mandats d'architecte.

11. Les caisses publiques de pension sont exemptées de cette réglementation, depuis mai 2004, pour tout ce qui a trait à leur activité commerciale lorsqu'elles sont directement en concurrence avec des entités privées (art. 3 al. 2 nouveau du règlement L 6.05.01).

12. Selon l'APCG, les caisses de pension sont des promoteurs. Elles sont donc en concurrence avec les membres de cette association. Cela est valable tant dans le cadre de l'achat d'un terrain vierge que pour un terrain muni d'un projet. La CIA reconnaît elle-même qu'elle est en concurrence avec d'autres caisses de pension privées lors de l'achat de terrains.

13. Or, force est de constater que la réglementation genevoise sur les marchés publics introduisait une inégalité de traitement entre caisses de pension publiques et privées, dans la mesure où elle imposait aux premières d'effectuer une procédure de soumission pour confier les mandats d'architecte. Cette obliga-

tion les empêchait donc d'acquérir des terrains liés à des clauses d'architecte, ce qui faussait la concurrence. Tel n'est désormais plus le cas, dans la mesure où la législation genevoise a été modifiée sur ce point.

14. Cette solution pourrait toutefois amener d'autres distorsions de la concurrence. En effet, les caisses de pension publiques cantonales et fédérales qui doivent respecter les règles du droit des marchés publics se trouvent discriminées lors de l'achat d'un terrain, par rapport aux caisses de pension publiques genevoises, ces dernières n'étant plus soumises aux règles sur les marchés publics. Ce qui représentait une distorsion de la concurrence entre caisses de pension privées et publiques est ainsi devenu une distorsion entre caisses de pension publiques, pour celles qui ne sont pas assujetties au règlement L 6.05.01.

15. Mentionnons enfin qu'à Genève, les collectivités publiques cantonales et communes bénéficient d'un droit de préemption légal sur tous les terrains vendus en zone de développement. Or, ce droit n'est pas non plus neutre au regard de la concurrence.

B2.2. Aménagement du territoire et police des constructions

16. La construction dans le canton de Genève est notamment réglementée par la Loi d'application de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire (LaLAT; RSG L 1.30) ainsi que la Loi générale sur les zones de développement (LGZD; RSG L 1.35).

17. En vue notamment de favoriser l'urbanisation, la LaLAT prévoit la délimitation de périmètres de développement, dits zones de développement (art. 12 LaLAT). Ces zones de développement se substituent à d'autres zones et ont un régime d'affectation particulier ainsi que leurs propres normes. Elles peuvent notamment être affectées à l'habitat, au commerce et aux autres activités du secteur tertiaire. C'est dans ces zones que les caisses de pension recherchent des terrains pour y construire des logements collectifs. Or, ces zones répondent à des règles particulières. Notamment, la délivrance d'une autorisation de construire est subordonnée à l'approbation préalable par le gouvernement cantonal d'un plan localisé de quartier (PLQ, art. 2 LGZD). Ce plan prévoit, outre les détails relatifs à la construction, les éléments de base du programme d'équipement (tracé des voies de communication projetées, conduite d'eau etc.) (art. 3 LGZD). L'élaboration d'un tel plan implique de facto l'intervention d'un architecte au début de l'opération.

B2.3 Code des obligations

a. Notion et nature

18. Une clause d'architecte peut être définie comme une "stipulation accessoire par laquelle l'acquéreur d'un bien-fonds s'engage à confier à la personne désignée (le bénéficiaire) les travaux d'architecture de l'ouvrage qu'il veut ou pourrait vouloir y édifier".⁴

⁴ PIERRE TERCIER, La formation du contrat et les clauses d'architecte, in Le droit de l'architecte, 3^{ème} édition, Fribourg 1995, p. 54, ci-après TERCIER.

19. Une clause d'architecte est considérée comme une promesse de contracter au sens de l'article 22 du Code des obligations (CO; RS 220). Il s'agit donc d'un contrat bilatéral par lequel les deux parties ou l'une d'elles seulement s'engagent à conclure un contrat déterminé dans le futur.⁵ Pour distinguer les deux engagements, on parle du précontrat (achat du terrain avec la clause d'architecte) et du contrat principal (le contrat d'architecte). Le bénéficiaire de la clause peut être soit le vendeur du terrain (stipulation pour soi), soit un tiers (stipulation pour autrui). On parle alors de pactum de contrahendo dans le premier cas ou de pactum de contrahendo cum tertio dans le second cas.

b. Conditions de validité de la clause

20. La clause d'architecte a un contenu conventionnel et est dès lors subordonnée aux règles de validité des contrats. Ces dernières ont trait à l'accord (b.1), au contenu (b.2) et à la forme (b.3).

b.1 L'accord

21. Selon l'article 1 CO, le contrat est parfait lorsque les parties ont, réciproquement et d'une manière concordante, manifesté leur volonté. L'accord des parties doit recouvrir tous les points dits essentiels (art. 2 CO) et ces points doivent être suffisamment déterminés ou déterminables.

22. La clause d'architecte est donc valable si elle présente une détermination suffisante. Comme il s'agit d'un précontrat, les parties devraient aussi être d'accord sur tous les points essentiels du contrat principal à conclure.

b.2 Contenu

23. Selon l'article 20 alinéa 1 CO, le contrat est nul s'il a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs. Il ne sera pas traité ci-après de l'impossibilité dans la mesure où elle n'est pas liée aux clauses elles-mêmes mais à des circonstances extérieures.

24. Il n'existe pas en droit suisse de disposition qui interdise ou limite de façon directe les clauses d'architecte. Une telle clause ne saurait donc être illicite. Reste l'analyse de sa conformité à la LCart qui sera opérée ci-après.

25. Le contenu pourrait être contraire aux bonnes mœurs. Selon Tercier (cf. TERCIER p. 59), il n'y a aucun tribunal qui l'ait une fois admis. D'après cet auteur, si on ne peut affirmer qu'une telle clause est par nature contraire aux mœurs, on doit admettre que les circonstances du cas peuvent entraîner des restrictions excessives à la liberté de l'acquéreur, à sa liberté de concurrence, voire au régime général de la concurrence:

- Une restriction excessive à la liberté contractuelle du maître. Le maître de l'ouvrage, ayant acheté le terrain, n'a plus le choix de l'architecte qui sera amené à réaliser le projet. La liberté de décision de l'acheteur est dès lors entravée.
- Une restriction excessive à la liberté de concurrence. La clause d'architecte, liée à un contrat de vente,

constitue une "transaction couplée". Cette pratique pourrait dès lors poser problème si on devait être confronté à une venderesse en position dominante.

- Une restriction excessive au régime général de concurrence. Le recours à la clause a des implications sur le jeu de la concurrence dans les professions considérées, dans la mesure où le choix d'un mandataire n'est plus fonction de ses qualités propres, mais de son sens des affaires.

b.3 La forme

26. Selon l'article 22 alinéa 2 CO, la promesse de contracter doit revêtir la même forme que celle exigée pour le contrat principal. Or, aucune forme n'est prescrite, tant pour le mandat que pour le contrat d'entreprise. Toutefois, selon l'article 216 alinéa 1 CO, les ventes d'immeubles ne sont valables que si elles sont faites par acte authentique. Une clause d'architecte insérée dans un contrat de vente immobilière serait valable uniquement si elle était passée en la forme authentique, car cette clause représente une contre-prestation, donc un élément du prix (cf. CR CO ad 22 N 10).

B.3 Appréciation selon la LCart des clauses d'architecte

27. Les clauses d'architecte peuvent être appréhendées, en matière de droit de la concurrence, sous deux aspects: les accords entre concurrents (ci après ch. 47 ss.) et les abus de position dominante (ci-après ch. 53 ss.). Dans ce cas, il convient préalablement de définir le marché relevant.

B.3.1 Marché de référence

a) Marché des produits

28. Le marché de produits comprend tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés (art. 11 al. 3 let. a de l'Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises, OCCE; RS 251.4, applicable ici par analogie).

a) 1. Généralités

29. Selon l'APCG, les objets d'une promotion immobilière peuvent être divisés entre construction de logements et activités. La division "logements" se partage entre villas et immeubles collectifs (petits et grands). La division "activités" se partage entre commercial (artisanal et administratif) et industriel.

⁵ Commentaire romand CO I - François Dessemontet, art. 22 CO N 3.

30. La CIA gère une fortune de CHF 5 mia., dont CHF 1,8 mia. en immobilier. Ses investissements immobiliers se font dans la construction de logements collectifs pouvant comprendre entre 60 et 100 logements. Dans le cadre de la problématique qui nous occupe, l'analyse porte sur les clauses d'architecte liées à la vente de terrains destinés à la construction de logements collectifs. La CIA a précisé que selon sa politique, elle entendait systématiquement prendre une part active dans la réalisation des projets immobiliers. L'intervention de la CIA en tant qu'acheteuse est possible à différents stades du processus de construction d'un immeuble, la problématique soulevée se situant au moment de l'achat d'un terrain sur lequel une analyse a déjà été effectuée mais sur lequel aucune construction n'a encore été érigée. Cela nous amène à la notion de promotion immobilière.

a) 2. La promotion immobilière

31. Le promoteur immobilier peut être défini comme l'agent économique qui réalise un ou plusieurs immeubles afin d'en faire acquérir la propriété à une ou plusieurs personnes nommées accédants à la propriété.⁶ Il en existe trois catégories:

- Les promoteurs purs. Ce sont des promoteurs qui achètent les terrains vierges,⁷ établissent un projet pour ceux-ci et le réalisent.
- Les promoteurs pilotes. Ces promoteurs sont approchés par des propriétaires de terrains désireux de faire réaliser un projet. Ils n'achètent pas le terrain mais établissent un projet, voire pilotent jusqu'au bout ce dernier.
- Autres. Soit des entrepreneurs généraux, des agences immobilières. Ces acteurs interviennent à un moment ou à un autre dans le cadre de la réalisation d'un projet.

32. Les services fournis par ces professionnels sont interchangeables. Certains d'entre eux sont sur certains projets promoteurs purs et sur d'autres promoteurs pilotes etc.

33. Les prestations caractéristiques de l'activité de promoteur peuvent être regroupées en trois catégories:

- Les tâches de préparation (démarches en vue de l'obtention du permis de construire et du financement etc.);
- Les tâches de réalisation (relations avec les entreprises, choix des matériaux, suivi du chantier, réception de l'ouvrage et sa vérification etc.);
- Les tâches administratives (organisation de séances, tenue de procès-verbaux, conclusion de contrats etc.).

a) 3. Stades dans la promotion immobilière

34. A Genève, les promotions immobilières sont principalement faites sur des terrains qui se trouvent en zone de développement. Pour obtenir une autorisation de construire sur ces terrains, il faut présenter un projet et un PLQ (cf. pt. B.2.2 ci-dessus). Dans certains cas, le terrain n'est pas en zone de développement

mais il y est affecté au moment de la présentation du PLQ et du projet. Dans ces cas-là, les pouvoirs politiques travaillent de proximité avec les promoteurs.

35. Un propriétaire d'un terrain vierge qui désire le négocier peut procéder de différentes façons. Il peut soit le vendre à un promoteur, soit demander à un architecte de concevoir un projet et d'effectuer toutes les démarches administratives nécessaires à sa mise en oeuvre. Ensuite, il peut soit vendre son terrain avec le projet à réaliser, soit réaliser le projet lui-même et vendre le terrain et le bâtiment une fois celui-ci achevé.

36. Il y a dès lors en règle générale trois stades dans une promotion immobilière: 1) un stade avant projet, 2) un stade où un projet a été conçu, avec un PLQ dans le but d'obtenir une autorisation de construire et puis 3) un stade de réalisation du projet.

37. Selon l'APCG, il existe un grand nombre de terrains disponibles sur le marché genevois. Toutefois, ces terrains ne bénéficient même pas de plans de quartier, voire ne sont pas équipés. Ces terrains sont habituellement situés en zone de développement. Or, à Genève, les contraintes administratives font qu'un projet peut parfois prendre 15 ans pour être réalisé, la moyenne se situant entre sept et huit ans. Cette situation est due d'une part à un droit de recours existant lors des mises à l'enquête des plans de quartier ainsi qu'à un droit de référendum lors du classement d'un terrain en zone de développement et, d'autre part, à toutes les possibilités d'oppositions et de recours lors de la mise à l'enquête d'une demande d'autorisation de construire. De ce fait, l'achat d'un terrain vierge comporte de grands risques financiers que peu d'entreprises sont prêtes à assumer. Par exemple, les terrains visés par la plupart des caisses de pension ne sont pas des terrains vierges mais des terrains bénéficiant déjà de plans de quartier et d'une autorisation de construire. C'est lors de l'achat de ces biens que les clauses d'architecte interviennent, puisqu'un architecte est forcément déjà intervenu dans le but d'établir le PLQ, nécessaire pour obtenir une autorisation de construire en zone de développement.

⁶ BENEDICT FOEX, Quelques questions relatives à la promotion immobilière, in SJ 2003 II, p. 341.

⁷ Terrain vierge = terrain qui n'est pas au bénéfice d'une autorisation de construire, respectivement pour lequel aucun projet n'a encore été conçu.

38. Pour une caisse de pension désireuse d'investir dans un bien immobilier afin d'obtenir un rendement sur ses capitaux, l'achat d'un terrain vierge ne semble pas être un substitut à l'achat d'un terrain bénéficiant d'un plan de quartier et d'une autorisation de construire. En effet, dans ce dernier cas, la construction débutera immédiatement. Les caisses de pension cherchent à rentabiliser leurs capitaux et pas, contrairement à certains promoteurs, à faire travailler leurs bureaux à l'élaboration de PLQ et de projets. Par conséquent, les terrains vierges ne sont pas des produits substituables aux terrains bénéficiant déjà d'un PLQ et d'une autorisation de construire. Tout au plus peuvent-ils être considérés comme des concurrents potentiels.

39. Enfin, un investisseur pourrait aussi acheter le bien immobilier une fois le projet réalisé. Cela est toutefois problématique notamment en raison des droits de mutation et autres frais de notaire. En effet, les frais relatifs à une transaction immobilière sont de l'ordre de 4% (dont 3,3% uniquement pour les frais d'acquisition, droits d'enregistrement...) de la valeur de la transaction. De ce fait, il n'est pas neutre que la transaction porte sur un terrain d'une valeur de CHF 2'000'000.- ou sur un terrain bâti d'une valeur de CHF 50'000'000.-. Dans ce dernier cas, les différents frais représentent un montant de CHF 2'000'000.-, ce qui implique une baisse de rendement. Pour ce motif, il n'est pas neutre que la transaction porte sur le terrain, ou sur le terrain et le bâtiment. L'achat d'un projet clés en mains ne saurait donc être un substitut à l'achat d'un terrain non vierge. Mentionnons aussi que la CIA a pour politique de réaliser les constructions elle-même, ce qui lui permettrait un meilleur contrôle des coûts. Pour ces motifs, l'achat de bâtiments clés en mains n'est pas un substitut.

40. Dans le cas particulier de l'hypothèse de travail, le marché de produits peut être limité à la *vente de terrains non vierges en vue d'effectuer une promotion immobilière portant sur des logements collectifs*.

b) Marché géographique

41. Le marché géographique comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché de produits (art. 11 al. 3 let. b OCCE, applicable par analogie).

42. La CIA estime que la promotion immobilière était à considérer comme un marché de proximité, soit local. En effet, pour mener à bien une transaction et pouvoir apprécier les différents facteurs qui interviennent dans le cadre de la réalisation du projet, il est nécessaire d'avoir une connaissance de la réglementation juridique et fiscale au lieu de la réalisation envisagée. De plus, il est nécessaire de connaître le marché local afin de pouvoir procéder à une estimation juste du nombre de logements requis et de leur emplacement. Un exemple nous a été donné d'un projet qui a dû attendre deux ans avant de voir tous

les appartements loués, ceci en raison d'une mauvaise estimation de la demande locale en logements.

43. Par ailleurs, la concurrence lors de l'achat de terrains est telle qu'une grande discrétion est nécessaire au moment de débiter les transactions. Or, pareille discrétion est impossible en dehors du marché local, en raison d'une méconnaissance des facteurs susmentionnés. Une approche des acteurs du marché a inmanquablement pour effet de rendre public l'intérêt de la caisse de pension pour l'acquisition de terrains et amène à une augmentation de la demande et des prix.

44. De même, il serait possible d'acquérir des terrains en France. Toutefois, la méconnaissance des facteurs susmentionnés est encore plus prononcée.

45. On peut se demander si le marché ne pourrait pas être étendu au territoire suisse, si on pense notamment à la Caisse de pension de la Confédération qui achète et finance la construction de bâtiments dans différents cantons.

46. Dans le cas particulier de l'hypothèse de travail, *le marché peut géographiquement être limité au territoire cantonal*.

B.3.2 Accord en matière de concurrence

47. Par accords en matière de concurrence, on entend les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées d'entreprises occupant des échelons du marché identiques ou différents, dans la mesure où elles visent ou entraînent une restriction à la concurrence (art. 4 al. 1 LCart).

48. Selon l'article 5 alinéa 1 LCart, les accords qui affectent de manière notable la concurrence sur le marché de certains biens ou services et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique, ainsi que tous ceux qui conduisent à la suppression d'une concurrence efficace, sont illicites.

49. Un accord en matière de concurrence se définit dès lors selon deux éléments: a) un comportement parallèle conscient et voulu des entreprises parties à l'accord et b) qui vise ou entraîne une restriction à la concurrence.

50. Les clauses d'architectes pourraient être considérées comme contraires à l'article 5 LCart si de nombreux architectes ou entrepreneurs se mettent d'accord pour ajouter systématiquement de telles clauses dans leurs contrats de vente immobilière. Dans ce cas, l'accord peut affecter non seulement le marché de la vente de terrains à bâtir, mais aussi celui des prestations offertes par les membres d'une même profession.

51. Toutefois, selon les informations reçues de la SIA section Genève, un tel accord ou comportement systématique est inexistant. Selon cette association, les clauses d'architecte sont très rares. Cette affirmation est toutefois à relativiser dans la mesure où la SIA ne s'exprimait pas par rapport au segment logements collectifs mais par rapport à l'activité générale des architectes. Par ailleurs, elle a aussi mentionné qu'il n'était pas possible de catégoriser les architectes en

relation avec les projets qu'ils réalisaient. Cette affirmation a été corroborée par la CIA qui a précisé que ses interlocuteurs étaient les plus divers (petits bureaux, grands bureaux, sociétés immobilières etc.). Enfin, du point de vue de la SIA, de telles clauses utilisées systématiquement (pour tous types de projets) pourraient constituer un problème entre concurrents, lequel leur aurait certainement déjà été soumis par le biais d'une plainte. Tel n'a toutefois jamais été le cas.

52. Ainsi, l'enquête préalable n'a pas permis de démontrer l'existence d'indices d'un accord illicite en matière de concurrence au sens de l'article 4 alinéa 1 LCart.

B.3.3 Pratiques illicites d'entreprises en position dominante

53. L'existence de clauses d'architecte peut aussi s'analyser sous l'angle de l'abus de position dominante.

B.3.3.1 Position dominante

54. Selon l'article 4 alinéa 2 LCart, par entreprise dominant le marché, on entend une ou plusieurs entreprises qui sont à même, en matière d'offre ou de demande, de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché (concurrents, fournisseurs ou acheteurs).

55. Pour que le propriétaire d'un terrain muni d'une clause d'architecte dispose d'une position dominante sur le marché genevois de la vente de terrains non vierges, il faudrait notamment examiner les parts de marché que le propriétaire détient, ce qui suppose de lister tous les terrains mis en vente durant une certaine période. Bien qu'il n'ait pas été possible en pratique d'obtenir de tels chiffres, il apparaît que des terrains sont régulièrement l'objet d'une promotion immobilière à l'un des stades énumérés ci-dessus (cf. 31 ss.). De ce fait, le propriétaire d'un terrain particulier ne pourrait que difficilement être considéré comme détenant une position dominante sur le marché. Même s'il ne devait exister qu'un seul terrain non vierge sur le marché à un moment donné, la présence de terrains dans le "pipeline" de la promotion et disponibles sur le marché à plus ou moins brève échéance permet de faire jouer la concurrence.

56. Un autre moyen serait d'étudier les liens de dépendances individuelles qui pourraient exister entre les partenaires commerciaux. Il s'agirait alors d'examiner si les conditions de dépendance définies par la Comco dans la décision Coopforte (DPC 2005/1 p. 146) sont remplies. Dans le cas d'espèce, l'enquête préalable n'a pas été ouverte suite à la plainte d'un particulier qui se serait trouvé dans pareille situation. Elle n'a en outre pas pu mettre en évidence l'existence d'un acheteur se trouvant dans une telle relation de dépendance face à un propriétaire.

57. Sur la base de ce qui précède, l'enquête préalable n'a pas pu établir l'existence d'indices d'une position dominante d'un vendeur de terrain au sens de la LCart.

B.3.3.2 Abus potentiel

58. En l'absence d'indices de position dominante, l'analyse d'un éventuel abus serait superflue. Les considérations suivantes qui présupposent l'existence d'une position dominante peuvent néanmoins être formulées.

59. Les pratiques d'entreprises ayant une position dominante sont réputées illicites lorsque celles-ci abusent de leur position et entravent ainsi l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice, ou désavantagent les partenaires commerciaux (art. 7 al. 1 LCart).

60. En particulier, est réputé illicite le fait de subordonner la conclusion de contrats à la condition que les partenaires acceptent ou fournissent des prestations supplémentaires (art. 7 al. 2 let. f LCart).

61. Une clause d'architecte pourrait être illicite si elle est considérée comme une transaction couplée au sens de l'article 7 alinéa 2 lettre f LCart (cf. à ce sujet BLAISE CARRON, Les transactions couplées en droit de la concurrence, Thèse Fribourg 2004). Ces transactions faussent la concurrence en constituant d'abord une pratique d'exploitation, et indirectement aussi une pratique d'entrave (cf. CR Concurrence, CLERC EVELYNE, art. 7 LCart N. 267).

62. Une transaction couplée est abusive lorsque: 1) l'entreprise dispose d'une position dominante sur le marché du premier produit, 2) l'entreprise subordonne la vente du produit liant à celle du produit lié de sorte que le partenaire commercial n'a pas d'autres choix que d'acheter aussi à l'entreprise le produit lié, 3) le produit supplémentaire ne doit pas avoir de lien objectif avec le premier produit (produits distincts) et 4) il y a un effet anticoncurrentiel sur le marché du produit supplémentaire lié (CLERC EVELYNE, op. cit., N. 271 et BLAISE CARRON, op. cit., p. 376 N. 1614 ss.).

63. Compte tenu de la présente analyse, il semble que ces conditions ne puissent que difficilement être réunies. Outre l'absence de position dominante dont il a été fait mention ci-dessus (cf. ch. 57), il n'apparaît pas qu'il y ait des effets sur le marché des services fournis par les architectes (cf. ci-dessus ch. 51). Les autres conditions devraient en outre être analysées. A cela s'ajoute qu'on peut attendre de la part d'un acheteur qu'il s'informe déjà lors de la conclusion du contrat de vente immobilière des conditions du contrat d'architecte et qu'il négocie l'achat du terrain en conséquence.

C Conclusions

64. Le secrétariat de la Commission de la concurrence se fondant sur les faits dont il a eu connaissance et les développements qui précèdent:

1. Constate qu'il n'existe pas d'indices d'une restriction privée à la concurrence sur le marché relevant.
2. Décide de clore l'enquête préalable sans suite.

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>Procter & Gamble/Gillette</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

Communication selon l'article 1 OCCE du 26 août 2005

A En fait

1. Le 26 juillet 2005, la Commission de la concurrence (Comco) a reçu une notification annonçant que The Procter & Gamble Company (ci-après: P&G) envisageait de fusionner avec The Gillette Company (ci-après: Gillette).

2. P&G, dont le siège est à Cincinnati (USA), est un groupe international spécialisé principalement dans la conception et la distribution de produits d'entretien ménager et de produits de beauté et d'hygiène.

3. Gillette dont le siège est à Boston (USA) est un groupe international actif dans la fabrication de produits de grande consommation, tels que les rasoirs et lames de rasoir, les produits d'hygiène bucco-dentaire, le petit électroménager et les piles électriques.

4. L'opération de concentration sera effectuée par la fusion d'une société détenue entièrement par P&G créée à cet effet, l'Aquarium Acquisition Cooperation avec Gillette. Suite à cette fusion, Aquarium perdra toute personnalité juridique distincte et seule Gillette demeurera. Gillette sera entièrement détenue par P&G et les actuels actionnaires de Gillette détiendront environ 26% des actions de P&G.

5. Selon les parties, le but de la fusion est de stimuler la croissance du groupe par une innovation accrue, de bénéficier de partenariats locaux déjà bien implantés et de permettre une commercialisation plus cohérente des produits par des synergies dans la logistique et la chaîne de valeurs. Cette démarche pourra être notamment soutenue grâce à une réduction des coûts de fonctionnement généraux de la nouvelle entité (administration, informatique, marketing etc.). De plus, cette fusion est aussi décrite comme un moyen pour exercer un contre-pouvoir face à certains grands distributeurs.

6. Le projet précité a été également notifié le 27 mai 2005 à la Commission européenne qui l'a autorisé sous conditions le 15 juillet 2005. Les conditions consistent pour l'ensemble des pays de l'EEE dans la cession par P&G de sa filiale entière de brosses à dents à pile Spinbrush et à donner une licence pour les marques utilisées pour ces brosses à dents.

7. Un "waiver" accordé par les entreprises participantes a permis la coopération avec la Commission européenne.

B En droit

B.1 Applicabilité des prescriptions de la LCart

B.1.1 Entreprises

8. Toute entreprise engagée dans le processus économique qui offre ou acquiert des biens ou des services, indépendamment de son organisation ou de sa forme juridique, est soumise à la LCart (art. 2 al. 1^{bis} LCart).

9. Les deux sociétés concernées par le projet notifié répondent à cette définition et tombent dès lors dans le champ d'application de la LCart.

B.1.2 Concentration d'entreprises

10. La présente concentration a pour but la fusion des activités de deux entreprises indépendantes (P&G et Gillette). Il s'agit donc d'une concentration d'entreprises au sens de l'article 4 alinéa 3 LCart et des articles 1 et 2 de l'Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises (ci-après: OCCE).

11. Dans les marchés concernés, il n'existe aucune prescription qui exclut la concurrence. Par ailleurs, les réserves de l'article 3 alinéa 1 LCart n'ont pas été invoquées par les parties.

B.1.3 Obligation de notifier

12. P&G et Gillette ont réalisé un chiffre d'affaires mondial cumulé de plus de CHF 75 mia. au cours du dernier exercice 2004. P&G et Gillette ont également réalisé toutes les deux individuellement un chiffre d'affaires en Suisse d'au moins CHF 100 mio. (P&G: CHF [...] mio.; Gillette: CHF [...] mio.) au cours du dernier exercice.

13. L'opération est donc soumise à l'obligation de notifier au sens de l'article 9 alinéa 1 LCart.

B.2 Examen préalable

B.2.1 Marchés pertinents

B.2.1.1 Marchés des produits

14. Selon l'article 11 alinéa 3 lettre a OCCE, les marchés des produits comprennent tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés.

15. Il convient de mentionner que les entreprises participantes vendent un grand nombre de produits qui ne présentent aucun lien entre eux, si ce n'est que ce sont des produits para-alimentaires ("Near-Food"), c'est-à-dire vendus principalement dans les canaux de distribution alimentaire.

16. Alors que P&G est active principalement dans les produits d'entretien ménager et l'hygiène féminine,

Gillette est présente dans le domaine du rasage et les petits appareils électriques. Cette absence de lien entre les produits a pour conséquence qu'il n'y a actuellement aucun chevauchement d'activités sur le marché géographique pertinent (cf. chiff. 26) à l'exception du domaine bucco-dentaire (cf. chiff. 31).¹ Les seuls marchés affectés par cette fusion le sont uniquement parce que la part de marché de l'une ou l'autre des parties dépasse le seuil des 30%, l'autre n'étant pas présente dans le domaine en cause. Dans ce contexte, une délimitation détaillée des marchés des produits pertinents n'est pas nécessaire. De plus, sous l'angle de la concurrence potentielle, une définition exacte des marchés n'a également pas d'influence sur le résultat (cf. chiff. 39).

17. Les deux tableaux suivants recensent les domaines d'activités de P&G et Gillette sans se prononcer pour autant sur une délimitation exacte des marchés.

Tableau 1: Produits de P&G

Domaine d'activité	Description du produit	Marques vendues en Suisse
Produits d'entretien ménager	Produits lessive Adoucissant lessive Produit anti-calcaire Produit nettoyant ménager Produit vaisselle Lingettes sol jetables Désodorisant textile	ACE, Ajax, Ariel, Dash, Vizir, Mr. Proper laundry Lenor Antikal Mr. Proper Fairy Swiffer Febreze
Soins personnels	Produits para-médicaux	Vicks etc.
Produits de beauté	Produits cosmétiques Produits maquillage Produits douches Déodorants/antiperspirants Shampoings Parfums de luxe Parfums de masse (mass fragrances) Hygiène féminine	Olaz Cover factor - - Pantène, Head & Shoulders Boss, Laura Biagiotti etc - Always, Tampax
Hygiène bucco-dentaire	Adhésifs dentiers Produits nettoyants dentiers Brosses à dents à pile Brosses à dents manuelles Dentifrices Produits blanchisseurs pour les dents	Kukident Kukident Spinbrush et co-marques - - -
Produits pour bébé	Couches Lingettes	Pampers Pampers, Kandoo
Produits pour la famille	Papier-ménage Mouchoirs en papier Papier toilette	Bounty Tempo Bess, Charmin
Produits alimentaires	Biscuits apéritifs	Pringles
Nourriture pour animaux	Nourriture pour chiens et chats	Eukanuba, Iams

¹ Au niveau global, il existe d'autres chevauchements d'activités. Par exemple, dans certains pays européens, P&G et Gillette sont toutes les deux actives dans le domaine des parfums de masse (mass fragrances), des déodorants/antiperspirants et dans une plus faible mesure dans le domaine des produits douches (cf. Procter & Gamble/Gillette COMP M.3732, chiff. 58 ss.). En revanche, sur le

marché géographique pertinent retenu de la Suisse (voir chiff. 26), il s'agit du seul chevauchement étant donné que plusieurs produits des entreprises participantes ne sont pas vendus en Suisse.

Tableau 2: Produits de Gillette

Domaine d'activité	Description du produit	Marques vendues en Suisse
Produits rasage mouillé	Rasoirs Lames Produits soins rasage (mousse, after-shave etc.)	Gillette et co-marques Gillette Gillette
Produits électriques	Rasoirs électriques Autres appareils électroménager (sèche-cheveux, mixeurs etc.) Piles	Braun Braun Duracell
Hygiène bucco-dentaire	Brosses à dents manuelles Brosses à dents à pile Brosses à dents rechargeables Fil dentaire Lotions Dentifrices Produits blanchisseurs pour les dents	Oral B Oral B Oral B Oral B Oral B - Oral B/Rembrandt (depuis avril 2005)

18. Il y a lieu de souligner qu'une définition plus précise des marchés des produits dans le domaine de l'hygiène bucco-dentaire s'impose dans la mesure où les entreprises sont toutes les deux présentes dans ce domaine.

19. Gillette, avec sa marque "Oral B", est présente dans l'ensemble des types de brosses à dent (manuelles, à pile, rechargeables) ainsi que dans le fil dentaire et les lotions bucco-dentaires en Suisse. Depuis avril 2005, Gillette vend aussi des produits blanchisseurs pour les dents. P&G est présente d'une part dans le segment des brosses à dents à pile (marque "Spinbrush" et co-marques "Blend-a-Dent", "Blend-a-Med", "Crest" etc.) et d'autre part dans le segment des adhésifs et des produits nettoyants pour dentiers (marque Kukident). Les autres produits des entreprises participantes dans le domaine bucco-dentaire ne sont pas commercialisés en Suisse.

20. La Commission européenne a retenu dans la même affaire un marché séparé pour les brosses à dents manuelles. En revanche, elle a laissé ouverte la question de savoir s'il fallait considérer un marché pour toutes les brosses à dents électriques (comprenant à la fois les brosses à dents fonctionnant avec des piles et les brosses à dents fonctionnant avec accus dites rechargeables) ou distinguer deux marchés. Quelle que soit la solution retenue, la fusion entraînerait des problèmes de concurrence dans une partie substantielle du marché commun.

21. Du point de vue de la demande, les brosses à dents fonctionnant à pile sont réputées avoir un broyage moins efficace (dû notamment à la perte de puissance de la pile au cours du temps) et leur prix vont selon le modèle de CHF 10.- à environ CHF 40.-. Les brosses à dents rechargeables fonctionnent avec accus et les prix oscillent entre CHF 12.- et CHF 230.- environ. Les têtes de rechange sont en général communes pour les brosses à dents à piles et les brosses à dents rechargeables d'une même marque. Les modèles plus sophistiqués dont les prix sont supérieurs à CHF 100.- présentent des fonctions supplémentaires.

22. Une brosse à dent à pile bon marché n'est pas un bon substitut avec une brosse à dents rechargeable haut de gamme. Il est néanmoins plus difficile de faire une distinction entre les brosses à dents à piles haut de gamme (où est présent Braun) et les brosses à dents rechargeables bas de gamme (où Braun est également présent). Le prix et les fonctions ne se différencient pas. Les deux types de brosses à dents sont vendus par les mêmes canaux de distribution (commerce de détail alimentaire, magasins spécialisés en appareils électriques, pharmacies/drogueries).

23. Du point de vue de l'offre, la production de brosses à dents à pile et de brosses à dents rechargeables ne diffère pas fondamentalement. Seules les brosses à dents rechargeables haut de gamme nécessitent un savoir technologique plus important.

24. Cependant, la question de savoir si le marché pertinent est composé des brosses à dents à pile uniquement ou s'il doit être défini de manière plus large (brosses à dents électriques) peut rester ouverte dans la mesure où cela n'a pas d'influence sur le résultat de l'analyse concurrentielle (cf. chiff. 31 s.).

B.2.1.2 Marché géographique

25. Selon l'article 11 alinéa 3 lettre b OCCE, le marché géographique comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché des produits.

26. Du côté de l'offre, les entreprises actives sur ces marchés sont en général présentes dans l'ensemble du territoire européen avec des produits qui ne diffèrent pas considérablement d'un pays à l'autre et qui sont commercialisés sous les mêmes marques. Cependant, du côté de la demande, les plus grands acheteurs des produits qui composent le marché sont spécifiquement suisses, tels Migros et Coop. De plus, les formalités douanières et certaines réglementations propres à la Suisse dans le domaine du Near-Food (par ex. pour les produits ayant un effet médical en particulier en rapport avec l'hygiène bucco-dentaire) portent également à délimiter un marché national. Enfin, les dé-

taillants suisses négocient avec les représentants nationaux de leurs fournisseurs. Tous ces éléments impliquent que le marché géographique pertinent pour ces marchés peut dans le cas d'espèce se limiter au territoire suisse.

B.2.2 Marchés affectés

27. Parmi les nombreux produits énumérés dans les tableaux 1 et 2, sont affectés au sens de l'article 11 alinéa 1 lettre d OCCE les marchés suivants:

Tableau 3: Marchés affectés

Marchés	P&G	Gillette
1. Couches pour bébé	[50%-60%]	-
2. Lingettes	[40%-50%]	-
3. Tampons	[30%-40%]	-
4. Serviettes hygiéniques	[30%-40%]	-
5. Protège-slips	[25%-35%]	-
6. Papier-ménage	[25%-35%]	-
7. Mouchoirs	[30%-40%]	-
8. Adhésifs pour dentiers	[80%-90%]	-
9. Produits nettoyants pour dentiers	[50%-60%]	-
10. Produits de soins rasage	-	[60%-70%]
11. Rasoirs et lames de rasoirs	-	[75%-85%]
12. Mixeurs électriques portatifs (hand-held Mixers)	-	[25%-35%]
13. Rasoirs électriques pour hommes	-	[45%-55%]
14. Épilateurs	-	[50%-60%]
15. Tondeuses à barbe	-	[40%-50%]
16. Brosses à dents électriques	[0%-10%]	[55%-65%]

Source: AC Nielsen, GfK

B.2.3 Position future des entreprises participantes sur les marchés affectés

28. Considérant le nombre important de marchés affectés et le fait qu'ils peuvent être regroupés par groupe présentant une structure similaire de concurrence, une analyse marché par marché peut donc être substituée par une analyse sommaire et globale des groupes de produits.

B.2.3.1 Concurrence actuelle

29. Les différents marchés affectés peuvent être regroupés dans les cinq groupes de produits suivants:

Tableau 4: Groupes de produits et concurrents

Groupe de produits	P&G/Gillette	Principaux concurrents
1. Produits pour bébé	environ [40%-50%]	Johnson & Johnson + marques de distributeurs
2. Produits d'hygiène féminine et produits "papiers"	entre 30% et 40%	Johnson & Johnson, marques de distributeurs et Tela-Kimberly, SCA + Migros
3. Rasage mouillé	entre 60% et 80%	Migros +Wilkinson
4. Petits appareils électriques	entre 30 et 50%	Philips
5. Produits d'hygiène bucco-dentaires	plus de [35%-45%]	Colgate, GlaxoSmith-Kline, Trisa

30. On constate que dans aucun des quatre premiers groupes, il n'y a d'addition de parts de marché. Par conséquent, la structure du marché restera inchangée après la fusion. Dans le groupe de marchés des produits de rasage, Gillette a une position très forte, en particulier sur le marché des rasoirs et lames de rasoirs. Sur les trois autres groupes de marchés, il existe d'une part des concurrents internationaux présents dans de nombreux domaines du Near-Food (Johnson & Johnson, Colgate et Tela Kimberly) ou dans le domaine des petits appareils électriques (Philips) et d'autre part des plus petits concurrents actifs essentiellement en Suisse (Trisa). A cela s'ajoutent la présence forte des marques de distributeurs (en particulier Migros) et une structure de la demande très concentrée (cf. effet de portefeuille).

31. Le cinquième groupe de marchés concerne les produits d'hygiène bucco-dentaires. C'est dans ce domaine que se trouve le seul marché affecté sur lequel Gillette et P&G sont toutes les deux présentes. Gillette avec sa marque Oral B est le leader des brosses à dents électriques (à pile et rechargeables) sur le marché suisse. Sur un hypothétique marché de brosses à dents à pile, la part de marché de Gillette serait de [40%-50%] et l'addition de parts de marché par P&G de [0%-10%]. Sur un marché défini plus largement, comprenant toutes les brosses à dents électriques (à pile et rechargeables), la part de marché de Gillette serait de [60%-70%] et l'addition de parts de marché par P&G de [0%-10%].

Tableau 5: Addition de parts de marché
(en valeur, 2004)

	Marché des brosses à dents à pile	Marché des brosses à dents électriques (à pile et re- chargeables)
Gillette	[40%-50%]	[60%-70%]
P&G	[0%-10%]	[0%-10%]
Conjointement	[40%-50%]	[60%-70%]

Source : AC Nielsen, GfK.

32. Malgré la position forte de Gillette sur ce marché, l'addition de parts de marché par P&G peut être considérée, quelle que soit la définition du marché des produits retenue, comme marginale (+[0%-10%] respectivement +[0%-10%]).

33. De plus, dans le domaine des brosses à dents à pile, Gillette fait face à deux concurrents importants Migros [20%-30%] et Colgate [20%-30%] disposant également de marques renommées. Deux plus faibles concurrents sont également présents sur le marché à savoir Unilever [0%-10%] et Trisa [0%-10%]. D'un point de vue dynamique, les parts de marché ont connu des variations importantes au cours des trois dernières années. Migros n'est rentré sur ce marché qu'en 2003 et pouvait dès 2004 avoir plus de [20%] de parts de marché. Gillette a également gagné près de [5%-15%] de parts de marché depuis 2002. L'augmentation des parts de marché de Migros et de Gillette s'est fait au détriment de Unilever et de Colgate. Dans le domaine des brosses à dents rechargeables, les principaux concurrents sont Trisa (10%-20%), Waterpik (10%-20%) et Philips Sonicare (<5%).

34. Enfin, étant donné la condition imposée par la Commission européenne dans l'ensemble de l'EEE dans le domaine des brosses à dents à pile (cf. chiff. 6),² les entreprises participantes ont confirmé par courrier du 24 août 2005 au secrétariat leur engagement formel à respecter, également pour le territoire et le marché suisse, les conditions et engagements pris au niveau communautaire. Ainsi, cet engagement permet d'éliminer les derniers doutes quant à une éventuelle création ou renforcement de position dominante sur le marché en cause.

35. Ainsi, au vu de ce qui précède, la présente concentration ne va pas créer ni renforcer de position dominante sur les marchés pris isolément, et en particulier sur le marché des brosses à dents à pile ou électriques.

B.2.3.2 Concurrence potentielle

36. Même si la concurrence actuelle semble suffisante, il est intéressant d'examiner si l'une des entreprises participantes était un concurrent potentiel qui disciplinait le comportement de l'autre entreprise sur les marchés affectés et qui serait éliminé par cette fusion.

37. Dans un premier temps, il s'agit d'analyser l'importance des barrières à l'entrée. Les concurrents interro-

gés ont jugé de manière unanime que les barrières à l'entrée étaient considérables en raison de l'investissement dans une image de marque. Ces barrières ont été toutefois estimées moins importantes pour les distributeurs qui disposent de propres marques (cf. chiff. 57). En raison de ces barrières hautes, il est peu probable que P&G ou Gillette entre en Suisse dans un marché qui n'est pas proche des marchés où elles sont déjà présentes en Suisse ou sur un marché où elles ne sont pas déjà présentes dans un autre pays européen.

38. Les seuls marchés proches se trouvent dans le domaine bucco-dentaire. Le premier cas serait le marché des produits pour dentiers où seule P&G est présente avec une position forte par la marque Kukident. Gillette n'est actuellement pas présente dans ce domaine ni en Suisse ni dans l'EEE. Selon l'avis d'un concurrent important dans ce secteur, une entrée de Gillette sur ces marchés semble peu vraisemblable et la fidélité des clients à une marque dans les domaines des produits pour dentiers est très importante.

39. Le deuxième cas serait le marché des brosses à dents rechargeables. P&G n'est active dans aucun des pays de l'Espace Economique Européen mais est présente sur le marché très proche des brosses à dents électriques. Cependant, vu la très faible part de marché de P&G dans les brosses à dents à pile en Suisse [0%-10%], elle ne peut être considérée comme une concurrente potentielle exerçant un effet de discipline sur Gillette sur le marché des brosses à dents rechargeables. De plus, le retrait de P&G de ce marché en raison de la condition imposée par l'UE et la reprise de ces activités par un acquéreur permettra d'éviter qu'un concurrent potentiel soit éliminé du marché par la fusion.

C Analyse de l'effet de portefeuille

C.1 Effet de portefeuille

40. Les entreprises participantes P&G et Gillette sont présentes sur de nombreux marchés du commerce de détail. Dans le cas de la concentration Unilever/Bestfoods (RPW 2001/4, p. 704 ss.), la Comco a retenu que par la mise en commun d'une palette de produits, des effets dits de portefeuille peuvent apparaître. Le mécanisme de l'effet de portefeuille peut être résumé de

² La Commission européenne a imposé cette condition sur la base de hautes parts de marché combinées des parties (entre environ 45% et 75%) et d'additions de parts de marchés significatives dans un grand nombre d'États membres (entre [0%-10] et [30%-40]% selon les pays et la définition du marché produits retenus). Afin que l'unité désinvestie soit viable, la condition est applicable à l'ensemble des pays de l'EEE y compris pour les pays où l'addition de parts de marché était très faible. Voir pour plus de détails, COMP./M.3732 Procter & Gamble/Gillette, chiffres 18 ss.

la façon suivante: Le pouvoir de négociation d'une entreprise possédant un portefeuille de plusieurs marques est supérieur à la somme des pouvoirs de négociation des marques prises isolément. Suivant cette théorie, des effets anti-compétitifs peuvent résulter d'une concentration même s'il n'y a pas d'addition de parts de marché.

41. Ainsi, les effets suivants peuvent en résulter:

- Une plus grande flexibilité dans la fixation des prix, des actions et des rabais peut entraîner des comportements abusifs.
- L'introduction de ventes couplées ("bundling"), c'est-à-dire la vente d'un produit est subordonnée à la vente d'un autre. Un producteur pourrait, par exemple, obliger un détaillant à acheter un produit uniquement avec un autre produit de son portefeuille (ventes couplées au sens étroit ou "pure bundling") ou accorder des conditions plus avantageuses pour l'achat couplé de plusieurs produits de son portefeuille (ventes couplées au sens large ou "mixed bundling"). Dans le deuxième cas, les produits sont aussi achetables de manière séparée.

42. Ces pratiques peuvent constituer ainsi des entraves substantielles à l'accès des concurrents aux rayons des détaillants voire entraîner leur éviction. En particulier, le "bundling" permet à l'entreprise détenant un pouvoir important dû à une marque renommée d'étendre son pouvoir de ce marché sur un autre où il est présent avec une marque faible en couplant les produits de ces deux marques.

43. Une condition préalable pour que les entreprises puissent exploiter la marge de manœuvre de l'effet de portefeuille est la présence de produits dits "must-in-stock". Ce sont des produits de marque pour lesquels la demande des consommateurs est tellement forte qu'un détaillant ne peut pas les délistier sans subir une perte significative de chiffre d'affaires. Les entreprises fusionnantes possèdent probablement de telles marques comme par exemple Tampax, Pampers (P&G) et les rasoirs et lames Gillette (Gillette).

44. Les risques d'apparition de l'effet de portefeuille peuvent être compensés considérablement par la position des partenaires à l'échange, c'est-à-dire dans le cas présent par les détaillants qui vendent les produits de P&G et Gillette. En Suisse, les entreprises participantes font face à une demande concentrée. Le marché est dominé par deux grands détaillants Coop et Migros (ensemble >60%). Le reste du marché est composé de plus petits détaillants (Denner, Manor, Carrefour et Pick Pay - Rewe) qui constituent ce qu'on appelle usuellement la "3ème force".

45. Pour analyser les éventuels effets de portefeuille anti-compétitifs créés par la fusion, la Comco a interrogé les principaux concurrents et clients de la nouvelle entité, en particulier sur les éventuelles stratégies destinées à évincer la concurrence d'un certain marché par des ventes couplées ou par une influence significative sur le "category management"³ des détaillants.

C.2 Position des concurrents

46. Les concurrents ont presque tous exprimé des craintes sur un possible effet de portefeuille qui se manifesterait par des pratiques de "bundling". En particulier, les concurrents craignent que le pouvoir de négociation des entreprises participantes augmente et qu'elles puissent ainsi négocier des conditions plus avantageuses pour la vente de leurs produits. Il y a également des craintes que la part des produits de P&G augmentent à la Migros grâce au pouvoir extrêmement fort des produits Gillette présents à la Migros au détriment des produits des concurrents. Par ailleurs, la majorité des concurrents estime que l'influence des entreprises participantes sur le category management des détaillants va augmenter.

47. Une stratégie de ventes couplées au sens étroit ("pure bundling") est plus probable si les produits des parties sont complémentaires.⁴ Or, comme les produits vendus par les entreprises participantes présentent une faible complémentarité, cette stratégie semble peu réaliste.

48. Concernant une stratégie de ventes couplées au sens large ("mixed bundling"), le secrétariat de la Comco (secrétariat) a examiné les systèmes de rabais actuels des entreprises participantes. Peu d'informations ont pu être tirées des réponses des clients. Sur la base des informations des parties, le secrétariat a constaté que les deux entreprises accordent actuellement des rabais par catégories de produits (par ex. hygiène féminine) et non sur l'ensemble de la palette de leurs produits. En d'autres termes, les remises propres à une catégorie ne sont pas liées aux ventes ni aux conditions prévues par des accords dans d'autres catégories. Or, comme P&G et Gillette ne sont pas actives dans les mêmes catégories de produits à l'exception du domaine bucco-dentaire, les systèmes de rabais ne semblent pas tirer profit d'un effet de portefeuille.

C.3 Position des partenaires à l'échange

49. La concentration déjà élevée du commerce de détail suisse en comparaison européenne, ajoutée au fait que la Migros ne vend que de manière limitée des articles de marque, confère une puissance d'achat importante aux détaillants. Il faut ici distinguer entre les grands détaillants (Coop, Migros) et ceux disposant d'un pouvoir de marché plus modeste (3ème force).

³ Le "category management" est utilisé pour optimiser le portefeuille de produits vendus par un détaillant et pour mieux satisfaire les besoins des clients. Les détaillants choisissent un ou plusieurs de leurs fournisseurs comme "category captain" pour chaque groupe ou catégorie des produits. Ceux-ci collectent des informations sur la performance de toutes les marques dans leur catégorie (aussi sur les marques appartenant à d'autres producteurs) et ensuite conseillent les détaillants concernant par exemple l'assortiment des produits, l'emplacement des produits et la place de linéaire attribuée aux différents produits.

⁴ Cf. Commission européenne, GE/Honeywell, COMP/M.2220.

50. Les deux grands détaillants Coop et Migros représentent des clients importants pour les entreprises participantes. Coop représente ainsi une part allant de 30% à 50% du chiffre d'affaires réalisé en Suisse par les entreprises participantes selon les produits. Migros, leader du commerce de détail suisse, est également un canal très convoité et représente entre 0 à 10% des ventes des entreprises participantes en Suisse. De tels chiffres sembleraient indiquer un rapport de force en faveur des grands détaillants.

51. En effet, malgré la position forte des entreprises participantes sur plusieurs marchés, les deux grands détaillants pourraient, selon eux, remplacer les produits des entreprises participantes par des produits d'entreprises concurrentes et/ou par leurs propres produits. Ainsi, le pouvoir de négociation pour imposer un "pure bundling" semble ne pas se vérifier. Les grands détaillants ont également la possibilité de "sponsoriser" un concurrent ou de renforcer ou d'élargir leurs propres marques. Cette possibilité est aussi explicable par la fidélité des clients à une enseigne (Migros ou Coop) plus qu'à la fidélité à des marques particulières. La seule exception évoquée par les détaillants est le domaine des produits de rasage (rasoirs et lames) dans lequel la position de Gillette est telle qu'il est très difficile de remplacer ces produits sans subir une perte significative de chiffre d'affaires. C'est également le seul produit où une augmentation de prix par rapport aux autres marques a été jugée possible par les concurrents et les clients. Il est toutefois peu probable que la nouvelle entité utilise sa position très forte dans le domaine des rasoirs et des lames de rasoir pour renforcer sa position sur un marché où elle est plus faible étant donné la dépendance mutuelle qui la lie aux grands détaillants du marché suisse.

52. Un "mixed bundling" par des conditions d'achats couplés plus avantageuses ou une influence anti-compétitive par le category management serait plus vraisemblable. Les éléments suivants amènent le secrétariat à considérer ces risques comme étant faibles. Tout d'abord les entreprises possèdent déjà une grande gamme de produits (en particulier P&G) et n'ont pas eu recours jusqu'à présent, d'après les réponses des grands détaillants, à de telles pratiques. De plus, les grands détaillants entretiennent une stratégie active de diversification de leurs sources d'approvisionnement en ayant sous contrat en règle générale plusieurs fournisseurs par catégorie de produits (au minimum en plus des marques des entreprises participantes, une marque concurrente et une propre marque). Cette stratégie rend plus crédible le changement de fournisseur et limite ainsi la dépendance envers un fournisseur. Même si la nouvelle entité proposait des conditions beaucoup plus avantageuses pour des achats couplés, il est peu probable que les grands détaillants renoncent pour cette unique raison à un fournisseur concurrent ou à un produit de leur propre marque. Cela augmenterait leur dépendance par rapport aux produits des entreprises participantes.

53. De manière générale, Migros et Coop ont confirmé qu'ils n'attendent pas de changements significatifs

dans le comportement des entreprises participantes suite à la fusion. Ils n'estiment pas non plus que leur position de négociation face à P&G/Gillette va s'affaiblir. Ils ont également nié une influence sur le category management. Les fournisseurs n'ont qu'une fonction de conseil dans le cadre du category management et le dernier mot appartient aux détaillants.

54. Les détaillants de la 3^{ème} force (par exemple Denner, Manor, Carrefour, Pick Pay) sont dans une situation un peu différente. Les réponses de ces détaillants suggèrent en général que leur position de négociation va s'affaiblir suite à la fusion. La part des produits des entreprises participantes par rapport au total de leur approvisionnement est pour certains beaucoup plus importante que pour les grands détaillants. De plus, les produits de marques de P&G et Gillette sont des marques réputées qui servent de produits d'appel pour le consommateur. On pourrait argumenter que les entreprises participantes pourraient exploiter le plus faible pouvoir de négociation des petits détaillants pour désavantager leurs concurrents ou empêcher ceux-ci de vendre leurs produits par ces canaux de distribution.

55. On ne peut pas exclure que la présente concentration puisse avoir des effets de portefeuille anti-concurrentiels envers les détaillants de la 3^{ème} force. Toutefois, ces effets ne sont à ce stade pas suffisamment perceptibles pour justifier une intervention des autorités de la concurrence.

56. De plus, le faible pouvoir de négociation des détaillants de la 3^{ème} force face aux entreprises participantes est relatif. D'une part, [...] et [...] achètent les produits de P&G par l'intermédiaire de [...] qui est [...]. D'autre part, le volume de ventes réalisé en Suisse avec [...] et [...] chez P&G représente [...] un volume de [...] par rapport aux ventes réalisées avec [...].

57. Enfin, à la différence de la plupart des pays européens, les marques de distributeurs occupent une place particulière en Suisse et certaines sont même les leaders du marché. L'importance de ces marques de distributeurs renforce la position de négociation des détaillants qui sont à la fois distributeurs, mais aussi concurrents actuels ou potentiels. Le numéro un du Near-Food en Suisse était en 2004 [...] alors que P&G et Gillette même ensemble ne sont que le numéro [...].⁵ Sur plusieurs marchés affectés, le concurrent numéro un des entreprises participantes est Migros.

58. En raison des investissements nécessaires dans une image de marque, les concurrents ont jugé les barrières à l'entrée sur de nombreux marchés où les entreprises participantes sont actives comme hautes. Cependant, les distributeurs peuvent entrer plus facilement sur ces marchés car ils bénéficient de la notoriété de la marque de leur enseigne. En outre, les détail-

⁵ AC Nielsen 2005.

lants ont indiqué que même si les producteurs de produits de marque leur accordaient une marge plus élevée pour la vente de leurs produits, ils ne cesseraient pas de vendre leurs propres marques avec lesquelles ils réalisent en règle générale des marges supérieures.

59. De plus, il y a de forte chance que le développement des marques de distributeurs se poursuive avec l'arrivée annoncée des discounters allemands qui favorisent une politique de propres marques.

60. Ainsi, au vu de la faible complémentarité des produits des entreprises participantes, de leurs systèmes de rabais actuels et du contreponds important

qu'exercent les partenaires à l'échange, en particulier Coop et Migros, la Comco estime l'apparition d'effets de portefeuille anti-compétitifs permettant de fermer le marché aux concurrents comme peu probable.

D Conclusion

61. L'examen préalable ne fait apparaître aucun indice que la concentration créera ou renforcera une position dominante. Par conséquent, il n'y a pas lieu de procéder à un examen de l'opération de concentration au sens de l'article 10 LCart.

B 2.3	2. <i>Permira Holdings Limited/Hirschmann Industrial Holding Ltd. bzw. Jet Aviation</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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 21. September 2005

A Sachverhalt

1. Am 29. August 2005 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt Permira Holdings Limited (PHL), Guernsey, die Kontrolle über die Hirschmann Industrial Holding Ltd (HIHL) beziehungsweise Jet Aviation zu übernehmen.

2. Die Holdinggesellschaft **PHL** ist ein Private Equity Unternehmen, welches in zwei Tochtergesellschaften unterteilt ist, nämlich die Permira Europe Limited und die Permira Europe III G.P. Limited. Die Permira Europe Limited ist die Hauptgesellschafterin der Permira Europe II Managers L.P. (PE II), welche als Kommanditgesellschaft organisiert ist und selbst wiederum vier weitere Kommanditgesellschaften hält. Letztere bilden zusammen die Permira Europe II Fonds. Die Permira Europe III G.P. Limited ist die Hauptgesellschafterin der Permira Europe III G.P.L.P., welche wiederum drei weitere Kommanditgesellschaften hält. Letztere bilden die Permira Europe III Fonds.

3. In der Folge werden ausschliesslich diejenigen Unternehmen aufgelistet, welche 2004 in der Schweiz Umsätze erzielt haben:¹

- **Austriamicrosystems (AMS):** Ist im Bereich der Entwicklung und Produktion von applikationsspezifischen Schaltkreisen und applikationsspezifischen Standardprodukten tätig.
- **Hogg Robinson:** Erbringt Dienst- und Beratungsleistungen im Bereich Geschäftsreisen.
- **Kiekert:** Produziert und verkauft Schloss-Systeme für Autos.
- **Cognis:** Ist im Bereich der Spezialitätenchemie tätig.
- **Whitten Storage System (WWS):** Bietet Lagerungssysteme insbesondere für die gewerbliche Nutzung an.
- **Ferretti:** Ist in der Entwicklung und Konstruktion von luxuriösen Motorjachten, im Verkauf von Gebrauchsjachten sowie im Unterhalt solcher Schiffe tätig.
- **Rodenstock:** Produziert Brillengläser und Brillengestelle.
- **Holmes Place:** Tätigkeiten im Bereich Fitness- und Gesundheitsclubs.

– **Marazzi:** Produziert Fliesen und Kacheln.

4. Die **HIHL** ist eine Familienholding, welche als einzige Beteiligung die Jet Aviation hält.

5. **Jet Aviation** ist ein Unternehmen, welches vor allem im Bereich der weltweiten Erbringung hochwertiger Aviatik-Dienstleistungen an vermögende Privat- und Geschäftskunden tätig ist. Dazu gehören folgende Geschäftsbereiche der Jet Aviation: die hochwertige Ausstattung und Einrichtung von Privat- und Geschäftsflugzeugen (Outfitting/Completions), das Chartering/Brokerage von Privat- und Geschäftsflugzeugen, das Management von Privat- und Geschäftsflugzeugen, die Wartung von Privat- und Geschäftsflugzeugen sowie die Bodenabfertigung von Privat- und Geschäftsflugzeugen wie auch von kommerziellen Passagier- und Frachtflugzeugen.

6. Mit Schreiben vom 7. September 2005 erklärte sich das Sekretariat der Wettbewerbskommission bereit, die Meldung des vorliegenden Zusammenschlusses vom 29. August 2005 als erleichterte Meldung im Sinne von Artikel 12 der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VKU) entgegen zu nehmen.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

7. 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 Abs. 1 KG).

B.1.1 Unternehmen

8. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

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

¹ Diejenigen Firmen gehören ausschliesslich dem Permira Europe II Fonds an.

a. die Fusion von zwei oder mehr bisher voneinander unabhängigen Unternehmen;

b. jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen.

10. Der Kontrollerwerb erfolgt durch den Kauf von 100% des Aktienkapitals der HIHL durch die Igel Holding I AG (IHI), welche ein durch Permira Europe III allein zum Zweck des Kontrollerwerbs über die HIHL beziehungsweise Jet Aviation gegründetes und über die Neptun Lux Holding One S.à.r.l. (NLHO) gehaltenes Akquisitionsvehikel mit Sitz in Zug ist. Die HIHL und die NLHO werden nach der Transaktion innerhalb der Permira Gruppe umstrukturiert, womit Jet Aviation letztlich als Portfoliogesellschaft von Permira Europe III gehalten wird.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

11. Gemäss Artikel 3 Absatz 1 KG sind Vorschriften vorbehalten, soweit sie auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen Wettbewerb nicht zulassen, insbesondere solche, die eine staatliche Markt- oder Preisordnung begründen (Bst. a) oder einzelne Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausstatten (Bst. b).

12. Der Luftfahrtbereich ist ein wichtiger Pfeiler in der Infrastrukturpolitik einer Volkswirtschaft, weshalb er seit jeher unter grosser staatlicher Einflussnahme steht und stark reguliert ist. Es existiert eine Vielzahl gesetzlicher Vorschriften betreffend Betrieb, Abläufe, Materialien, Personal etc. Die im Luftfahrtbereich aktiven Unternehmen benötigen für ihre Tätigkeiten häufig Betriebsbewilligungen sowie Zertifizierungen und Genehmigungen (z.B. von Verfahren oder von Material), die von den zuständigen nationalen Behörden erteilt werden. Zum Teil werden auch bestimmte Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben mit besonderen Rechten ausgestattet (wie z.B. Flughäfen). Diese Regulierungen haben vor allem den Zweck, eine geordnete und vor allem sichere Luftfahrt unter der Aufsicht des Staates sicher zu stellen.

13. Speziell zu erwähnen ist für den Markt der Bodenabfertigung die Richtlinie 96/67/EG über den Zugang zum Markt der Bodenabfertigungsdienste auf den Flughäfen der Gemeinschaft, welche im Anhang des Abkommen zwischen der Schweiz und der europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr (SR 0.748.127.192.68) enthalten ist und welche gemäss Artikel 29a der Verordnung über die Infrastruktur der Luftfahrt (SR 748.131.1; VIL) auch für die Bodenabfertigungsdienste auf den Flughäfen der Schweiz gilt. Die genannte Richtlinie ist jedoch keine vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG, da sie gerade den Zweck hat, den Markt der Bodenabfertigung zu liberalisieren und den Wettbewerb in diesem Bereich zu fördern. Die Wettbewerbskommission hat jedoch die möglichen Einschränkungen in diesem Bereich zu beachten, welche die Richtlinie den Flughäfen in diesem Bereich lässt.²

14. Die einzelnen Regulierungen im Luftverkehrsreich können unter Umständen Markteintrittsschranken bilden, was bei den einzelnen Märkten allenfalls zu berücksichtigen ist. Dem Sekretariat sind jedoch keine Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 KG bekannt, die auf einem der nachfolgend untersuchten Märkte Wettbewerb (generell) nicht zulassen. Solche werden durch die Parteien auch nicht vorgebracht.

B.3 Meldepflicht

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

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

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

16. Gemäss Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe b VKU gelten bei der Erlangung der Kontrolle als beteiligte Unternehmen die kontrollierenden Unternehmen und die kontrollierten Unternehmen. Der Umsatz eines beteiligten Unternehmens setzt sich gemäss Artikel 5 Absatz 1 VKU aus den Umsätzen seiner Tochter-, Mutter-, Schwester- und Gemeinschaftsunternehmen zusammen.

17. Die beteiligten Unternehmen, HIHL/Jet Aviation und PHL, erzielten im Geschäftsjahr 2004 weltweit und in der Schweiz folgende Umsätze:

	Jahresumsätze 2004 in Mio. CHF weltweit	Jahresumsätze 2004 in Mio. CHF in der Schweiz
PHL	[...]	[...]
HIHL/ Jet Aviation	[...]	[...]
Total	[...]	[...]

18. Die beteiligten Unternehmen erreichen umsatzmässig die Aufgreifkriterien von Artikel 9 Absatz 1 KG, weshalb das Zusammenschlussvorhaben meldepflichtig ist.

² Besondere Vorschriften bestehen vor allem für den Bereich der zentralen Infrastruktureinrichtungen eines Flughafens; auch kann etwa die Zahl der Abfertigungsunternehmen für bestimmte Tätigkeiten beschränkt werden (bis auf mindestens 2).

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

19. 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).

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

B.4.1 Relevanter Markt

B.4.1.a Sachlich relevanter Markt

21. Der sachlich relevante Markt umfasst 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).

22. Die Parteien sind der Meinung, dass mit Ausnahme der Bodenabfertigungsdienste für kommerzielle Fluggesellschaften, welche Jet Aviation ausschliesslich an den Flughäfen Zürich und Genf anbietet, sämtliche Geschäftsbereiche letztlich Teil eines einzigen sachlich relevanten Marktes sind, nämlich des Marktes für die Erbringung von umfassenden und hochwertigen Dienstleistungen in der Privat- und Geschäftsaviatik für vermögende Privat- und Geschäftskunden.

23. Laut Angaben der Parteien besteht die kundenseitige Marktgegenseite der Jet Aviation einerseits aus Unternehmen und Privatpersonen, welche für ihre *eigenen* Privat- oder Geschäftsflugzeuge hochwertige Dienstleistungen im Sinne der anschliessend beschriebenen Märkte nachfragen. Andererseits wird die "Zurverfügungstellung" luxuriöser Privat- oder Geschäftsflugzeuge nachgefragt, dies zusammen mit sämtlichen oder bloss einem Teil der nachfolgend angeführten Dienstleistungen. Die Kunden der Jet Aviation sind weltweit verstreut.

24. Die Weko ist jedoch bezüglich der sachlich relevanten Marktabgrenzung der Ansicht, dass nicht alle Geschäftsbereiche in einem sachlich relevanten Markt zusammengefasst werden können. Der Grund dafür ist folgender:

25. Die VKU definiert den sachlich relevanten Markt anhand der Substituierbarkeit von Waren und Dienstleistungen. Ob nun bestimmte Waren oder Dienstleistungen als substituierbar anzusehen sind, lässt sich anhand der Preiselastizität der Nachfrage bestimmen.³ Damit kann die Frage geklärt werden, welche Auswirkungen zu erwarten wären, falls die relativen Preise für ein Produkt oder für eine Gruppe von Produkten in einem bestimmten Bereich um einen nennenswerten Betrag (5%-10%) erhöht würden.

26. Geht der Absatz nicht oder nur in ungenügendem Ausmass zurück, so dass die Preiserhöhung profitabel ist, bildet das Produkt oder die Produktgruppe einen

eigenen relevanten Markt. Erfolgt Nachfrage-Substitution,⁴ so dass die Preiserhöhung unprofitabel ist, bildet das Produkt oder die Produktgruppe keinen eigenen relevanten Markt. Die fraglichen Waren und Leistungen sind in diesem Fall also substituierbar. Erfolgt Angebots-Substitution, indem neue Anbieter rasch Produkte oder Produktgruppen anbieten, auf welche die Nachfrager nun ausweichen (so dass eine Preiserhöhung unprofitabel ist), bildet das Produkt oder die Produktgruppe ebenfalls keinen eigenen relevanten Markt. Die fraglichen Waren oder Leistungen sind auch in diesem Fall substituierbar.

27. Die in den in Ziffer 5 aufgeführten verschiedenen Geschäftsbereichen erbrachten Leistungen sind untereinander eher nicht als Substitute zu klassifizieren: Gäbe es beispielsweise eine Preiserhöhung im Geschäftsbereich der hochwertigen Ausstattung und Einrichtung von Privat- und Geschäftsflugzeugen (Outfitting/Completions), würde dies wohl zu keiner relevanten Änderung der Nachfrage im Geschäftsbereich der Wartung von Privat- und Geschäftsflugzeugen führen. Denn ein Kunde, der sein Flugzeug vollkommen neu ausstatten möchte, kann in keinem anderen Geschäftsbereich ein genügendes Substitut für diese Leistung finden. Ein weiteres Indiz für die notwendige Unterteilung des sachlich relevanten Marktes besteht darin, dass starke Konkurrenten von Jet Aviation in einigen Geschäftsbereichen tätig sind, in anderen jedoch überhaupt nicht.

28. Demzufolge sind die in der Meldung erwähnten Geschäftsbereiche nicht in demselben sachlich relevanten Markt zusammenzufassen. Ob einzelne Tätigkeiten von Jet Aviation zusammen einen sachlich relevanten Markt bilden, ist nicht auszuschliessen.⁵ Eine definitive Marktabgrenzung kann hingegen vorliegend offen gelassen werden, da sich der Zusammenschluss in jedem Fall als unbedenklich erweist.

29. Für die Beurteilung dieses Zusammenschlusses wird daher nachfolgend von den folgenden sachlich relevanten Märkten ausgegangen:

³ Diese gibt an, um wie viel Prozent sich die nachgefragte Menge x eines Gutes verändert, wenn sich der Preis p dieses Gutes um ein Prozent verändert. Sie definiert also die relative Mengenänderung dividiert durch relative Preisänderung.

⁴ Wenn die Nachfrager in genügender Anzahl auf andere Produkte oder Produktgruppen oder Verkaufsstellen in anderen Gebieten ausweichen.

⁵ Beispielsweise die zwei Geschäftsbereiche Chartering/Borkerage von Privat- und Geschäftsflugzeugen und Management von Privat- und Geschäftsflugzeugen.

- Hochwertige Ausstattung und Einrichtung von Privat- und Geschäftsflugzeugen (Outfitting/Completions): Es handelt sich hierbei um die luxuriöse Ausstattung und Einrichtung von Privat- und Geschäftsflugzeugen, welche gemäss den Bedürfnissen der weltweiten Klientel angefertigt und eingebaut wird. Es stellt sich die Frage, ob weiter zwischen Grossprojekten (vollständige Ausstattung grosser Verkehrsflugzeuge) und mittleren und kleineren Projekten unterschieden werden muss. Für diese Abgrenzung spricht, dass angebotsseitig eine ganz andere Infrastruktur für Grossprojekte notwendig ist, welche relativ umfangreiche Investitionen voraussetzt.⁶ Die Kunden, welche die Ausführung solcher Projekte nachfragen, haben keine Möglichkeit, auf kleinere Anbieter auszuweichen. Aus diesen Gründen wird dieser sachliche Markt nachfolgend nochmals unterteilt in

- Grossprojekte
- Mittel-/Kleinprojekte
- Chartering/Brokerage von Privat- und Geschäftsflugzeugen: Jet Aviation verkauft Betriebsstunden eigener oder fremder Flugzeuge. Das heisst den Privat- und Geschäftskunden wird am gewünschten Ort und zur gewünschten Zeit ein bestimmtes Flugzeug mit oder ohne Crew zur Verfügung gestellt.
- Management von Privat- und Geschäftsflugzeugen: Bei dieser Tätigkeit werden sämtliche Bereiche des Betriebs der Flugzeuge der Kunden durch den Anbieter gemanagt und deren jederzeitige Verfügbarkeit sichergestellt (Koordinierung der Wartung, Bereitstellung der benötigten Besatzung, Einholen notwendiger Bewilligungen, Versicherung sowie Kostenabrechnung und -verwaltung).

Diese Tätigkeit wird vorliegend nicht als genügendes Substitut zum vorhin erläuterten Chartering/Brokerage-Markt angesehen, da sich die Leistungen zumindest teilweise klar unterscheiden.

- Wartung von Privat- und Geschäftsflugzeugen: Erbringung von Wartungsdienstleistungen (Kontrolle, Instandhaltung und Reparatur) unter Einhaltung der jeweiligen Rechts- und Bewilligungsvorschriften für Privat- und Geschäftsflugzeuge.
 - Bodenabfertigung von Flugzeugen: Zu den Bodenabfertigungsdiensten gehören alle Tätigkeiten, die anlässlich der Landung eines Flugzeugs auf einem Flughafen in Bezug auf das Flugzeug selbst, die Passagiere und die Fracht erbracht werden. Diese Tätigkeiten sind in der IATA-Standardvereinbarung über Bodenabfertigungsdienste ("IATA Standard Ground Handling Agreement") aufgeführt.
- Generell können Bodenabfertigungsdienste für Fluggesellschaften vom Flughafenbetreiber selbst, einer anderen Fluggesellschaft oder von einem unabhängigen spezialisierten Bodenabfertigungsunternehmen erbracht werden (Dritt-Abfertigung). Luftverkehrsunternehmen können aber auch ihre eigenen Abfertigungsdienste entweder individuell (Selbstabfertigung) oder im Rahmen eines Pools (gemeinsame Abfertigung) erbringen.

Bei der Bodenabfertigung kann weiter generell unterschieden werden zwischen Leistungen, die landseitig erbracht werden (d.h. insbesondere die Fluggastabfertigung in der Abfertigungshalle und die Frachtabfertigung), und solchen, welche luftseitig erbracht werden (d.h. sämtliche Tätigkeiten auf dem Vorfeld⁷).

Die unterschiedlichen Tätigkeiten der Vorfeldabfertigungsdienstleistungen, wie auch die unterschiedlichen Aktivitäten der landseitig erbrachten Leistungen bilden im Vergleich zu den einzelnen Vorfeldabfertigungsleistungen kein einheitliches Ganzes. Die betreffenden Leistungen finden zwar durchwegs auf dem Vorfeld oder "landseitig" statt, setzen jedoch in der Regel jeweils ein spezifisches technisches und betriebliches Know-how voraus und befriedigen eine unterschiedliche Nachfrage. Es wäre deshalb nicht ausgeschlossen, jede Leistung als einen getrennten Dienstleistungsmarkt anzusehen.⁹ Üblicherweise fragen die Fluggesellschaften jedoch die verschiedenen Bodenabfertigungsleistungen im "Paket" von einem einzigen Anbieter nach. Dies dürfte wohl an den andernfalls bedeutend höheren Transaktionskosten liegen. Vorliegend wird der vorläufigen Prüfung daher eine pauschale Betrachtungsweise der Bodenabfertigungsdienste zugrunde gelegt.

Es ist jedoch nachfolgend zwischen der Bodenabfertigung von Privat- und Geschäftsflugzeugen und von kommerziellen Passagier- und Frachtflugzeugen zu unterscheiden. Denn einerseits ist die Marktgegenseite nicht dieselbe, andererseits ist auch der Umfang sowie die Art der Erbringung der Dienstleistung unterschiedlich. Ein weiteres Indiz für die Unterteilung ist die Tatsache, dass etwa Swissport in der Bodenabfertigung von Privat- und Geschäftsflugzeugen gar nicht tätig ist.

- Bodenabfertigung von Privat- und Geschäftsflugzeugen
- Bodenabfertigung von kommerziellen Passagier- und Frachtflugzeugen

⁶ Es gibt daher in diesem Bereich nur relativ wenige Anbieter.

⁷ Bereitstellung und Betrieb der Ausrüstung für den Zu- und Ausstieg der Passagiere, Beförderung von Passagieren zwischen dem Terminal und der Flugzeugposition, Beförderung der Crew, Laden und Entladen von Gepäck, Fracht und Post, Beförderung, Sortieren und Transfer von Gepäck, Beförderung von Fracht und Post auf dem Vorfeld, Kabinenreinigung, Toiletten- und Wasserdienste, Betankung, Anlieferung von Bordverpflegung u.a.

⁸ Vgl. Entscheidung der EU-Kommission vom 14. Januar 1998 in einem Verfahren nach Artikel 86 EG-Vertrag (IV/34.801 FAG - Flughafen Frankfurt/Main AG, http://europa.eu.int/eur-lex/pri/de/obj/dat/1998/l_072/l_07219980311de00300050.pdf, Rz. 21)

⁹ Vgl. Entscheidung der EU-Kommission vom 14. Januar 1998 in einem Verfahren nach Artikel 86 EG-Vertrag (IV/34.801 FAG - Flughafen Frankfurt/Main AG, http://europa.eu.int/eur-lex/pri/de/obj/dat/1998/l_072/l_07219980311de00300050.pdf, Rz. 62)

B.4.1.b Räumlich relevanter Markt

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

- Hochwertige Ausstattung und Einrichtung von Privat- und Geschäftsflugzeugen (Outfitting/Completions):

- Grossprojekte: Die Ausführung von Grossprojekten wird von der Marktgegenseite tendenziell auf einem weltweiten Markt nachgefragt. Denn das Angebot ist eher klein, und die finanziellen und qualitativen Unterschiede können (wie etwa bei der Neuausstattung eines Flugzeuginterieurs) relativ stark ins Gewicht fallen.
- Mittlere/kleinere Projekte: Je kleiner die Projekte und die Komplexität der nachgefragten Dienstleistung sind, desto eher ist eine regionale Marktabgrenzung vorzunehmen. Denn für Projekte wie beispielsweise den "Neubezug" der Sitze in einem Kleinflugzeug gibt es viel mehr Anbieter auf dem Markt und die Qualitäts- und Preisunterschiede sind wohl geringer. Je nach momentanem Einsatzraum des Flugzeuges, Qualitätsanspruch, Preissensitivität und terminlichen Möglichkeiten wählt der Kunde seinen Anbieter aus. Bei einer relativ ausgeglichenen Bewertung der vorstehenden Faktoren wird der Kunde einen Anbieter in der Nähe der Flugzeugbasis wählen.

- Chartering/Brokerage von Privat- und Geschäftsflugzeugen:

- Es besteht grundsätzlich ein weltweiter Markt, denn die Marktgegenseite fragt Flüge in und zwischen Regionen auf der ganzen Welt nach (so etwa einen Charterflug von Hongkong nach New York).
- Der Markt könnte jedoch auch enger abgegrenzt werden, da ein grosser Teil der Nachfrage solche Flüge betrifft und die Flugzeuge eines Anbieters meist auch für ein bestimmtes Gebiet von der Basis aus ausgelegt sind. Nachfolgend wird der Raum EMEA¹⁰ zugrunde gelegt.

- Management von Privat- und Geschäftsflugzeugen: Es ist in diesem Bereich wohl von einem weltweiten Markt auszugehen, da die Managementdienstleistungen von der Marktgegenseite weltweit nachgefragt und von den Anbietern auch weltweit angeboten werden. Trotzdem wird dieses Geschäft aus Marketinggründen und aufgrund von steuerlichen Aspekten von verschiedenen Standorten aus geführt. Demzufolge könnte auch hier der Markt regional abgegrenzt werden.

- Wartung von Privat- und Geschäftsflugzeugen:

- International aktive Kunden werden die Wartung der Flugzeuge weltweit nachfragen. Denn sie können die Wartung überall ausführen lassen, wo sie sich gerade eine gewisse Zeit aufhalten.

- Der Markt könnte jedoch auch enger abgegrenzt werden, da Kunden, welche ihre Flugzeuge vor allem regional in einem bestimmten Gebiet (z.B. EMEA) nutzen, diese eher in der Nähe der Basis und nicht an einem sehr weit entfernten Ort (etwa die USA) warten lassen. Es ist nicht auszuschliessen, dass der Markt sogar lokal abgegrenzt werden könnte.

- Bodenabfertigung von Privat- und Geschäftsflugzeugen sowie von kommerziellen Passagier- und Frachtflugzeugen: Für diese Märkte ist der räumlich relevante Markt auf den jeweiligen Flughafen abzugrenzen, da die Leistungen der Bodenabfertigung von der Marktgegenseite dort nachgefragt wird, wo ihre Flugzeuge landen beziehungsweise starten.

31. Wie bereits für die sachlichen Märkte kann auch räumlich eine definitive Marktabgrenzung offen gelassen werden, da sich der Zusammenschluss in jedem Fall als unbedenklich erweist.

B.4.2 Aktueller Wettbewerb und voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

32. Es wurden nur diejenigen sachlichen und räumlichen Märkte eingehend analysiert, in welchen der gemeinsame Marktanteil in der Schweiz von zwei oder mehr der beteiligten Unternehmen 20% oder mehr beträgt oder der Marktanteil in der Schweiz von einem der beteiligten Unternehmen 30% oder mehr beträgt (vgl. Art. 11 Abs. 1 Bst. d VKU, diese Märkte werden hier als "vom Zusammenschluss betroffene Märkte" bezeichnet). Wo diese Schwellen nicht erreicht werden, kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses ausgegangen werden.

33. Hochwertige Ausstattung und Einrichtung von Privat- und Geschäftsflugzeugen ("Outfitting/Completions"): Diese Dienstleistung wickelt Jet Aviation hauptsächlich am EuroAirport Basel und in West Palm Beach, Florida, ab.

- Grossprojekte: Grossprojekte für *alle Flugzeugtypen* werden weltweit nur von drei Unternehmen angeboten (Jet Aviation in Basel, Lufthansa Technik in Hamburg und Associated Air Center in Dallas). Weltweit liegt der Marktanteil von Jet Aviation für Grossprojekte zwischen [20%-40%]. In der nachstehenden Tabelle werden auch diejenigen Konkurrenten mitberücksichtigt, welche ihre Dienstleistung nur für einen bestimmten Flugzeugtyp anbieten.

¹⁰ Abkürzung für den Wirtschaftsraum Europe (Europa, bestehend aus West- und Osteuropa), Middle East (Nahe Osten) und Afrika.

Name	Geschätzter Marktanteil weltweit in %
<i>Jet Aviation AG (Basel)</i>	[20-40]
Lufthansa Technik (Hamburg)	[20-40]
Associated Air Center (Dallas)	[0-20]
Gore Design Center (nur Boeing Business Jets)	[0-20]
EADS Sogerma (nur Airbus Corp. Jets)	[0-20]
PATS Aircraft (nur Boeing Bus. Jets)	[0-20]

- Mittel-/Kleinprojekte: Der Marktanteil von Jet Aviation bei regionaler Markttabgrenzung (Wirtschaftsraum EMEA und USA) für mittlere und kleinere Projekte liegt um die [0%-20%] und in den USA um die [0%-20%].

Name	Geschätzter Marktanteil im Raum EMEA in %
<i>Jet Aviation AG (Basel)</i>	[0-20]
OEM ¹¹ und verschiedene kleinere Unternehmen	[80-100]

34. Da kein von PHL gehaltenes Unternehmen im gleichen Markt tätig ist, entstehen durch den vorliegenden Zusammenschluss keinerlei Marktanteilsadditionen, und es liegt kein betroffener Markt im Sinne von Artikel 11 Absatz Buchstabe d VKU vor.

35. Es stellt sich noch die Frage, ob Ferretti als potenzieller "Konkurrent" im sachlich relevanten Markt für hochwertige Ausstattung und Einrichtung von Privat- und Geschäftsflugzeugen (Outfitting/Completions) agieren und möglicherweise eine Schwächung des Wettbewerbs herbeiführen könnte. Dies wäre der Fall, wenn eine Angebots-Substituierbarkeit (Produktionsumstellungsflexibilität) bestehen würde.

36. Eine solche Produktionsumstellung ist als eher unwahrscheinlich einzuschätzen. Gemäss den Angaben der Parteien sind die Zusatzkosten und regulatorischen Hürden für eine solche Umstellung nicht zu unterschätzen: einerseits müssten die für die Flugzeuge verwendeten Materialien von den zuständigen Luftfahrtämtern spezifiziert¹² und zugelassen werden, andererseits wird für die Flugzeuge ein spezieller Hangar auf dem Flugplatz benötigt.

37. Chartering/Brokerage von Privat- und Geschäftsflugzeugen: Weltweit wird der Marktanteil von Jet Aviation auf [0%-20%] geschätzt. Jet Aviation ist gesamthaft im Besitz von vier Flugzeugen, welche alle am Flughafen Zürich stationiert und hauptsächlich auf das Einsatzgebiet Europa/Mittlerer Osten ausgelegt

sind. Wird dieses Gebiet zugrunde gelegt, präsentieren sich die Marktanteile wie folgt:

Name	Geschätzter Marktanteil im Raum EMEA in %
<i>Jet Aviation Business Jets AG (Zürich)</i>	[0-20]
TAG	[0-20]
GV Executive	[0-20]
Private Air	[0-20]
Cirrus Aviation	[0-20]
Execujet	[0-20]
JetClub	[0-20]
Hunt & Partner	[0-20]

38. Da kein von PHL gehaltenes Unternehmen im gleichen Markt tätig ist, entstehen durch den Zusammenschluss keinerlei Marktanteilsadditionen, und es liegt kein betroffener Markt im Sinne von Artikel 11 Absatz Buchstabe d VKU vor.

39. Der Vollständigkeit halber ist nachfolgend noch das Wettbewerbsverhältnis von Jet Aviation zu der von PHL gehaltenen *Hogg Robinson plc.* (nachfolgend HR) zu prüfen.

40. HR ist eine Aktiengesellschaft nach englischem Recht, welche spezialisierte Dienst- und Beratungsleistungen für internationale Kunden erbringt. Eines der Haupttätigkeitsgebiete der HR liegt im Bereich der Geschäftsreisen. Zum einen betreibt die HR in diesen Ländern Geschäftsreisezentren, zum anderen stellt sie grossen Unternehmen so genannte "Implants"¹³ zur Verfügung. Des Weiteren ist HR zu 50%¹⁴ an Business Travel International (BTI) beteiligt und deren geschäftsführende Gesellschafterin. BTI bietet Marketingaktivitäten für verschiedene Geschäftsreiseunternehmen an, hält die Rechte an der Marke "BTI" und waltet als Costcenter für die Markenlizenzierung. Die Weko ist der Ansicht,¹⁵ dass es sich bei der Geschäftstätigkeit von HR/BTI teilweise um einen dem Chartering/Brokerage vorgelagerten Markt handelt.

¹¹ Original Equipment Manufacturer (Flugzeughersteller).

¹² Die Anforderungen an den Materialbau sind für die Luftfahrt bedeutend höher.

¹³ Implants sind Angestellte, welche sich physisch vor Ort bei den Kunden befinden und für diese deren Geschäftsreisetätigkeit organisieren. Vgl. RPW 2004/1, S. 129, Abs. 2.

¹⁴ <http://www.bti-worldwide.com/locations.htm>.

¹⁵ Die Parteien argumentieren, dass es sich um zwei verschiedene Kundensegmente ("Mitarbeiter irgendeines Unternehmens bei HR" und "vermögende Personen bei Jet Aviation") handelt und folglich HR nicht in einem vorgelagerten Markt tätig ist. Dieses Kundensegment der BTI bzw. HR ist u.a. als Teil des Kundensegments der Jet Aviation anzusehen.

41. Gemäss Angaben der Parteien unterzeichnete die Jet Aviation Business Jets AG im Frühjahr 2005 einen Vertrag mit BTI Switzerland, wonach diese die für Geschäftsreisen benötigten Geschäftsreiseflugzeuge ausschliesslich bei der Jet Aviation Business Jets AG chartert. Es ist zu vermuten, dass BTI für dieses Geschäftsfeld wohl kaum neue Verträge mit anderen Partnern aufsetzen wird. Dies ist jedoch ohne weiteres unproblematisch, da auf dem Markt, auf dem HR beziehungsweise BTI tätig sind, starker Wettbewerb¹⁶ herrscht.¹⁷

42. Management von Privat- und Geschäftsflugzeugen: In der Meldung wird die Anzahl der Privat- und Geschäftsreiseflugzeuge weltweit auf 15'000 geschätzt. Jet Aviation verwaltete im Jahre 2004 [120-160] Flugzeuge, was einem geschätzten theoretischen Marktanteil von [0%-20%] entspricht.

43. Illustrativer, was die Marktverhältnisse anbelangt, ist die Anzahl verwalteter Flugzeuge in diesem Markt:

Name	Geschätzte Anzahl verwalteter Flugzeuge im Raum EMEA
<i>Jet Aviation Business Jets AG (Zürich)</i>	[40-80]
<i>Jet Aviation Business Jets (Hong Kong) Ltd</i>	[0-40]
<i>Jet Aviation Business Jets Deutschland GmbH (Düsseldorf)</i>	[0-40]
<i>Jet Aviation Business Jets FZCO (Dubai)</i>	[0-40]
<i>Total Jet Aviation</i>	[80-120]
TAG	[40-80]
Private Air	[0-40]
Execujet	[80-120]
JetClub	[0-40]
Executive Jet Mgmt	[0-40]
Metro Jet/CAT Av.	[0-40]

44. Jährlich werden weltweit 100 neu verfügbare Flugzeuge auf diesem Markt geschätzt ("catchable business"). Jet Aviation könnte sich im Raum EMEA schätzungsweise einen Marktanteil von ungefähr [0%-20%] aneignen.

45. Da kein von PHL gehaltenes Unternehmen im gleichen Markt tätig ist, entstehen durch den Zusammenschluss keinerlei Marktanteilsadditionen, und es liegt kein betroffener Markt im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU vor.

46. Wartung von Privat- und Geschäftsflugzeugen: Der weltweite Marktanteil für Jet Aviation wird auf

weniger als [0%-20%] geschätzt. Für regional eingesetzte Flugzeuge (EMEA) werden die Wartungsbetriebe tendenziell in der Nähe der Flugzeugbasis betrieben und demzufolge kann, wie bei der räumlichen Marktangrenzungen schon erwähnt, ein regionaler Markt herangezogen werden. Der Marktanteil im Wirtschaftsraum der EMEA stellt sich wie folgt dar:

Name	Geschätzter Marktanteil im Raum EMEA in %
<i>Jet Aviation AG (Basel), Jet Aviation Zürich AG, Jet Aviation Genf S.A., Jet Aviation Flugzeugwartung GmbH, Jet Aviation (U.K.) Ltd., Jet Aviation (Asia Pacific) Pte. Ltd.</i>	[0-20]
OEM	[0-20]
Dassault Falcon Svcs	[0-20]
Aero-Dienst	[0-20]
Lufthansa (inkl. LBAS)	[0-20]
Gulfstream Luton	[0-20]
Verschiedene Anbieter	[40-60]

47. Da kein von PHL gehaltenes Unternehmen im gleichen Markt tätig ist, entstehen durch den Zusammenschluss keinerlei Marktanteilsadditionen, und es liegt kein betroffener Markt im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU vor.

48. Bodenabfertigung von Privat- und Geschäftsflugzeugen: Die Marktanteile von Jet Aviation für die Flughäfen Zürich und Genf werden durch die Parteien folgendermassen geschätzt:

	Flughafen Zürich in %	Flughafen Genf in %
<i>Jet Aviation</i>	[40-60]	[20-40]
ExecuJet	[20-40]	-
Self Handlers	[0-20]	-
TAG	-	[20-40]
Transairco	-	[20-40]
Private Port	-	[0-20]

¹⁶ Carlson Wagonlit Travel, American Express International, BTA Travel AG, Hotelplan AG First Business Travel, ...

¹⁷ Vgl. RPW 2004/1, S. 129., u.a. Abs. 24.

49. Bei engstmöglicher Marktabgrenzung verfügt die Jet Aviation über einen Marktanteil von [40%-60%] am Flughafen Zürich und am Flughafen Genf liegt der Marktanteil bei [20%-40%].

50. Die vom Flughafen zu erteilenden notwendigen Konzessionen sowie die für oben genannte Dienstleistung hohen Investitionen erschweren Markteintritte. Der Neueintritt von Private Port in diesem Markt am Flughafen Genf zeigt jedoch, dass Markteintritte durchaus möglich sind. Es ist auch nicht auszuschliessen, dass die in der Bodenabfertigung von kommerziellen Passagier- und Frachtmaschinen tätigen Unternehmen in diesen "benachbarten" Markt eintreten könnten.

51. Da kein von PHL gehaltenes Unternehmen im gleichen Markt tätig ist, entstehen durch den Zusammenschluss keinerlei Marktanteilsadditionen, und auch sonst sind keine Gründe ersichtlich, weshalb dadurch eine marktbeherrschende Stellung von Jet Aviation auf diesem Markt begründet oder verstärkt würde.

52. Bodenabfertigung von kommerziellen Passagier- und Frachtflugzeugen: Jet Aviation ist in diesem Teilmarkt als Konkurrentin von Swissport tätig, welche, mit Ausnahme von Easy Jet in Genf, alle anderen Fluggesellschaften abfertigt. Gemäss der Meldung

zeigt die nachfolgende Tabelle die Marktanteilschätzungen für den Flughafen Zürich und Genf.

	Flughafen Zürich in %	Flughafen Genf in %
<i>Jet Aviation</i>	[0-20]	[20-40]
Swissport	[80-100]	[20-40]
Easy Jet ¹⁸	-	[20-40]

53. Da kein von PHL gehaltenes Unternehmen im gleichen Markt tätig ist, entstehen durch den Zusammenschluss keinerlei Marktanteilsadditionen, und es liegt kein betroffener Markt im Sinne von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU vor.

C. Ergebnis

54. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den oben dargelegten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken würde. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Artikel 10 KG sind daher nicht gegeben.

¹⁸ Swissport wickelt jedoch ab 1. Dezember 2005 in den nächsten vier Jahren die Bodenabfertigung von Easy Jet am Flughafen Genf ab. Vgl. u.a. NZZ vom 21. September 2005, Seite 27.

B 2.3

3. *TDC Switzerland AG (sunrise)/Ascom (Schweiz) AG; Übernahme des Geschäftsbereichs Business Communication der Ascom (Schweiz) AG*

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

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

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

Kurzbericht der Wettbewerbskommission vom 28. Juni 2005

A Sachverhalt

1. Am 9. Juni 2005 hat die Wettbewerbskommission die Meldung des Zusammenschlussvorhabens TDC Switzerland AG/Ascom (Schweiz) AG erhalten. Danach beabsichtigt Bellavista Communications AG, den Geschäftsbereich Business Communication der Ascom (Schweiz) AG zu übernehmen.

2. Das übernehmende Unternehmen, Bellavista Communications AG,¹ ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zug, deren Zweck die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich der Telekommunikation in der Schweiz ist. Sie wurde am 19. Mai 2005 gegründet und ist eine 100%ige Tochtergesellschaft von TDC Switzerland AG (nachfolgend sunrise). sunrise ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich, deren Zweck die Erstellung und der Betrieb von Telekommunikationsnetzen aller Art im Bereich der Kommunikation in und von der Schweiz aus ist. sunrise wiederum ist eine 100%ige Tochtergesellschaft der dänischen TDC-Gruppe. Im vorliegenden Verfahren wird das übernehmende Unternehmen als *sunrise* bezeichnet.

3. Die Veräussererin, Ascom (Schweiz) AG (nachfolgend *Ascom*), ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Bern, deren Zweck in Fabrikation, Bau, Installation und Vertrieb von Apparaten und Anlagen aller Art, insbesondere für das Gebiet der Nachrichtentechnik (Telefonie, Elektronik) und feinmechanischen Branchen besteht. Ascom umfasst verschiedene Geschäftsbereiche, namentlich Division Network Integration (gegenwärtig nur noch bestehend aus dem Geschäftsbereich Business Communication), Security Solutions (Anwendungen für Sicherheit, Kommunikation, Automation und Leitsysteme für Infrastrukturbetreiber, öffentliche Sicherheitsinstitutionen und die Armee), Transport Revenue (Gebühreneinzugs-, Parking- und Tollsyste) und Wireless Solutions (kundenspezifische, drahtlose Onsite-Kommunikationslösungen). Einzig der Geschäftsbereich Business Communication in der Schweiz² (nachfolgend Ascom BC) ist Gegenstand des vorliegenden Zusammenschlusses.

4. Der zu veräussernde und zu übernehmende Geschäftsbereich, *Ascom BC*, ist eine lieferantenunabhängige Dienstleisterin und Systemintegratorin für sichere, kundenspezifische Netzwerklösungen im Bereich der Sprach-, Daten- und Videokommunikation. Sie bietet in diesem Bereich Beratung, Design, Imple-

mentierung, Betrieb, Wartung und Finanzierung von Kommunikationslösungen an. Ascom BC verbindet Sprache und Daten, mobile und festnetzgebundene Kommunikation sowie Produkte und Dienstleistungen zu kundenspezifischen Kommunikationslösungen. Ihr Angebot richtet sich an Geschäftskunden.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

B.1.1 Unternehmen

6. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). sunrise ist als solches Unternehmen zu qualifizieren.

7. Ascom BC ist selbst keine juristische Person, sondern ein Geschäftsbereich der Ascom. Sie ist hingegen eine eigenständige, operationelle Einheit, welche die in Randziffer 4 aufgeführten Dienstleistungen erbringt. Ist Gegenstand des Zusammenschlusses ein Teil eines Unternehmens, so gilt dieser Teil als beteiligtes Unternehmen (Art. 3 Abs. 2 Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU; RS 251.4).

8. sunrise und Ascom BC sind somit beide als Unternehmen im Sinne von Artikel 2 Absatz 1^{bis} KG zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

9. Als Unternehmenszusammenschluss gilt die Fusion von zwei oder mehr bisher voneinander unabhängiger Unternehmen, sowie jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen (Art. 4 Abs. 2 KG).

¹ Nach Angaben der Parteien ist geplant, in nächster Zeit den Firmennamen Bellavista Communications AG in sunrise Business Communications AG zu ändern.

² Der Bereich Business Communication umfasst die Gesellschaften in der Schweiz, Italien, Belgien und Deutschland. Von der Übernahme ist jedoch nur der Geschäftsbereich Business Communication in der Schweiz betroffen.

10. Die Parteien haben am 30. Mai 2005 ein "Purchase Agreement" unterzeichnet, welches die Übernahme von Ascom BC durch sunrise regelt. § 2.1 des "Purchase Agreement" sieht vor, dass Ascom sunrise den Geschäftsbereich Business Communication (Ascom BC) verkauft, abtritt und überträgt. Zu diesem Zweck wird festgelegt, dass Ascom BC aus (i) den Aktiven, Verträgen und Verpflichtungen von Ascom betreffend diesen Geschäftsbereich und (ii) den geschäftlichen Immaterialgüterrechten besteht. Es wird hingegen präzisiert, dass sunrise keine konzerninternen Forderungen und Verpflichtungen übernimmt. Zudem übernimmt sunrise nur diejenigen Verpflichtungen, welche in Beilage 2.1A zum "Purchase Agreement" aufgelistet sind (§2.1 "Purchase Agreement"). Als Gegenleistung entrichtet sunrise den unter § 2.2 des "Purchase Agreement" festgehaltenen Kaufpreis von rund CHF 33,5 Mio.

11. Bei der geplanten Übernahme durch sunrise der Aktiven und Passiven der Ascom BC handelt es sich um einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 KG, wobei offen gelassen werden kann, ob diese Übernahme als Absorptionsfusion (Bst. a) oder Kontrollübernahme (Bst. b) zu qualifizieren ist.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

12. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Artikel 3 Absatz 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.3 Meldepflicht

13. Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen sind vor ihrem Vollzug der Wettbewerbskommission zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss die beteiligten Unternehmen einen Umsatz von insgesamt mindestens CHF 2 Mia. oder einen auf die Schweiz entfallenen Umsatz von insgesamt mindestens CHF 500 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. a KG) und mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b KG).

14. Wenn ein Teil eines Unternehmens Gegenstand des Zusammenschlusses ist, gilt dieser Teil als beteiligtes Unternehmen (Art. 3 Abs. 2 VKU). Der Veräusserer des Unternehmensteils ist nicht am Zusammenschluss beteiligt und folglich nicht in die Umsatzberechnung mit einzubeziehen (DUCREY, Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, in VON BÜREN, DAVID, Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Basel 2000, S. 252). Der Umsatz eines beteiligten Unternehmens umfasst unter anderem den Umsatz des Mutterunternehmens (Art. 5 Abs. 1 Bst. b VKU). Für die Meldepflicht sind somit die Umsätze von Ascom BC und der TDC Gruppe relevant.

15. Weltweit erzielte die TDC Gruppe im Geschäftsjahr 2004 einen Umsatz von € 5,858 Mia, was umgerechnet zum Jahresmittelkurs ca. CHF 9,041 Mia. entspricht. Ascom BC ist nur in der Schweiz tätig. Ihr Umsatz für das Geschäftsjahr 2004 betrug CHF 112,589 Mio. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen erziel-

ten somit zusammen einen weltweiten Umsatz von ca. CHF 9,154 Mia.

16. Der Umsatz der TDC Gruppe in der Schweiz wurde ausschliesslich durch sunrise erwirtschaftet. Er betrug im Geschäftsjahr 2004 CHF 2'062'592 Mio. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen erzielten somit in der Schweiz einen Gesamtumsatz von CHF 2'175'181 Mio.

17. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen erzielten zudem je einen Umsatz in der Schweiz von über CHF 100 Mio.

18. Die Umsatzschwellen von Artikel 9 Absatz 1 KG sind damit überschritten. Das Zusammenschlussvorhaben ist meldepflichtig.

B.4 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens nach erfolgter vorläufiger Prüfung

19. 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).

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

B.4.1 Relevante/r Markt/Märkte

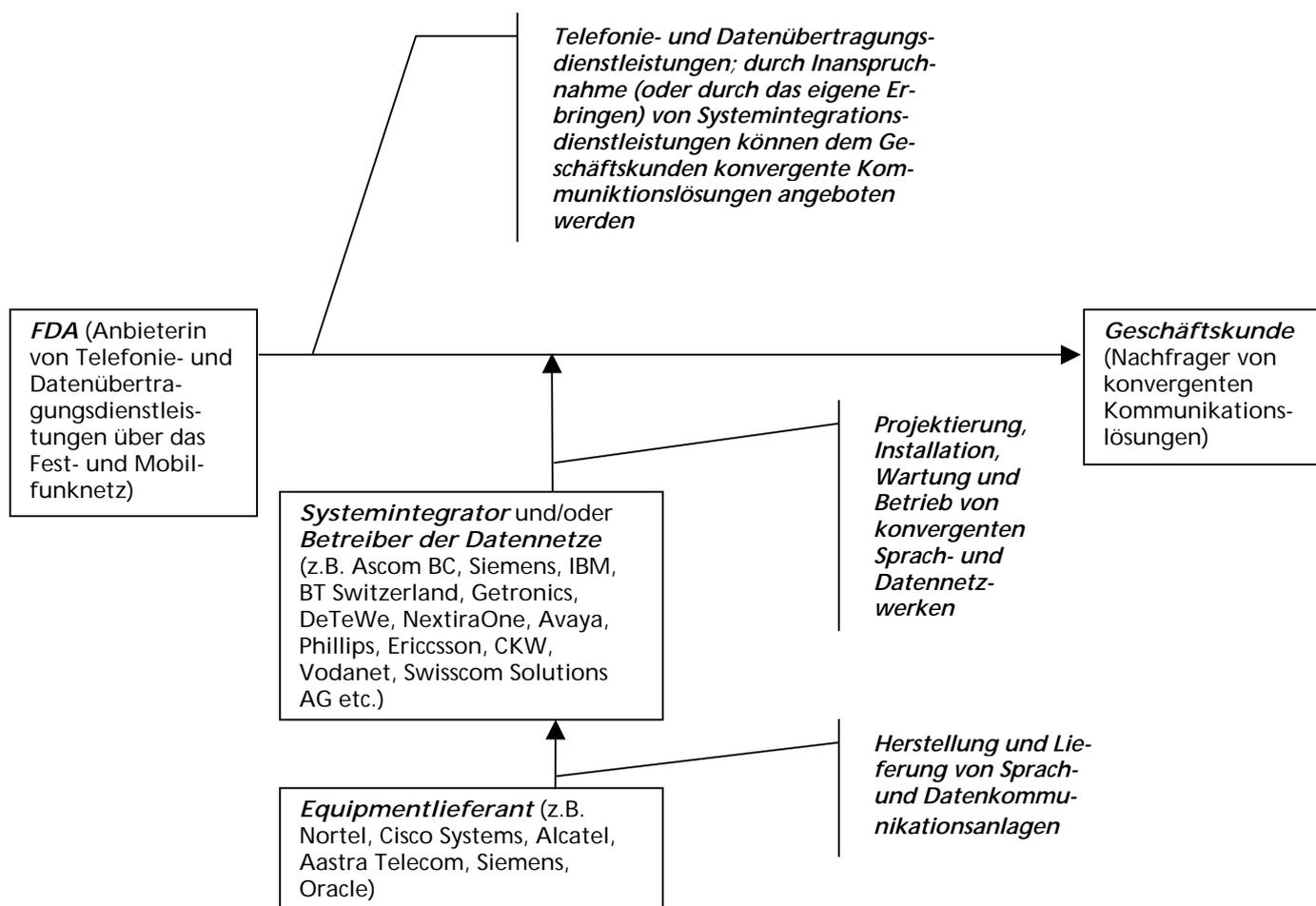
B.4.1.a Sachlich relevante/r Markt/Märkte

21. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

22. Ausgegangen wird vom Gegenstand des Zusammenschlussvorhabens, das heisst vom Geschäftsbereich Ascom BC der Ascom, welcher von sunrise übernommen werden soll. Die wesentlichen Geschäftsfelder von Ascom BC sind Systemintegration und After Sales Services. After Sales Services können wiederum in die Unterkategorien Wartung und Betrieb von Kommunikationsnetzen aufgeteilt werden.

23. Unter Systemintegration wird die Beratung, Projektierung und Realisierung von sicheren, hoch verfügbaren, konvergenten Sprach- und Datennetzwerken sowie komplexer Kommunikationslösungen für Geschäftskunden verstanden. Bei der Wartung handelt es sich um die Instandhaltung sowie um die vorfallsbezogene Instandsetzung von Netzwerken, wobei die Kontrolle des Netzwerks beim Kunden verbleibt. Im Gegensatz dazu übernimmt Ascom BC beim Betrieb des Netzwerkes die Gesamtverantwortung für dessen Funktionsfähigkeit, häufig im Rahmen von Outsourcing-Verträgen mit ihren Kunden.

24. Die Funktion eines Systemintegrators und sein Zusammenspiel mit Fernmeldedienstleisterinnen (FDA) und Nachfragern seiner Dienstleistungen ist in nachstehender Grafik dargestellt.



25. Systemintegrationsdienstleistungen sowie dazugehörige After Sales Services (Betrieb und Wartung von Netzwerken) sind Bestandteil der von Geschäftskunden immer öfter nachgefragten konvergenten Kommunikationslösungen.

26. Unter konvergenten Kommunikationslösungen wird namentlich die Möglichkeit, Sprachkommunikation über Datennetze abzuwickeln, verstanden. Früher wurden Sprach- und Datenübertragungsdienstleistungen auf verschiedenen Netzen basierend auf verschiedenen Technologien erbracht. Heute besteht die Möglichkeit, mittels internetprotokollbasierter Technologie über das Datennetz, das heisst über einen Breitbandanschluss, zu telefonieren. Für die internetprotokollbasierte Sprachtelefonie werden auch die Begriffe VoIP (Voice over IP [Internet Protokoll]), IP- oder Internet-Telefonie verwendet. Bei VoIP wird die Sprache in ein digitales Format umgewandelt und anschliessend basierend auf dem Internet Protokoll in kleineren Datenpaketen versandt. Gewisse VoIP-Anwendungen lassen sich hinsichtlich Sprachqualität und Sicherheit mit der herkömmlichen Telefonie vergleichen und können somit als Substitute zu dieser betrachtet werden (vgl. Gutachten der Wettbewerbskommission vom 13.6.2005 i.S. Interkonnektionsgesellschaft Cablecom GmbH vs. Swisscom Fixnet AG betreffend Portierung von Einzelnummern, RPW 2005/3, S. 589 ff.). Die Standardisierung von Sprach- und Datenkommunikation durch das IP-Protokoll führt zu einer

Konvergenz in Technologie, Netz und Applikationen. Leitungsgebundene und mobile Sprach- und Datenlösungen können somit auf derselben Plattform abgewickelt werden.

27. Damit eine FDA ihren Geschäftskunden konvergente Kommunikationslösungen anbieten kann, muss sie entweder selbst im Bereich Systemintegration und dazugehörige After Sales Services tätig sein oder mit Netzwerk- und Lösungspartnern, das heisst eigenständigen Systemintegratoren, zusammenarbeiten.

28. Ein Geschäftskunde, welcher konvergente Kommunikationslösungen nachfragt, kann sich somit entweder an eine FDA wenden, welche ihm eine Komplettlösung (Mobil- und Festnetzkommunikation, Datenübertragung sowie Systemintegrationsdienstleistungen/After Sales Services) anbietet, oder die herkömmlichen Sprach- und Datenübertragungsdienstleistungen der FDA getrennt von Systemintegrationslösungen/After Sales Services beziehen. Reine Systemintegratoren bieten hingegen keine Fernmeldedienste an.

29. Aufgrund der Möglichkeit, Systemintegrationsdienstleistungen/After Sales Services unabhängig von den Sprach- und Datenübertragungsdienstleistungen getrennt nachzufragen, sowie der Tatsache, dass die meisten FDA heute selbst noch keine eigenständigen Systemintegrationsdienstleistungen/After Sales Services erbringen, ist von einem sachlich relevanten Markt

von Systemintegrationsdienstleistungen/After Sales Services auszugehen. Dass diese Dienstleistungen Bestandteil einer weiter gefassten Nachfrage nach konvergenten Sprach- und Kommunikationslösungen für Geschäftskunden sind, ist dabei unerheblich.

30. Weiter kann die Frage gestellt werden, ob es sich bei Systemintegrationsdienstleistungen und After Sales Services um zwei separate sachlich relevante Märkte handelt. Die am Zusammenschluss beteiligten Parteien geben dazu an, dass diese zusätzliche Unterteilung aufgrund der unterschiedlichen Nachfrage- und Angebotsstruktur vorzunehmen ist. Demzufolge fragen Kunden zum Teil lediglich die Planung und Realisierung von Netzwerken nach und vergeben Wartung/Betrieb separat. Ebenso sind auf der Angebotsseite zum Teil unterschiedliche Unternehmen tätig. Während bei den Systemintegrationsdienstleistungen grosse Unternehmen tätig sind (z.B. Siemens AG, Nextira One AG, Getronics AG etc.), bieten auch kleinere Unternehmen Wartung und Betrieb von Netzwerken an. Aufgrund dieser Angaben ist eine Zweiteilung in die sachlich relevanten Märkte Systemintegrationsdienstleistungen und After Sales Services vorzunehmen.

B.4.1.b Räumlich relevante/r Markt/Märkte

31. 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).

32. Systemintegrationsdienstleistungen und After Sales Services werden sowohl von schweizerischen als auch von international tätigen Unternehmen angeboten. Es könnte somit gefragt werden, ob von einem internationalen Markt ausgegangen werden sollte. Wie nachfolgend jedoch aufgezeigt wird, wird durch den Zusammenschluss auch bei einer engeren Markt- abgrenzung, nämlich der Schweiz als relevanten Markt, keine marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt werden kann, begründet oder verstärkt. Als Arbeitshypothese kann somit die Schweiz als geografisch relevanter Markt verwendet werden.

B.4.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

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

34. Die Marktanteile der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen für die betroffenen Märkte Sys-

temintegration und After Sales Services in der Schweiz sind in nachfolgender Tabelle aufgeführt:

	Marktanteile sunrise	Marktanteile Ascom BC ³	Marktanteile kombiniert
System-integration	<20% ⁴	<20%	<20%
After Sales Services (Wartung und Betrieb)	<20%	<20%	<20%

35. Aus obiger Tabelle ist ersichtlich, dass sunrise im Markt für After Sales Services überhaupt nicht und im Markt für Systemintegration nur marginal tätig ist. Da die Tätigkeitsbereiche von sunrise (Sprach- und Datenübertragungsdienstleistungen über das Fest- und Mobilfunknetz) nicht Teil des relevanten Markts sind, müssen die diesbezüglichen Marktanteile hier nicht aufgeführt werden. Ausschlaggebend ist einzig, dass die kombinierten Marktanteile für Systemintegration 20% nicht überschreiten, und der Marktanteil von Ascom BC weniger als 30% beträgt. Die Marktanteilschwellen von Artikel 11 Absatz 1 Buchstabe d VKU sind somit nicht erreicht, und es kann von der Unbedenklichkeit des Zusammenschlussvorhabens ausgegangen werden.

B.4.3 Ergebnis

Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Artikel 10 KG sind daher nicht gegeben.

³ Basierend auf Schätzungen von Ascom, die sich auf Equipmentlieferanteninformationen seitens Nortel und Cisco sowie auf Extrapolationen aufgrund Anzahl installierten Ports und Erfahrungswerten aus Angebotserstellung (z.B. Marktpreisen) stützen. Nach diesen Schätzungen haben folgende Unternehmen für die Bereiche Systemintegration/After Sales Services folgende Marktanteile: Swiscom Solutions: [...]%, Nextira One: [...]%, Siemens: [...]%, Getronics: [...]%, IBM: [...]%.
⁴ Basierend auf Schätzungen der Ascom.

B 2.3

4. Centravo AG

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 25. August 2005

A Sachverhalt

1. Am 12. August 2005 ging beim Sekretariat der Wettbewerbskommission (nachfolgend Sekretariat) die vollständige Meldung eines Zusammenschlussvorhabens ein, gemäss welchem die Bell Holding AG, Basel (nachfolgend Bell Holding), der Migros-Genossenschafts-Bund, Zürich (nachfolgend MGB), und die Carnavi Holding AG, Freienbach (nachfolgend Carnavi), die gemeinsame Kontrolle über die Centravo AG, Zürich (nachfolgend Centravo), erwerben sollen.

2. Centravo ist im Bereich der Entsorgung von Schlachtnebenprodukten tätig, stellt Zwischenprodukte für die Petfood-Industrie her und beliefert Gerbereien mit Häuten und Fellen. Zu Centravo gehören die Tochtergesellschaften GZM Extraktionswerk AG, Lyss (nachfolgend GZM), Nutriswiss AG, Lyss (nachfolgend Nutriswiss), Adolf Grüninger AG, Mitlödi (nachfolgend Grüninger AG), sowie das Gemeinschaftsunternehmen MBZ Produktions AG (nachfolgend MBZ AG). GZM entsorgt, verarbeitet, veredelt und vertreibt Schlachtnebenprodukte. Nutriswiss produziert Speisefette und Speiseöle für die Lebensmittelbranche und Fette für die Futtermittelindustrie. Die Grüninger AG produziert Margarine und Speisefette für die Lebensmittelbranche. Die MBZ AG, an welcher neben Nutriswiss die Cremo S.A., Villars-sur-Glâne (nachfolgend Cremo), beteiligt ist, stellt für den Eigenbedarf der beiden Aktionäre Fettfraktionen auf Basis von Butter und Pflanzenfetten her. Zudem hält Centravo eine Minderheitsbeteiligung ohne Kontrollrechte an der TMF Extraktionswerk AG, Kirchberg SG (nachfolgend TMF AG).

3. Die Bell Holding ist ein Tochterunternehmen von Coop, Basel (nachfolgend Coop). Coop ist insbesondere im Detailhandel tätig und führt zudem mehrere Produktionsbetriebe. Die Bell Holding ist über ihre Tochtergesellschaft Bell AG, Basel, insbesondere in der Produktion, Verarbeitung und im Handel von Fleischwaren tätig. Die Bell Holding ist der grösste Marktteilnehmer im Bereich Fleischverarbeitung in der Schweiz.

4. Die Geschäftstätigkeit der Migros-Gruppe umfasst insbesondere den Detailhandel und verschiedene Produktionsbetriebe, namentlich die in der Produktion von Fleisch und Fleischprodukten tätige Micarna SA, Bazenheid (nachfolgend Micarna). Micarna ist der zweitgrösste schweizerische Fleischverarbeitungsbetrieb. Dem MGB kommt innerhalb der Migros-Gruppe

die Funktion zu, zentrale Dienste zu erbringen und Tochtergesellschaften zu halten.

5. Carnavi ist eine Tochtergesellschaft der Fenaco Genossenschaft, Bern (nachfolgend Fenaco). Fenaco ist eine Unternehmensgruppe, die in zahlreichen nationalen Produktions- und Konsumgütermärkten tätig ist. Carnavi ist der drittgrösste Marktteilnehmer auf Stufe Fleischverarbeitung in der Schweiz. Zu Carnavi gehören mehrere Tochtergesellschaften, die in der Herstellung und dem Verkauf von Fleisch- und Wurstwaren tätig sind (Ernst Sutter AG, Gossau; J. Gattiker AG, Freienbach; Gemperli AG, Gossau; Reber AG, Langnau i.E.; Viaca AG, Geuensee; Fleisch- & Wurstwaren AG, St. Gallen).

6. Die Parteien möchten mit dem Zusammenschluss sicherstellen, dass die Centravo in Zukunft die notwendigen Investitionen in den Erhalt der notwendigen Entsorgungskapazitäten tätigt. Die am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen sind von allen Aktionären der Centravo am meisten an einer funktionierenden Schlachtabfallentsorgung interessiert. Einerseits sind sie (resp. ihre Tochterunternehmen) die drei grössten Marktteilnehmer auf den Stufen Schlachtung und Fleischverarbeitung. Andererseits sind verschiedene der Kleinaktionäre der Centravo nicht mehr selber in der Schlachtung tätig.

B Erwägungen**B.1 Geltungsbereich**

7. 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

8. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

9. Die Bell Holding, der MGB und Carnavi sind bereits vor dem Vollzug des vorliegenden Zusammenschlussvorhabens, zusammen mit zahlreichen Kleinaktionären, an der Centravo beteiligt, ohne dass eines der Unternehmen die alleinige oder - zusammen mit anderen Unternehmen - gemeinsame Kontrolle ausüben würde. Die Parteien haben am 17. Februar 2005 eine Vereinbarung abgeschlossen mit dem Ziel, gemeinsam die Kontrolle über die Centravo zu übernehmen. Um ihre Beteiligung an der Centravo zu erhöhen, haben die Parteien den anderen Aktionären ein bedingtes Kaufangebot unterbreitet. Demnach sollen die Bell Holding und der MGB je mindestens [...] und Carnavi

mindestens [...] der Aktien der Centravo halten. Gemeinsam halten die drei Unternehmen somit mindestens [...] der Aktien der Centravo. Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind ebenfalls im Verwaltungsrat der Centravo vertreten.

10. In der am 17. Februar 2005 abgeschlossenen Vereinbarung halten die beteiligten Unternehmen die Eckpfeiler der zukünftigen Unternehmensstrategie der Centravo und die wesentlichen Massnahmen zu deren Umsetzung fest. Die Fleischabfallentsorgung erfordert langfristige Investitionen. Die beteiligten Unternehmen haben sich in ihrer Vereinbarung über die für die Centravo wesentlichen Investitionen im Kernbereich Entsorgung von Schlachtnebenprodukten und die Desinvestitionen in den anderen Bereichen geeinigt, die in den kommenden Jahren anstehen. Es kann somit davon ausgegangen werden, dass die Bell Holding, der MGB und Carnavi mit dem Vollzug des Zusammenschlusses die gemeinsame Kontrolle über die Centravo erwerben.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

11. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Artikel 3 Absatz 1 KG wurde von den Parteien auch nicht vorgebracht.

B.3 Meldepflicht

12. Der Umsatz der Migros-Gruppe im Jahr 2004 betrug weltweit rund CHF 20 Mia., derjenige in der Schweiz rund CHF 17 Mia. Der Umsatz der Coop-Gruppe, der ausschliesslich in der Schweiz erzielt wird, betrug im Jahr 2004 rund CHF 14 Mia. Der Umsatz der Fenaco-Gruppe, der fast ausschliesslich in der Schweiz erzielt wird, betrug im Jahr 2004 rund CHF 4 Mia. Der Umsatz der Centravo betrug im Jahr 2004 weltweit rund CHF [...] und CHF [...] in der Schweiz.

13. Die Umsatzschwellen von Artikel 9 Absatz 1 KG sind damit erreicht. Das Zusammenschlussvorhaben ist somit meldepflichtig.

C Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens

B.4.1.1 Relevante Märkte

I. Sachlich relevante Märkte

14. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

a) Entsorgung von Schlachtnebenprodukten

15. Die Entsorgung respektive Verwertung der bei der Herstellung von Fleisch und Fleischprodukten anfallenden Nebenprodukte hat in den vergangenen Jahren namentlich im Zuge der BSE-Krise zunehmend an Bedeutung gewonnen. Die Entsorgung von Schlachtnebenprodukten ist in der Verordnung über die Entsorgung von tierischen Nebenprodukten (VTNP, SR 916.441.22) geregelt. Schlachtnebenprodukte werden demnach entweder entsorgt oder verwertet. Entsorgt werden namentlich Schlachttierkörper oder Teile davon, bei denen eine Transmissible Spongiforme En-

zephalopathie festgestellt wurde, bei denen Risikomaterial gemäss Artikel 179c und 180d der Tierseuchenverordnung (TSV, SR 916.401) nicht entfernt worden ist oder bei denen die Anzeichen einer für Menschen oder Tiere ansteckenden Krankheit bestehen. Zu marktfähigen Produkten verwertet werden können namentlich Häute und Felle sowie Fleischabfälle zur Herstellung von Petfood, falls diese keine Anzeichen von ansteckenden Krankheiten aufweisen.

16. Centravo ist in der Entsorgung von Schlachtnebenprodukten durch ihr Tochterunternehmen GZM tätig. GZM stellt aus den bei der Schlachtung anfallenden Schlachtnebenprodukten Tiermehl und Fette her, die namentlich in der Zementindustrie als Brennstoffe zur Energieerzeugung eingesetzt werden. Marktgegenseite sind einerseits die Schlachtbetriebe, bei denen die Schlachtabfälle anfallen, andererseits die Industrieunternehmen, die zu Fetten und Tiermehl verarbeitete Schlachtnebenprodukte als Brennstoff nachfragen. Somit kommen als sachlich relevante Märkte der Markt für die Entsorgung von Schlachtnebenprodukten und der Markt für Brennstoffe für Industrieunternehmen (namentlich Zementindustrie) in Frage.

17. Auf den Markt für Brennstoffe für Industrieunternehmen wird im Folgenden nicht mehr eingegangen, da namentlich die Zementindustrie neben Tiermehl und Fetten aus der Schlachtabfallentsorgung zahlreiche alternative Energieträger wie Altöl, Altreifen, Altholz, Trockenklärschlamm sowie Schweröl und Kohle verwendet. Ein Einfluss auf den Markt für Brennstoffe für Industrieunternehmen kann angesichts der zahlreichen Substitute ausgeschlossen werden.

b) Speisefette für Grossverbraucher

18. Nutriswiss und die Grüninger AG stellen Speisefette her, die in der Lebensmittelbranche eingesetzt werden. Die MBZ AG stellt Fettfraktionen auf Basis von Pflanzen- und Butterfetten her, die ausschliesslich an Cremo und an Nutriswiss geliefert werden und von diesen zu Speisefetten und anderen Produkten weiterverarbeitet werden. Die Marktgegenseite besteht in den Grossbetrieben, die Speisefette nachfragen. Als sachlich relevanter Markt kommt der Markt für die Produktion von Speisefetten für Grossverbraucher in Frage.

c) Margarine für Grossverbraucher

19. Die Grüninger AG stellt Margarine für Grossverbraucher her. Inwieweit Margarine mit den oben erwähnten Speisefetten substituierbar ist, kann im Rahmen des vorliegenden Verfahrens offen gelassen werden. Die Marktgegenseite besteht ebenfalls in Grossbetrieben, die Margarine nachfragen. Als sachlich relevanter Markt kommt der Markt für die Produktion von Margarine für Grossverbraucher in Frage.

d) Speiseöle für Grossverbraucher

20. Nutriswiss betreibt einen Raffinationsbetrieb zur Herstellung von Speiseölen für Grossverbraucher. Als Rohstoff dienen grösstenteils importierte Rohöle. Marktgegenseite bilden Grossverbraucher, insbeson-

dere die Lebensmittelindustrie, gewerbliche Betriebe (z.B. Bäckereien) und die Gastronomie beziehungsweise deren Zulieferer. Als sachlich relevanter Markt kommt der Markt für die Herstellung von Speiseölen für Grossverbraucher in Betracht.

e) Häute und Felle

21. Centravo bearbeitet und verkauft Häute und Felle, die sie bei Schlachthöfen beschafft. Die Abnehmer der Häute und Felle sind Gerbereien, die für deren Weiterverarbeitung besorgt sind. Als sachliche relevante Märkte kommen somit die Märkte für Häute und Felle zur Weiterverarbeitung in Frage.

f) Petfood-Halbfabrikate

22. Centravo beschafft von Schlacht- und Zerlegebetrieben Schlachtnebenprodukte und verarbeitet diese zu Petfood-Halbfabrikaten. Marktgegenseite sind die Hersteller von Petfood. Als sachlich relevanter Markt kommt der Markt für die Herstellung von Petfood-Halbfabrikaten in Frage.

g) Fette für die Futtermittelindustrie

23. Nutriswiss stellt - hauptsächlich aus dem in den Schlacht- und Zerlegebetrieben anfallenden Rohfett - Fette für die Futtermittelindustrie her. Die Marktgegenseite besteht hauptsächlich aus Herstellern von Nutztierfutter. Als sachlich relevanter Markt kommt der Markt für die Herstellung von Fetten für die Futtermittelindustrie in Frage.

II. Räumlich relevante Märkte

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

a) Entsorgung von Schlachtnebenprodukten

25. Gemäss Artikel 77 der Verordnung über die Ein-, Durch- und Ausfuhr von Tieren und Tierprodukten (EDAV, SR 916.443.11) können Schlachtnebenprodukte unter gewissen Bedingungen auch im Ausland entsorgt werden. Da die Entsorgung von in der Schweiz anfallenden Schlachtnebenprodukten überwiegend im Inland erfolgt, ist von einem räumlich relevanten Markt auszugehen, der das Gebiet der Schweiz umfasst.

b) Speisefette für Grossverbraucher

26. Auf dem Import von Speisefetten werden Zölle erhoben. Der Importanteil betrug im Jahr 2004 ca. 7%. Auch wenn in Zukunft der Import und der Veredelungsverkehr im Bereich Speisefette erleichtert werden sollten, dürfte es für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens angebracht sein, den räumlich relevanten Markt auf das Gebiet der Schweiz zu beschränken.

c) Margarine für Grossverbraucher

27. Aus den gleichen Gründen dürfte der räumlich relevante Markt auch bei Margarine national abzugrenzen sein (Importanteil im Jahr 2004 ca. 5%).

d) Speiseöle für Grossverbraucher

28. Auf raffiniertem Speiseöl werden Zölle erhoben, weshalb dem Import Grenzen gesetzt sind. Im Jahr 2004 wurde rund ein Drittel des Speiseöls, das in der Schweiz von Grossverbrauchern verwendet wurde, importiert. Die Frage, ob im Bereich Speiseöle eine Marktabgrenzung vorzunehmen ist, die den europäischen oder nur den schweizerischen Markt umfasst, kann aufgrund der geringen Marktanteile der Centravo auf dem Inlandmarkt offen gelassen werden (vgl. Rz. 34).

e) Häute und Felle

29. Die von Centravo bearbeiteten Häute und Felle werden fast ausschliesslich im europäischen Ausland weiterverarbeitet. Der räumlich relevante Markt in den Bereichen Häute und Felle dürfte somit europaweit abzugrenzen sein.

f) Petfood-Halbfabrikate

30. Petfood-Halbfabrikate werden ebenfalls nicht in nennenswertem Umfang in der Schweiz weiterverarbeitet, sondern zur Weiterverarbeitung exportiert. Auch in diesem Bereich bietet sich eine europaweite räumliche Marktabgrenzung an.

g) Fette für die Futtermittelindustrie

31. Die Centravo beliefert in erster Linie inländische Futtermittelhersteller mit Fetten. Es bestehen keine Restriktionen, die den Import von Fetten für die Futtermittelindustrie erschweren. In diesem Bereich dürfte die Marktabgrenzung europaweit vorzunehmen sein.

h) Zwischenfazit

32. Die definitive Marktabgrenzung kann für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens letztlich auf allen betrachteten Märkten offen gelassen werden, da - wie nachfolgend gezeigt wird - unabhängig von der genauen Marktabgrenzung keine Anhaltspunkte für eine Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung bestehen.

B.4.1.3 Voraussichtliche Stellung auf den betroffenen Märkten

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

34. Wie oben ausgeführt wurde, ist in den Bereichen Häute und Felle, Petfood-Halbfabrikate und Fette für die Futtermittelindustrie von europäischen Märkten auszugehen. Die Marktanteile der Centravo auf diesen Märkten sind marginal. Selbst wenn in diesen

Bereichen von einer nationalen Marktabgrenzung ausgegangen würde, ergäben sich aus ähnlichen Gründen wie namentlich im Bereich Speisefette keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung (vgl. Rz. 41). Auf dem schweizerischen Markt für Speiseöle für Grossverbraucher beträgt der Marktanteil der Centravo ca. 2%. Auf diese Märkte wird deshalb im Folgenden nicht mehr eingegangen. Vom Zusammenschluss betroffene Märkte liegen in den Bereichen Entsorgung von Schlachtnebenprodukten, Speisefette für Grossverbraucher und Margarine für Grossverbraucher vor.

a) Entsorgung von Schlachtnebenprodukten

35. Auf dem schweizerischen Markt für die Entsorgung von Schlachtnebenprodukten gestalten sich die Marktanteile folgendermassen:

	Centravo	TMF AG
2002	[60%-70%]	[30%-40%]
2003	[60%-70%]	[30%-40%]
2004	[60%-70%]	[30%-40%]

36. Ausser der TMF AG, an der Centravo eine Minderheitsbeteiligung hält, besteht keine aktuelle Konkurrenz. Die hohe Marktkonzentration ergibt sich aufgrund der Grössenvorteile bei der Entsorgung von Schlachtnebenprodukten und der Schwierigkeit, geeignete Standorte für derartige Entsorgungsanlagen zu erschliessen. Das Zusammenschlussvorhaben führt indes zu keinen Marktanteilsadditionen. Die aktuelle Konkurrenz wird durch den Zusammenschluss nicht verringert. Auch die potenzielle Konkurrenz wird durch den Zusammenschluss nicht beeinträchtigt. Die Bell Holding, der MGB und Carnavi waren bereits vor dem Zusammenschluss an der Centravo beteiligt und haben ihre Investitionen in die Schlachtabfallentsorgung über die Centravo getätigt und kamen deshalb auch vor dem Zusammenschluss kaum als potenzielle Konkurrenten in Frage.

37. Die Mitte 2004 in Kraft getretene VTNP sieht alternative Entsorgungsmöglichkeiten - wie die Verwertung von bestimmten Schlachtnebenprodukten in Biogas- oder Kompostieranlagen und den Export vor. Es kann indes für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens offen gelassen, ob sich in Zukunft aufgrund dessen eine Verstärkung der aktuellen oder potenziellen Konkurrenz einstellen könnte.

38. Auf dem schweizerischen Markt für die Entsorgung von Schlachtnebenprodukten bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

b) Speisefette für Grossverbraucher

39. Auf dem schweizerischen Markt für die Herstellung von Speisefetten für Grossverbraucher gestalten sich die Marktanteile folgendermassen:

	Centravo	Florin	Sabo	Importe
2002	[40%-50%]	[30%-40%]	[0%-10%]	[0%-10%]
2003	[50%-60%]	[30%-40%]	[0%-10%]	[0%-10%]
2004	[40%-50%]	[30%-40%]	[0%-10%]	[0%-10%]

40. Wichtigste Konkurrenten der Centravo sind die Florin AG, Muttenz (nachfolgend Florin), und die Sabo Specialities AG, Horn (nachfolgend Sabo). Migros ist über ihre Tochtergesellschaft Mifa AG, Frenkendorf (nachfolgend Mifa), in der Herstellung von Speisefetten für Grossverbraucher tätig, beliefert damit aber nahezu ausschliesslich ihre eigenen Produktionsbetriebe. Mifa produzierte im Jahr 2004 ca. 8'500 Tonnen Speisefette und Margarine, was etwa 10% des Marktvolumens entspricht (vgl. Homepage www.mifa.ch). An Dritte wurden im Jahr 2004 lediglich ca. [...] Tonnen Speisefette veräussert.

41. Der Umstand, dass Mifa nahezu ausschliesslich für Migros-Betriebe produziert, bedeutet nicht automatisch, dass der Zusammenschluss zu keinen Marktanteilsadditionen führt. Zumindest ist die Migros-Eigenproduktion als potenzielle Konkurrenz zu betrachten, da die bestehenden Produktionskapazitäten im Zuge einer Strategieänderung grundsätzlich dazu genutzt werden könnten, andere Betriebe mit Speisefetten zu beliefern. Die finanziellen Anreize hierzu ändern sich aufgrund des Zusammenschlusses indes höchstens marginal. Die unterschiedliche Interessenlage zwischen MGB (Eigenproduktion) und der Centravo bleibt auch nach dem Zusammenschluss bestehen. Die Marktstruktur im Bereich Speisefette wird durch den Zusammenschluss kaum beeinflusst. Mit dem Zusammenschluss geht somit keine Verringerung der aktuellen oder potenziellen Konkurrenz einher.

42. Auf dem schweizerischen Markt für die Herstellung von Speisefetten für Grossverbraucher bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

c) Margarine für Grossverbraucher

43. Auf dem schweizerischen Markt für die Herstellung von Margarine für Grossverbraucher gestalten sich die Marktanteile folgendermassen:

	Centravo	Florin	Sabo	Importe
2002	[20%-30%]	[20%-30%]	[10%-20%]	[0%-10%]
2003	[40%-50%]	[20%-30%]	[10%-20%]	[0%-10%]
2004	[40%-50%]	[20%-30%]	[10%-20%]	[0%-10%]

44. Die Wettbewerbssituation im Bereich Margarine ist vergleichbar mit derjenigen im Bereich Speisefette. Wie bei den Speisefetten produziert die Mifa AG Margarine hauptsächlich für die eigenen Industrien. Aufgrund derselben Erwägungen wie im Bereich Speisefette führt der Zusammenschluss auch im Bereich Margarine zu keiner Verringerung der aktuellen oder potenziellen Konkurrenz.

45. Auf dem schweizerischen Markt für die Herstellung von Margarine für Grossverbraucher bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

einer marktbeherrschenden Stellung (vgl. Art. 10 Abs. 1 KG). Das Zusammenschlussvorhaben ist als unbedenklich anzusehen. Die Voraussetzungen für die Einleitung eines Prüfungsverfahrens sind nicht gegeben.

C Ergebnis

46. Aus den genannten Gründen ergeben sich keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung

B 2.3

5. PKS Media S.à.r.l./SBS Broadcasting S.A.

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

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

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

Stellungnahme der Wettbewerbskommission vom 13. September 2005

A Sachverhalt

1. Am 5. September 2005 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die PKS Media S.à.r.l. (PKS), die SBS Broadcasting S.A zu übernehmen.

2. Die PKS Media S.à.r.l. wird von der Permira Holdings Limited (Permira) und Kohlberg Kravis Roberts & Co. L.P. (KKR) gemeinsam kontrolliert. Die PKS wurde ausschliesslich für die Akquisition der SBS errichtet und hatte vor der Transaktion keine Geschäftstätigkeit.

3. Die Permira Holdings Limited kontrolliert Private Equity Funds (Permira Europe II Funds und Permira Europe III Funds).

4. In der Folge werden nur jene indirekt durch die Permira Holdings Limited kontrollierten Unternehmen aufgeführt, welche in der Schweiz eine Tätigkeit haben und in der Schweiz somit einen Umsatz erzielen:

[...]

5. Die KKR ist eine Private Equity-Investment-Gesellschaft. Sie ist an verschiedenen Unternehmen beteiligt. Jedoch erwirtschaften nicht alle diese Gesellschaften einen Umsatz in der Schweiz. In der Folge werden deshalb nur die für den Schweizer Markt relevanten Unternehmen aufgeführt:

[...]

6. Die SBS Broadcasting S.A ist ein kommerzielles Sendunternehmen, welches über verschiedene Tochtergesellschaften gebührenfreie Sendungen sowie Pay TV und Radioprogramme anbietet. Weiter publiziert sie die niederländische TV und Rundfunkzeitschrift "Veronica Magazine" und "Veronica Satellite" und offeriert zusätzlich so genannte "localisation services".

7. In der Schweiz ist die SBS in den Bereichen gebührenfreie Sendungen, Radio, Fernseh- und Rundfunkzeitschriften oder "localisation services" nicht tätig. Sie SBS Broadcasting bietet jedoch durch die C More, welche ihre Tochtergesellschaft ist, seit Frühjahr 2005 gewisse Dienstleistungen im Bereich der Pay-TV an, welche über das Netz der Cablecom AG ausgestrahlt wird. Weitere Aktivitäten der SBS oder der C More bestehen in der Schweiz, gemäss den Angaben in der Meldung, nicht.

B Erwägungen**B.1 Geltungsbereich**

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

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

B.1.1 Unternehmen

10. Als Unternehmen gelten sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Güter und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform (Art. 2 Abs. 1^{bis} KG). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

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

a) die Fusion von zwei oder mehr bisher voneinander unabhängigen Unternehmen;

b) jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen.

12. Ein Vorgang, durch den zwei oder mehr Unternehmen gemeinsam die Kontrolle über ein Unternehmen erlangen, das sie bisher nicht gemeinsam kontrollierten, stellt einen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b des Kartellgesetzes dar, wenn das Gemeinschaftsunternehmen auf Dauer alle Funktionen einer selbstständigen wirtschaftlichen Einheit erfüllt.

13. Die Permira und die KKR halten je 50% des zum Zweck der Übernahmen der SBS errichteten Unternehmens PKS. Für die Errichtung der PKS wurde ein Sale and Purchase Agreement (SPA) unterzeichnet. Die PKS wird für die Übernahme der SBS eine neue Gesellschaft nach niederländischem Recht errichten, die Dutch Newco I. Diese wird ihrerseits die Dutch Newco II errichten, welche ihrerseits die Dutch Newco III errichten wird. Diese wird die direkte Erwerberin der SBS sein.

14. Es handelt sich somit um den Erwerb der gemeinsamen Kontrolle, welche als Unternehmenszusammenschluss nach Artikel 4 Absatz 3 KG gilt.

B.1.4 Meldepflicht

15. Nach Artikel 9 Absatz 1 KG sind Vorhaben über Zusammenschlüsse von Unternehmen vor ihrem Voll-

zug der Wettbewerbskommission zu melden, sofern im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss:

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

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

16. Gemäss Artikel 5 VKU setzt sich der Umsatz der beteiligten Unternehmen aus denjenigen der eigenen Geschäftstätigkeit und den Umsätzen der Tochtergesellschaften, Muttergesellschaft, Schwesterunternehmen und der Gemeinschaftsunternehmen zusammen. Die Umsatzzahlen der Unternehmen, welche in Randziffer 4 und 5 aufgelistet sind und der Permira und der KKR angehören, müssen für die Berechnung des Jahresumsatzes der PKS mitberücksichtigt werden, da diese gegenüber der PKS Schwestergesellschaften sind.

17. Für die PKS, welche eben neu gegründet wurde, bestehen weder Jahresrechnungen noch -berichte.

18. Die KKR ist gemäss amerikanischem Gesetz nicht zur Publikation von Jahresrechnungen noch -berichten verpflichtet. In der Meldung wird jedoch schätzungsweise der weltweite Umsatz der KKR auf CHF [...] für das Jahr 2004 geschätzt. Für das Jahr 2004 erzielte die Permira einen weltweiten Umsatz von CHF [...] und die SBS einen Umsatz von CHF [...].

19. Die beteiligten Unternehmen erreichen somit einen weltweiten Gesamtumsatz von CHF [...], welcher den Schwellenwert von Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe a KG übersteigt.

20. Nach den Angaben der Meldung erzielte die KKR für das Jahr 2004 in der Schweiz einen Umsatz von ca. CHF [...] und die Permira einen Umsatz von ca. CHF [...]. Für die SBS sind noch keine Umsatzzahlen für den Schweizer Markt bekannt, da sie erst seit Frühjahr 2005 in der Schweiz tätig ist.

21. Der vorgegebene Mindestumsatz von Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe b ist erreicht, da diese Unternehmen gemeinsam einen Gesamtumsatz von CHF [...] in der Schweiz erzielen.

22. Die Umsätze der beteiligten Unternehmen überschritten im Jahr 2004 die unter Artikel 9 Absatz 1 KG genannten Aufgreifschwelen. Das Zusammenschlussvorhaben ist somit meldepflichtig.

B.2 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens nach erfolgter Vorprüfung

B.2.1 Relevanter Markt

23. Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden können (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

24. Im Bereich der Fernsehsendungen gilt es zu unterscheiden zwischen gebührenfreiem TV und Pay TV. Gemäss der Meldung bietet die SBS gebührenfreie Sendungen, Pay TV und Radioprogramme an und publiziert in den Niederlanden ein TV- und Rundfunkmagazin. In der Schweiz bietet die SBS jedoch nur Leistungen im Bereich des Pay TV, via ihre Tochtergesellschaft C More, an. Somit muss hier der sachlich relevante Markt auf das Pay TV abgegrenzt werden.

25. 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).

26. Die SBS bietet Pay TV sowie gebührenfreies TV in den Niederlanden, Ungarn, Schweden, Belgien, Norwegen, Dänemark, Rumänien und Finnland an. Im März 2005 wurde die C More durch die SBS übernommen. C More beliefert nun Schweden, Norwegen, Finnland, Dänemark und seit Frühjahr 2005 auch die Schweiz mit Pay TV.

27. Im RPW 2005/2, Seite 370, Randziffer 81 ff., wurde festgehalten, dass Pay TV-Angebote aus rechtlichen, kulturellen und sprachlichen Gründen regelmässig nur national verbreitet werden. In Bezug auf den deutschen Sprachraum sind diese Schranken nicht auf sprachliche und kulturelle Differenzen zurückzuführen. Die landesübergreifende Verbreitung des Angebotes wird durch die verschiedenen rechtlichen Normierungen verhindert. Somit ist nur der Schweizer Markt zu berücksichtigen. Im oben erwähnten RPW-Entscheid wird ferner festgehalten, dass wegen der verschiedenen Sprachregionen in der Schweiz der räumlich relevante Markt regional abgegrenzt werden muss. Demzufolge kann auch im vorliegenden Fall der relevante Markt regional abgegrenzt werden.

28. Gemäss den Angaben der Meldung soll der Marktanteil der C More in der ganzen Schweiz im Jahr 2005 ca. [...] betragen. Der gewonnene Marktanteil im Bereich des Pay TV ist somit irrelevant und bringt keine Veränderungen auf dem relevanten Markt mit sich.

29. Zu beachten ist zusätzlich, dass die Tochtergesellschaften der Permira und der KKR, welche neben der SBS in der Schweiz aktiv sind, in anderen Geschäftsbereichen tätig sind.

30. Das Vorhaben beeinflusst den Schweizer Markt insofern nicht, da sich die Marktanteile der Unternehmen durch den Zusammenschluss nicht ändern. In der Tat gibt es keine Überschneidungen in den Geschäftsbereichen der Permira und der KKR mit denjenigen der SBS. Demzufolge wird keine marktbeherrschende Stellung geschaffen oder verstärkt.

C. Ergebnis

31. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung in der Schweiz begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses nach Artikel 10 KG sind daher nicht gegeben.

B 2.3

6. Galenica SA/Alliance Uni-Chem

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 7. März 2005

A Sachverhalt

A.1 Das Vorhaben und die Parteien

1. Am 11. Februar 2005 hat die Wettbewerbskommission (Weko) die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten, wonach die Galenica SA (Galenica) und die Alliance UniChem plc. (AU) beabsichtigen, die drei zwischen diesen beiden Gesellschaften bestehenden Joint Ventures, namentlich die GaleniCare Holding AG (GaleniCare), die Alloga AG (Alloga) und die Alloga Luxemburg SA (Alloga Lux.), dergestalt aufzulösen. Die Galenica wird über GaleniCare sowie über Alloga die alleinige Kontrolle inne haben, währenddem die Alloga Lux. neu zu 100% von AU kontrolliert werden wird.

2. Ausschlaggebend für diesen Entscheid sind einerseits Überlegungen der Parteien, wonach das Prewholesale-Geschäft in Zukunft aus Effizienzgründen organisatorisch näher an das Grossistengeschäft herangerückt werden müsse, andererseits soll die GaleniCare als wichtige Kundin der Galenica-Grossistenkette Gallexis stärker in den Konzern eingebunden werden, um mögliche Synergien besser zu nutzen.

3. Basierend auf dem am 22. November 1999 zwischen Galenica und AU geschlossenen Master Agreement, mittels welchem eine Zusammenarbeit im europäischen und schweizerischen Prewholesale-Markt sowie der Aufbau und Betrieb eines eigenständigen Apothekennetzwerkes vereinbart wurde, verkaufte die Galenica in der Folge 49% der Tochtergesellschaft Alloga (dazumal noch "Galenica Vertretungen AG") an AU, brachte ihre Apothekengruppe in das Gemeinschaftsunternehmen GaleniCare (dazumal noch "Medicount AG") ein und wurde ihrerseits mit 49% an der Alloga Lux. beteiligt. Im Jahre 2003 wurden die Beteiligungen der Galenica an der Alloga und an der Alloga Lux. auf 80% erhöht, die gemeinsame Kontrolle aber beibehalten. Die damalige Situation ist in Abbildung 1 dargestellt.

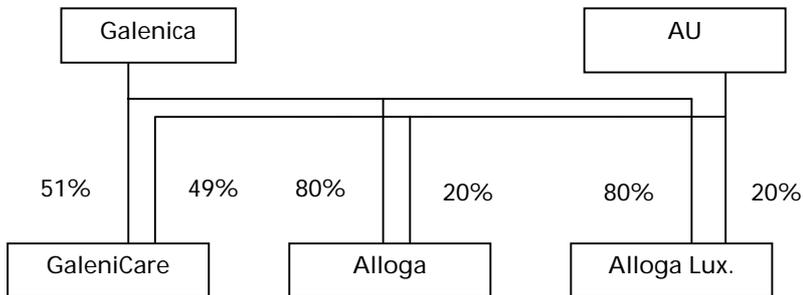


Abbildung 1

4. Mit der Beendigung der drei Joint Ventures werden somit wieder die ursprünglichen Beherrschungsver-

hältnisse, wie sie vor 1999 bestanden, hergestellt (vgl. Abbildung 2).

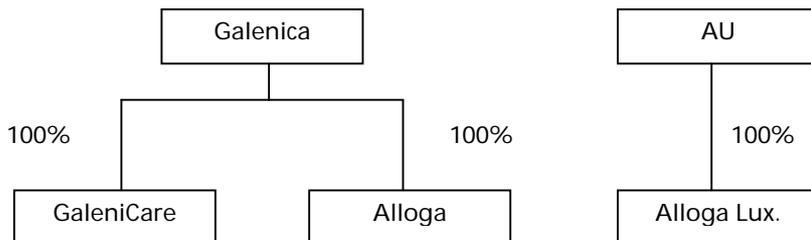


Abbildung 2

A.2 Am Zusammenschluss beteiligte Unternehmen

5. Am Zusammenschluss beteiligte Unternehmen sind die Galenica als kontrollierendes Unternehmen sowie die Alloga und die GaleniCare als kontrollierte Unternehmen.

6. Die Galenica Gruppe teilt sich in zwei Geschäftsbereiche auf, den Bereich Pharma und den Bereich Santé

(vgl. Abbildung 3). Im Geschäftsbereich Santé sind Prewholesale-, Wholesale- und Retail-Unternehmungen tätig. Galenica ist folglich im Bereich der Medikamentendistribution stark vertikal integriert. Zudem gehören verschiedene Unternehmen im Bereich "Health Care"-Information zum Bereich Santé. Im Folgenden soll der Tätigkeitsbereich der einzelnen Unternehmen der Galenica Gruppe kurz erläutert werden.

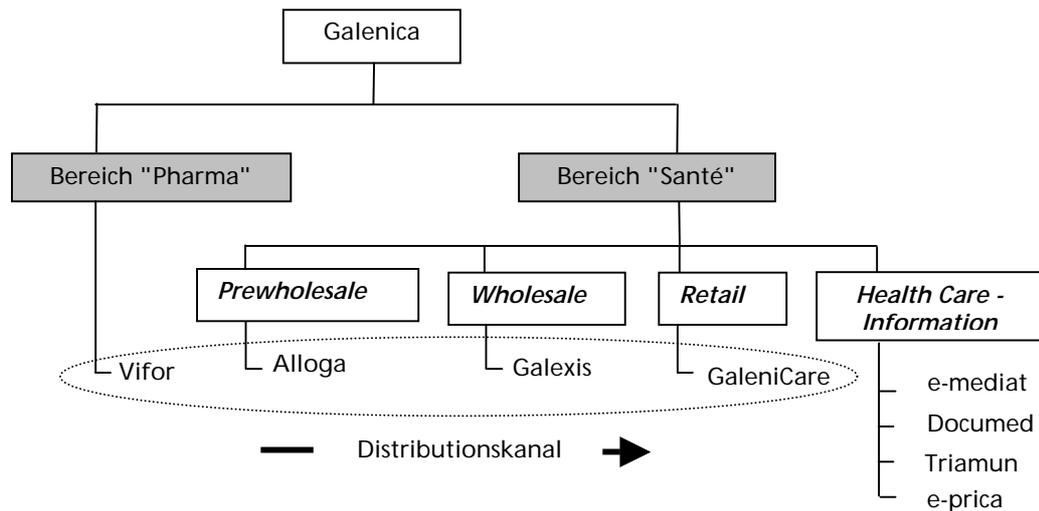


Abbildung 3

7. Die Vifor (International) AG gehört zum Geschäftsbereich Pharma. Sie entwickelt, produziert und vertreibt pharmazeutische Produkte. Eine erfolgreiche Spezialisierung hat insbesondere im Bereich für Eisenpräparate stattgefunden.

8. Alloga ist ein auf der Stufe Prewholesale tätiges Logistikunternehmen, das im Markt für pharmazeutische Produkte tätig ist. Als Logistikunternehmen arbeitet Alloga im Auftrag von Pharmaherstellern, welche sich entschlossen haben, ihre Logistik auszugliedern. Die Prewholesale-Stufe ist zwischen den Herstellern und den Grossisten angesiedelt.

9. Die Galexis AG ist als Pharmagrossistin tätig. Als Lieferantin von Pharmaprodukten beliefert sie Apotheken, Drogerien und selbstdispensierende Ärzte (Retailgeschäft). Die Galexis verfügt mit ca. 40% Marktanteil über eine starke Position im Wholesalebereich.

10. Die GaleniCare ist Eigentümerin von Apotheken und hält Beteiligungen an solchen. Überdies ist sie im Retailgeschäft tätig. Des Weiteren gehören zur GaleniCare die Winconcept AG, welche Beratungs- und Marketingdienstleistungen für von der GaleniCare unabhängige Apotheken anbietet.

11. Zu den "Health Care"-Information anbietenden Unternehmen gehören die e-mediat AG, die Documed AG, die Triamun AG und die e-prica AG. In diesem Geschäftsbereich geht es um den Unterhalt von um-

fassenden Datenbanken, Publikation von Arzneimittelinformationen, online-basierte Managementlösungen für Arztpraxen sowie mobile Identifikations- und Sicherheitssysteme, die den sicheren Austausch von Gesundheitsdaten über das Internet erlauben.

12. Bis anhin wurde die Kontrolle über die im Prewholesale tätigen Alloga und Alloga Lux. sowie über die im Retailgeschäft tätige GaleniCare gemeinsam mit der AU ausgeübt. AU ist eine der international, insbesondere im europäischen Raum, führenden Pharmagross- und Detailhändlerinnen. So betreibt sie mit über 1'150 Apotheken das drittgrösste Apothekennetzwerk Europas und gilt als zweitgrösste Pharmagrosshändlerin Europas.

13. Die beabsichtigte Beendigung des europäischen Teils der Joint Ventures (Alloga Lux. fällt zu 100% an AU), welche sich überdies nicht auf die Schweiz auswirkt, ist mangels Überschreiten der EU-Grenzwerte - die EU-Kommission legte der Berechnung dieser das Nettoprinzip (vgl. Rz. 25) zugrunde - nicht meldepflichtig.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

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

oder sich an Unternehmenszusammenschlüssen beteiligen (Art. 2 KG).

B.1.1 Unternehmen

15. Als Unternehmen gelten alle selbstständigen Einheiten, die sich als Produzenten von Gütern oder Dienstleistungen am Wirtschaftsprozess beteiligen und im konkreten Fall als Anbieter oder Nachfrager auftreten (Botschaft zum KG, Sonderdruck, S. 66). Die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen sind als solche Unternehmen zu qualifizieren.

B.1.2 Unternehmenszusammenschluss

16. Als Unternehmenszusammenschluss gilt jeder Vorgang, wie namentlich der Erwerb einer Beteiligung oder der Abschluss eines Vertrages, durch den ein oder mehrere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Kontrolle über ein oder mehrere bisher unabhängige Unternehmen oder Teile von solchen erlangen (Art. 4 Abs. 3 Bst. b KG). Die Unterscheidung zwischen alleiniger und gemeinsamer Kontrolle ist von Bedeutung, weil ein Wechsel von gemeinsamer zu alleiniger Kontrolle den Tatbestand des Zusammenschlusses in Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG ebenfalls erfüllt (DUCREY, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht V/2, S. 239).

17. In casu handelt es sich sowohl bei der GaleniCare als auch bei der Alloga um unabhängige Unternehmen. Bezüglich der GaleniCare bestehen beinahe paritätische Beteiligungen von AU und Galenica. Diese sind zudem mit Vetorechten für die Verwaltungsratsvertreter der AU für geschäftspolitisch wichtige Beschlüsse sowie einem 2/3-Quorum in der Generalversammlung abgesichert. Bezüglich der Alloga besteht für die AU neben den Vetorechten für die Verwaltungsratsvertreter ein Quorum von 9/10 für wichtige Generalversammlungsbeschlüsse. Es liegt somit bei der alleinigen Kontrollübernahme an diesen beiden Unternehmen durch die Galenica ein Unternehmenszusammenschluss im Sinne des Kartellgesetzes vor.

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

18. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Artikel 3 Absatz 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.3 Meldepflicht

19. Vorab muss die Frage beantwortet werden, ob es sich bei der Auflösung der beiden Joint Ventures um einen oder um zwei Sachverhalte handelt. Die Parteien stellen sich auf den Standpunkt, dass es sich um zwei Sachverhalte handelt und diese aus wettbewerbsrechtlicher Sicht getrennt betrachtet werden sollten. Zwar sei das Eingehen und das Beenden der Joint Ventures der Einfachheit halber jeweils in einem Vertrag geregelt worden. Es seien jedoch verschiedene relevante Märkte betroffen und die Zukunft der Gemeinschaftsunternehmen sei getrennt voneinander analysiert worden, so dass die Willensbildung für die Auflösung der Joint Ventures unabhängig voneinander geschehen sei.

20. Am 1. Februar 2005 wurde zwischen der Galenica und der AU vereinbart, die 1999/2000 eingegangenen Joint Ventures zu beenden. Den Parteien hätte es frei gestanden, die Auflösung der Joint Ventures in zwei Verpflichtungsgeschäften zu vereinbaren. Die Parteien haben jedoch nur ein Verpflichtungsgeschäft geschlossen, was als Indiz für einen Sachverhalt spricht. Des Weiteren führt das meldende Unternehmen an, dass die Zukunft der Gemeinschaftsunternehmen getrennt voneinander betrachtet wurde. Gemäss Medienmitteilung vom 2. Februar 2005 wurde das Verpflichtungsgeschäft vom 1. Februar 2005 jedoch im Hinblick auf die Zukunft der ganzen Galenica Gruppe geschlossen. Gemäss dieser Mitteilung hat die Galenica dadurch die Möglichkeit, sich auf ihre Stärken zu konzentrieren und Synergien voll zu nutzen. Das Argument einer getrennten Betrachtung der Gemeinschaftsunternehmen ist daher nicht stichhaltig, geht es doch vielmehr um die Zukunft der gesamten Gruppe. Schliesslich stellen sich die Parteien auf den Standpunkt, dass zwei verschiedene sachlich relevante Märkte betroffen seien. Zwar sind tatsächlich zwei beziehungsweise mehrere verschiedene sachlich relevante Märkte betroffen (vgl. B.4.1.1, B.4.2.1.a und B.4.2.2), dies kann jedoch nicht als Argument für die Beurteilung, ob es sich um einen oder um zwei Sachverhalte handelt, dienen. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass es sich um einen Sachverhalt handelt.

21. Der konsolidierte Nettoumsatz der Galenica Gruppe (kontrollierendes Unternehmen) belief sich im Jahr 2003 weltweit auf CHF 2'700 Mio. Davon entfiel auf die Schweiz ein Umsatz von CHF 2'461 Mio. Für die Schwellenwerte gemäss Artikel 9 Absatz 1 KG sind jedoch die Umsätze des letzten Geschäftsjahres vor dem Zusammenschluss relevant, vorliegend die Umsätze für das Jahr 2004. Da die definitiven Umsätze für das Jahr 2004 noch nicht vorliegen, werden die Schätzungen der Galenica Gruppe für das Jahr 2004 herangezogen. Gemäss Medienmitteilung vom 2. Februar 2005 wird sich der weltweite Umsatz der Galenica Gruppe auf CHF 2'921 Mio. belaufen. Welcher Anteil davon auf die Schweiz entfällt, ist nicht bekannt. Da die Umsätze der Galenica Gruppe im Geschäftsjahr 2004 allgemein gestiegen sind, kann davon ausgegangen werden, dass die Umsätze der Galenica Gruppe in der Schweiz im Jahr 2004 höher sind als CHF 2'461 Mio.

22. Der konsolidierte Umsatz der GaleniCare (kontrolliertes Unternehmen) belief sich gemäss Jahresbericht 2003 der Galenica Gruppe in der Schweiz auf CHF 271 Mio. Für die Umsätze des Geschäftsjahres 2004 wird wieder auf die Schätzungen der Medienmitteilung vom 2. Februar 2005 der Galenica abgestellt. Demnach wird der Umsatz, der auf das Retailgeschäft entfällt, auf CHF 292 Mio. geschätzt.

23. Durch den gemeinsamen schweizweiten Umsatz von über CHF 2'753 Mio. ist der Schwellenwert von Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe a KG (Umsatz der beteiligten Unternehmen, der auf die Schweiz entfällt, muss insgesamt mindestens CHF 500 Mio. betragen) bereits ohne den Umsatz der Alloga überschritten.

Diese erreicht gemäss Jahresbericht der Galenica Gruppe 2003 einen konsolidierten Umsatz in der Schweiz von CHF 1'043 Mio. Gemäss Medienmitteilung wird sich der Umsatz im Jahr 2004 auf CHF 1'250 Mio. belaufen.

24. Die Parteien stellen sich jedoch auf den Standpunkt, wonach der Umsatz der Alloga gemäss "Nettoprinzip" und nicht gemäss "Bruttoprinzip" berechnet werden sollte. Aufgrund dieses Prinzips würde sich der Erlös aus dem Prewholesale-Geschäft im Jahre 2004 auf einen weitaus tieferen Betrag belaufen. Nachfolgend wird kurz auf den Unterschied zwischen dem Netto- und dem Bruttoprinzip eingegangen.

25. Der Umsatz der Alloga setzt sich aus zwei Komponenten zusammen, nämlich aus dem Umsatz der von ihr an die Hersteller erbrachten Dienstleistungen und aus den Umsätzen mit den pharmazeutischen Produkten (Bruttoprinzip). Da die Prewholesale-Anbieter nebst Lagerung und Vertrieb auch die Rechnungsstellung und die Inkassodienstleistungen für die Hersteller erbringen (vgl. Rz. 33), entfällt der grösste Teil des Umsatzes der CHF 1'250 Mio. auf den Umsatz mit pharmazeutischen Produkten. Die Alloga fakturiert dabei die Preise nach den Anweisungen der Hersteller. Gemäss dem von den Parteien eingereichten Distributionsmustersvertrag gehen die Umsätze, die aus dem Verkauf der Produkte erzielt werden, jedoch an den Hersteller über. Die Alloga erhält lediglich einen Fixbetrag pro erbrachte Dienstleistung vom Hersteller. Würde nun der Umsatz der Alloga nur aus dem Umsatz der durch die Alloga an die Hersteller erbrachten Dienstleistung berechnet, so würde sich dieser für das Jahr 2003 auf CHF [...] Mio. beziehungsweise CHF [...] Mio. für das Jahr 2004 belaufen (Nettoprinzip).

26. Mit Schreiben vom 4. Februar 2005 hat die europäische Wettbewerbsbehörde das Nettoprinzip anerkannt, weshalb die Übernahme der Alloga Lux. durch die AU auch nicht meldepflichtig war. Des Weiteren hat die Recherche der Weko ergeben, dass verschiedene schweizerische Prewholesale-Anbieter auch das Nettoprinzip anwenden.

27. Unter Randziffer 23 wurde festgestellt, dass die Schwellenwerte von Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe a KG auch ohne den Umsatz der Alloga bereits erfüllt sind. Daher kann die Frage offen gelassen werden, ob vorliegend das Netto- oder das Bruttoprinzip zur Anwendung gelangen müsste.

28. Ein Zusammenschluss ist gemäss Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe b KG meldepflichtig, wenn mindestens zwei der beteiligten Unternehmen einen Umsatz in der Schweiz von je mindestens CHF 100 Mio. erzielen. Die Galenica erzielte in der Schweiz im Geschäftsjahr 2004 einen Umsatz von mehr als CHF 2'461 Mio. (vgl. Rz. 21). Die GaleniCare erzielte ihrerseits in der Schweiz einen Umsatz von CHF 292 Mio. Der Schwellenwert von Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe b KG ist daher erfüllt.

29. Aufgrund der oben gemachten Überlegungen untersteht der Kontrollzusammenschluss somit der Meldepflicht gemäss Artikel 9 KG.

B.4 Beurteilung der kontrollierten Unternehmen

30. Im Folgenden wird auf die beiden Joint Ventures getrennt eingegangen, weil verschiedene relevante Märkte zur Diskussion stehen. Um die voraussichtliche Stellung auf den jeweiligen, eventuell betroffenen Märkten zu eruieren, müssen vorab die relevanten Märkte, in denen die Alloga und die GaleniCare tätig sind, in sachlicher und räumlicher Hinsicht abgegrenzt werden.

B.4.1 Relevanter Markt der Alloga

B.4.1.1 Sachlich relevanter Markt

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

32. Bei der Alloga handelt es sich um ein Logistikunternehmen für pharmazeutische Produkte auf der Prewholesale-Stufe. Prewholesale (PWS) kann als Zwischenstufe zwischen Hersteller und Pharmagrosshandel bezeichnet werden. PWS-Anbieter bieten Herstellern von pharmazeutischen Produkten, welche sich auf ihr Kerngeschäft (Forschung und Entwicklung) konzentrieren möchten, die Möglichkeit, ihre Logistik auszugliedern. Als Marktgegenseite der PWS-Anbieter müssen folglich die Pharmaproduzenten bezeichnet werden.

33. Das Hauptangebot eines PWS-Anbieters besteht daher in den Dienstleistungen der Lagerung und der Vertriebslogistik. Daneben bieten die meisten PWS-Anbieter verschiedene weitere Dienstleistungen an, die jedoch in der Regel nur im Zusammenhang mit den Haupttätigkeiten einen Sinn machen. So zum Beispiel das Bestellwesen, die Administration, die Rechnungsstellung und das Inkasso sowie allenfalls die Auslieferung an Kunden. Nicht alle PWS-Anbieter, insbesondere auch die Alloga, verfügen über eigene Transportmöglichkeiten. Der Transport der Pharmaprodukte selbst ist folglich keine typische Dienstleistung eines PWS-Anbieters und wird oftmals auf spezialisierte Transportunternehmen ausgelagert.

34. PWS-Anbieter handeln als Kommissionär im Sinne von Artikel 425 ff. OR, das heisst als indirekte Stellvertreter. Wirtschaftlich wird damit erreicht, dass sich der Käufer (Pharmagrossist) und der Verkäufer (Pharmahersteller) nicht zu kennen brauchen. Gemäss dem von den Parteien eingereichten Mustersvertrag bleibt der Hersteller Eigentümer der Produkte bis zum Eigentumsübergang auf den Kunden. Der PWS-Anbieter ist gemäss diesem Vertrag zu keinem Zeitpunkt Eigentümer der Produkte. Er erbringt lediglich eine Dienstleistung.

35. Es stellt sich die Frage, ob solche PWS-Dienstleistungen nur von spezialisierten Unternehmen erbracht werden können oder ob aus Sicht der Pharmahersteller Substitute vorhanden sind. Erstens ist abzuklären, ob der Grosshandel als Substitut für PWS-Dienstleistungen gelten kann. Dazu ist anzumerken, dass die Tätigkeit des Grossisten hauptsächlich die

Feinverteilung von Pharmaprodukten an den Detailhandel (Apotheken, Drogerien, selbstdispensierende Ärzte, Spitäler) umfasst. Der Transport stellt für den PWS-Anbieter, wie bereits erwähnt, nur eine Nebenleistung dar, die gewisse Unternehmen zudem auslagern. Es kann folglich geschlossen werden, dass die Dienstleistungen, die vom Grosshandel erbracht werden, nicht mit den PWS-Dienstleistungen substituierbar sind.

36. Oftmals ist für den Grossisten die Zwischenstufe des Prewholesales nicht einmal erkennbar. So stellen die meisten PWS-Anbieter einen Bestellservice zur Verfügung, der jedoch grundsätzlich auf den Namen des Herstellers betrieben wird. Nur ausnahmsweise tritt der PWS-Anbieter unter eigenem Namen in Erscheinung, jedoch immer in Rechnung des Herstellers. Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn ein Grossist bei kleinen Herstellern bestellt, die sich zu einem "Bestellservicepool" zusammengeschlossen haben.

37. Zweitens haben Pharmahersteller die Möglichkeit, die Vertriebslogistik selbst vorzunehmen (sog. "in house"-Lösung). Aus Sicht eines Pharmaunternehmens stellt jedoch die "in house"-Lösung eines Konkurrenten keine Alternative zu einem PWS-Anbieter dar. Dieser übernimmt lediglich die eigene Vertriebslogistik, bietet eine entsprechende Dienstleistung jedoch nicht anderen Konkurrenten an. Entscheidet sich ein Pharmaunternehmen, seine Vertriebslogistik auszugliedern, so kann diese Leistung nur ein PWS-Anbieter übernehmen. Die "in house"-Lösung der Konkurrenz stellt daher kein Substitut zu einem PWS-Anbieter dar.

38. Schliesslich könnten normale Logistikunternehmen Substitute zu PWS-Anbietern mit pharmazeutischen Produkten darstellen. Gemäss Artikel 28 HMG benötigt jedoch eine Bewilligung des Instituts (Swissmedic), wer mit Arzneimitteln Grosshandel betreibt. Diese Bewilligung wird erteilt, wenn die erforderlichen fachlichen und betrieblichen Voraussetzungen erfüllt sind und ein geeignetes Qualitätssicherungssystem vorhanden ist. Wer mit Arzneimitteln Grosshandel betreibt, muss die anerkannten Regeln der Guten Grosshandelspraxis einhalten. Der Bundesrat umschreibt die anerkannten Regeln der Guten Grosshandelspraxis näher. Er berücksichtigt dabei international anerkannte Richtlinien und Normen (Art. 29 HMG). Ein gewöhnliches Logistikunternehmen, das diese spezifischen Voraussetzungen nicht erfüllt, kann folglich kein Substitut zu den auf pharmazeutische Produkte spezialisierten PWS-Anbietern darstellen.

39. Aufgrund der dargelegten Überlegungen gibt es aus Sicht der Nachfrager keine Substitute zu den Logistikdienstleistungen, wie sie von den PWS-Anbietern erbracht werden. Der sachlich relevante Markt ist daher so zu definieren, dass er die PWS-Dienstleistungen für pharmazeutische Produkte erfasst.

B.4.1.2 Räumlich relevanter Markt

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

41. Die Marktgegenseite stellen nationale und internationale Pharmaunternehmen dar, die den Vertrieb auslagern. PWS-Anbieter, die in der Schweiz ihre Dienstleistung erbringen möchten, benötigen, wie bereits erwähnt, eine Bewilligung von Swissmedic. Diese erteilt gemäss Artikel 28 HMG Bewilligungen für den Grosshandel in der Schweiz. Damit die Zuständigkeit von Swissmedic für die Bewilligung überhaupt begründet wird, bedarf ein PWS-Anbieter zumindest einer Niederlassung in der Schweiz (Territorialitätsprinzip).

42. Aufgrund dieser Überlegungen wird der räumlich relevante Markt auf die Schweiz eingegrenzt, was von allen befragten PWS-Anbietern auch bestätigt wurde.

B.4.1.3 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

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

44. Vorliegend ist zu prüfen, ob der Marktanteil der Alloga auf dem Markt für Logistikdienstleistungen für pharmazeutische Produkte 30% oder mehr beträgt. Die Galenica schätzt den Marktanteil der Alloga auf ca. 25%. Sie hat in dieser Berechnung jedoch "in house"-Lösungen als Substitute für PWS-Anbieter miteinbezogen. Gemäss Galenica kann davon ausgegangen werden, dass ca. 50% des Absatzvolumens der pharmazeutischen Industrie über PWS-Anbieter abgewickelt werden. Diese Schätzung wird von anderen befragten Akteuren auf dem PWS-Markt bestätigt. Wie jedoch in Randziffer 37 ausgeführt, kann eine "in house"-Lösung nicht als Substitut für einen PWS-Anbieter betrachtet werden. Dies würde folglich bedeuten, dass die Alloga, basierend auf ihrer eigenen Schätzung, über einen Anteil von ca. 50% im PWS-Markt verfügt.

45. Eine exakte Berechnung der Marktanteile der Alloga sowie ihrer Konkurrentinnen gestaltet sich infolge fehlender statistischer Grundlagen als problematisch. Ein erster Anhaltspunkt zur Bestimmung der auf dem Markt tätigen Unternehmen könnten jedoch die von Swissmedic ausgestellten Bewilligungen liefern. Ende 2003 waren ca. 1'200 solcher Grosshandelsbewilligungen ausgestellt. Allerdings wird bei der Ausstellung dieser Bewilligungen nicht unterschieden, ob es sich beim Gesuchsteller um einen PWS-Anbieter oder einen Grossisten handelt. Gemäss Angaben der Galenica kann aber davon ausgegangen werden, dass auf dem PWS-Markt nur vier Unternehmen mit Marktanteilen von ca. 10% oder mehr tätig sind. Dies sind die Alloga selbst, die Globopharm AG, Voigt Industrie

Service AG und die Planzer Holding AG. Daneben besteht eine Vielzahl kleiner PWS-Anbieter, die individuell und insgesamt jedoch eher über bescheidene Marktanteile verfügen. Diese Angaben werden auch von den anderen befragten PWS-Anbietern bestätigt.

46. Als Grösse zur Bestimmung der Marktanteile der einzelnen Unternehmen würde sich in erster Linie der erwirtschaftete Bruttoumsatz anbieten, da dieser in Beziehung zum Absatzvolumen der pharmazeutischen Industrie gesetzt werden kann. Solche Zahlen wären jedoch nur mit grossem Aufwand zu erheben. Einerseits, weil verschiedene Unternehmen ihre Buchhaltung gemäss dem Nettoprinzip (vgl. Rz. 25) führen. Andererseits sind gewisse Unternehmen nicht nur als PWS-Anbieter im Pharmabereich tätig, sondern bieten auch für andere Branchen Logistikdienstleistungen an, was interne, buchhalterische Abgrenzungsprobleme mit sich bringt.

47. Es müssen folglich andere Indikatoren zur Bestimmung der Marktanteile herangezogen werden. Die Galenica schlägt vor, sich auf die vorhandenen Lagerkapazitäten (in m²) sowie auf die Anzahl Kunden der einzelnen Unternehmen abzustützen. So verfügt zum Beispiel die Globopharm AG, die stärkste Konkurrentin der Alloga, gemäss ihrer Homepage über ein Zentrallager von 9'000 m² und zählt 15 Hersteller zu ihren Kunden. Im Vergleich dazu erbringt die Alloga für 31 Pharmahersteller PWS-Dienstleistungen. Basierend auf diesem Ansatz schätzt die Galenica für die vier grossen PWS-Anbieter in der Schweiz die in Tabelle 1 (Spalte "Alloga") festgehaltenen Marktanteile.

	<i>Marktanteile (Schätzungen der einzelnen Unternehmen)</i>			
	<i>Alloga</i>	<i>Voigt</i>	<i>Doetsch</i>	<i>Amedis</i>
Alloga	50%	40%	60%	55%
Globopharm	10%-15%	15%	30%	-
Voigt	10%	15%	-	-
Planzer	5%	10%	-	-

Tabelle 1

48. Die Befragung verschiedener schweizerischer PWS-Anbieter scheint die von der Galenica geschätzten Marktanteile zu bestätigen (vgl. Tabelle 1; Spalten "Voigt", "Doetsch", "Amedis"). So geht die Voigt Industrie Service AG, eine Hauptkonkurrentin der Alloga, von einem Marktanteil der Alloga von 40% aus. Zwei weitere kleine Anbieter von PWS-Dienstleistungen, die Doetsch Grether AG sowie die Amedis-UE AG, schätzen den entsprechenden Marktanteil auf 60% beziehungsweise auf 55%.

49. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass zur Berechnung der Marktanteile im PWS-Markt im Rahmen der vorläufigen Prüfung nicht auf eine ein-

deutige Methode abgestellt werden kann. Basierend auf verschiedenen Indikatoren wie dem Bruttoumsatz, der vorhandenen Lagerkapazitäten, der Anzahl Kunden der Alloga sowie den Einschätzungen anderer PWS-Anbieter, kann jedoch geschlossen werden, dass der Marktanteil der Alloga mit ca. 50% beziffert werden kann. Es muss folglich vorliegend von einem betroffenen Markt ausgegangen werden.

I Aktueller Wettbewerb

50. Wie bereits oben dargelegt, sind momentan auf dem PWS-Markt vier grössere Anbieter tätig (vgl. Tabelle 1). Daneben besteht eine Vielzahl kleiner PWS-Anbieter, die sich ca. 20% des Marktes teilen. Konkret benannt wurden von der Galenica sowie von den befragten Konkurrentinnen weitere acht PWS-Anbieter, wobei in der Regel darauf aufmerksam gemacht wurde, dass die entsprechenden Aufzählungen nicht abschliessend sind.

51. Auch wenn die Alloga mit einem Anteil von 50% im PWS-Markt eine sehr starke Stellung inne hat, scheint sie nicht in der Lage zu sein, diese in einer antikompetitiven Weise auszunützen. Dafür sprechen die in den letzten Jahren erfolgten Markteintritte. Insbesondere für Unternehmen aus der Speditionsbranche muss der PWS-Markt als attraktiv bezeichnet werden, da sie ihr Geschäft relativ einfach auf diesen Bereich ausdehnen können. Dies beweist beispielsweise der erfolgreiche Markteintritt der Planzer Holding AG, die erst seit zwei Jahren als PWS-Anbieter im Pharmabereich tätig ist. Aber auch für Unternehmen aus der Pharmabranche, insbesondere die Grossisten, scheint der Eintritt in den PWS-Markt eine Option zu sein. So baut die Amedis-UE AG, die bis anhin einen sehr kleinen Anteil im PWS-Markt hatte (< 1%), momentan in der Westschweiz neue Lager mit beachtlichen Kapazitäten.

52. Des Weiteren kann auch von einem funktionierenden Preiswettbewerb im PWS-Markt ausgegangen werden. Nach Angaben der Galenica werden Outsourcing-Projekte von den Pharmaherstellern in kompetitiven Verfahren ausgeschrieben. Dies fördert einerseits den Wettbewerb zwischen den PWS-Anbietern und wirkt sich andererseits disziplinierend auf die Preise aus, da PWS-Dienstleistungen nur dann extern bezogen werden, wenn gegenüber der bestehenden "in house"-Lösung Kostenvorteile resultieren. Die Alloga gibt an, im Durchschnitt nur bei jeder vierten Offerte den Zuschlag zu erhalten, was weiter gegen die Möglichkeit einer dominanten Marktstellung der Alloga spricht. Schliesslich charakterisieren auch andere PWS-Anbieter, zum Beispiel die Setz Gütertransport AG, den betroffenen Markt, vor allem im Bereich der Dienstleistungspreise, als umkämpft.

53. Die Weko kommt aus den dargelegten Gründen zum Schluss, dass auf dem PWS-Markt aktueller Wettbewerb besteht.

II Potenzieller Wettbewerb

54. Weitere Marktzutritte sind einerseits, wie bereits erwähnt, von Pharmagrossisten und andererseits von bestehenden Unternehmen aus der Speditionsbranche

zu erwarten, deren Infrastruktur relativ leicht den Anforderungen des PWS-Geschäftes angepasst werden kann. Dabei braucht ein Logistikunternehmen solche PWS-Dienstleistungen nicht unbedingt einer breiten Palette von Pharmaherstellern anzubieten, sondern kann sich im Sinne einer Spezialisierung auch auf einzelne Kunden beschränken.

55. Effektive Markteintrittsschranken können im PWS-Markt keine identifiziert werden. Zwar ist der Vertrieb von Arzneimitteln bewilligungspflichtig, wer jedoch die erforderlichen fachlichen und betrieblichen Voraussetzungen erfüllt und über ein geeignetes Qualitätssicherungssystem verfügt, erhält die entsprechende Bewilligung.

56. Weit wichtiger dürfte im PWS-Markt die Tatsache sein, dass nur eine begrenzte Anzahl von Pharmaherstellern existiert. Zurzeit werden ca. 50% des schweizerischen Absatzvolumens der pharmazeutischen Industrie über PWS-Anbieter abgewickelt. Damit dürfte die Sättigungsgrenze des PWS-Marktes noch nicht erreicht sein und es bleibt Raum für potenziellen Wettbewerb. Sollte jedoch der Punkt erreicht werden, an dem alle auslagerungswilligen Pharmahersteller ihre PWS-Dienstleistungen extern beziehen, muss damit gerechnet werden, dass sich der Wettbewerb zwischen den PWS-Anbietern abschwächt. Dies insbesondere, weil die Hersteller in der Regel mit den PWS-Anbietern relativ langfristige Verträge abschliessen (im Durchschnitt ca. drei Jahre), welche pro Produkt oder Produktkategorie exklusiv sind. Des Weiteren ist davon auszugehen, dass der Wechsel von einem PWS-Anbieter zu einem anderen infolge der Komplexität des Geschäftes mit relativ hohen Umstellungskosten, zum Beispiel im IT-Bereich, verbunden ist.

57. Abschliessend kann festgehalten werden, dass zurzeit aktueller sowie auch potenzieller Wettbewerb auf dem PWS-Markt herrscht. Aufgrund von "lock in"-Effekten ist jedoch zu erwarten, dass sich bei Erreichen der Marktsättigungsgrenze zumindest der potenzielle Wettbewerb abschwächen wird.

B.4.2 Relevante Märkte der GaleniCare

58. Bei den von der GaleniCare betriebenen Geschäften handelt es sich einerseits um Apotheken und andererseits um die Winconcept AG, über welche Marketingdienstleistungen für unabhängige Apotheken erbracht werden.

B.4.2.1 Apotheken

B.4.2.1.a Sachlich relevanter Markt

59. Die GaleniCare akquiriert Apotheken und baut Beteiligungen an solchen auf, um über ihr Apothekennetzwerk im Retailgeschäft tätig zu werden. Zur GaleniCare zählen 90 eigene sowie 11 aufgrund eines Gemeinschaftsprojekts mit Coop gehaltene Apotheken (Coop Vitality), bezüglich welchen sie die Kontrolle inne hat. Darüber hinaus verfügt GaleniCare über eine Minderheitsbeteiligung an der Pharmacie Principale, zu welcher acht Apotheken gehören.

60. Aufgrund der Tatsache, dass diese Apotheken wie Filialen geführt werden, was sich vor allem daran

zeigt, dass strategische Entscheidungen zentral durch das GaleniCare Management getroffen werden und die geschäftsführenden Apotheker in einem Anstellungsverhältnis zu dieser stehen, ergibt sich für die Weko, dass als Unternehmenstätigkeit das Betreiben des Retailgeschäfts und nicht das Tätigen von Akquisitionen anzusehen ist. Als Marktgegenseite der im Retailgeschäft tätigen GaleniCare sind folglich die Nachfrager, also die Kunden beziehungsweise Patienten der in den Apotheken vertriebenen Güter zu betrachten.

61. Die Parteien grenzen den sachlichen Markt unter Verweis auf bestehende Rechtsprechung der Weko (Zusammenschluss Migros/Globus, RPW 1997/3, S. 364, Coop/Waro, RPW 2003/3, S. 559) nach Produktgruppen ab. Gemäss dieser Abgrenzung wäre die GaleniCare in folgenden sachlich relevanten Märkten tätig:

- **Markt für Arzneimittel der Kategorien A-C:** Rezeptpflichtige Medikamente (Arzneimittel der Kategorien A und B) sowie Arzneimittel der Kategorie C werden zu einem Markt zusammengefasst, da diese sowohl von selbstdispensierenden Ärzten (sofern vom kantonalen Recht als zulässig erklärt) als auch von Apotheken vertrieben werden dürfen.
- **Markt für Arzneimittel der Kategorie D-E:** Diese Arzneimittel dürfen sowohl von Apotheken als auch selbstdispensierenden Ärzten (sofern vom kantonalen Recht als zulässig erklärt) und zusätzlich auch von Drogerien vertrieben werden.
- **Markt für parapharmazeutische Produkte:** Als parapharmazeutische Produkte werden dem Gesundheitsbereich zuzuschreibende Produkte, welche aber keine Arzneimittel im engeren Sinn darstellen, bezeichnet. Zum Beispiel Sporternährungsprodukte, Vitaminpräparate, aber auch Watte oder Windeln.
- **Markt für Parfümerie- und Kosmetikartikel**

62. Obwohl die Weko anerkennt, dass Apotheken auf der Produktebene ein vielfältiges Sortiment anbieten, welches in sich nicht substituierbar ist, scheint es aufgrund der nachfolgenden Überlegungen angezeigt, einen einzigen Markt zu definieren, nämlich einen Markt für den Zugang zum Vertriebskanal Apotheke für den Konsumenten.

63. Erstens kann der Verkauf rezeptpflichtiger Medikamente als klare Kernkompetenz der Apotheken identifiziert werden. So belegen statistische Erhebungen der Interpharma (Pharma-Markt Schweiz, Ausgabe 2004), dass ca. 80% des Gesamtumsatzes einer Apotheke auf den Verkauf rezeptpflichtiger Medikamente entfallen. Der Vertrieb anderer Produkte über den Vertriebskanal Apotheke ist als eine Zusatzdienstleistung gegenüber dem Retailkunden zu interpretieren. Im Unterschied zu den in Entscheiden betreffend den Detailhandel vorgenommenen Marktabgrenzungen kann in casu davon ausgegangen werden, dass eine Apotheke in der Regel mit der Absicht, Medikamente zu kaufen, betreten wird. Andere Artikel, seien es parapharmazeutische Produkte oder Parfüms/Kosmetikartikel, werden bei dieser Gelegenheit mitgekauft, sind wohl aber normalerweise nicht ur-

sächlich für den Entscheid, eine Apotheke aufzuzuschauen.

64. Zweitens ergeben sich mit dem von den Parteien gewählten Ansatz der Abgrenzung einzelner Produktgruppen verschiedene praktische Probleme. So müsste zum Beispiel sowohl der Bereich der parapharmazeutischen Produkte als auch derjenige für Parfümerie- und Kosmetikartikel einer detaillierten Untersuchung unterzogen werden, um festzustellen, welche Produkte über welche Vertriebskanäle erhältlich sind.

65. Aus Sicht des Konsumenten stellt sich des Weiteren die Frage, inwiefern selbstdispensierende Ärzte, Internetapotheken sowie Drogerien oder Parfümerien als Substitute zum Vertriebskanal Apotheke zu betrachten sind. Die Frage, ob der Zugang zum Vertriebskanal selbstdispensierender Ärzte mit dem Zugang zum Vertriebskanal Apotheken substituierbar ist, kann an dieser Stelle offen bleiben, da sich selbst bei der engeren Marktabgrenzung, die von der Weko verwendet wird, wie sich nachfolgend zeigt, keine betroffenen Märkte ergeben. Daneben können weder Drogerien, welche von Gesetzes wegen keine rezeptpflichtigen Medikamente verkaufen dürfen, noch Warenhäuser oder Parfümerien als Substitute zum Vertriebskanal Apotheke betrachtet werden. Internetapotheken ist zumindest eine partielle Substituierbarkeit - zu denken ist insbesondere an Medikamente zur Behandlung chronischer Krankheiten, die zum Voraus bestellt werden können - zuzusprechen. Allerdings scheinen Internetapotheken erst sehr kleine Marktanteile aufzuweisen, so dass davon auszugehen ist, dass sie das Ergebnis nicht in bedeutender Weise beeinflussen.

66. Die Weko grenzt den sachlich relevanten Markt somit auf den Zugang zum Vertriebskanal Apotheke ab.

B.4.2.1.b Räumlich relevanter Markt

67. GaleniCare kontrolliert Ende Februar 2005 101 (90 eigene und 11 über die Beteiligung an Coop Vitality) von den 1'666 vom schweizerischen Apothekenverband ausgewiesenen Apotheken. Diese können, um einen Überblick über die regionale Verteilung zu gewinnen, grob in die in Tabelle 2 aufgezählten Regionen gegliedert werden.

<i>Region</i>	<i>Anzahl GaleniCare-Apotheken</i>	
Genf	13	} Total Westschweiz/ Wallis: 46
Lausanne	15	
Jura-Neuchâtel	10	
Fribourg	5	
Wallis	3	
<hr style="border-top: 1px dashed black;"/>		
Zürich	16	} Total Deutschschweiz: 38
Ostschweiz	9	
Basel-Aargau	5	
Bern	5	
Luzern	3	
Total	84	

Tabelle 2 (Stand November 2004)

68. GaleniCare ist vorwiegend in städtischen Agglomerationen tätig. So sind ihr in Genf sechs (von 92), in Zürich sechs (von 111), in Lausanne acht (von 63) oder in Neuchâtel vier (von 15) Apotheken zuzurechnen. Daneben führt sie aber auch in einigen kleineren Ortschaften Apotheken.

69. Damit die Nachfrager von Angeboten der zur GaleniCare gehörenden Apotheken auf substituierbare Angebote ausweichen können, müssen deren Angebote räumlich gesehen erreichbar sein (ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Rz. 338, Bern, 1999). Dies führt aus Sicht der Parteien zur nachvollziehbaren Position, den geografisch relevanten Markt lokal abzugrenzen, da sie davon ausgehen, dass die Nachfrager grundsätzlich die nächstgelegene oder zumindest eine sich in der näheren Umgebung befindende Apotheke bevorzugen.

70. Als Konsequenz einer solch regionalen räumlichen Marktabgrenzung, zum Beispiel auf Ebene der einzelnen Gemeinden, ergibt sich ein Gefälle zwischen Stadt und Land. Es lässt sich festhalten, dass in städtischen Gebieten eine grosse Apothekendichte besteht, so dass die Anzahl zur GaleniCare zählender Apotheken unproblematisch ist. Anders gestaltet sich die Situation in einzelnen Dörfern mit wenigen Apotheken wie Riehen (BL) oder Wädenswil (ZH), wo zwei von drei Apotheken der GaleniCare gehören. In Münchenbuchsee (BE) respektive Collogne-Bellerive (GE) gehört jeweils die einzige Apotheke der GaleniCare. In diesen Gemeinden resultiert daher ein hoher Marktanteil beziehungsweise sogar eine Monopolstellung.

71. Folgte man der Marktabgrenzung der Parteien, lägen folglich verschiedene betroffene Märkte vor. Aus Sicht der Weko kann der räumlich relevante Markt jedoch national abgegrenzt werden. Dies, weil die Apotheken einen überwiegenden Teil ihrer Umsätze mit rezeptpflichtigen Medikamenten erzielen und diesbezüglich auf einem regulierten Markt tätig sind. Dies hat insbesondere zur Folge, dass es für den

Nachfrager im Endeffekt keinen Unterschied macht, in welcher Apotheke er seine Medikamente bezieht, da sich die Medikamentenpreise tendenziell am zulässigen Höchstpreis orientieren und er daher überall gleich viel zu bezahlen hat.

72. Zudem ist der Hauptzweck, welcher mit dem Aufbau eines Apothekennetzwerkes verbunden ist, darin zu sehen, aufgrund der gegenüber kleineren Einkaufsgemeinschaften höheren Nachfragemenge bessere Einkaufsbedingungen auszuhandeln, um eine höhere Marge generieren zu können, und durch Zentralisierung administrativer Aufgaben und Marketing-Massnahmen Kosten einzusparen. Hingegen findet zumindest bezüglich rezeptpflichtiger Medikamente in der Regel kein eigentlicher Preiswettbewerb statt.

B.4.2.1.c Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

73. Gemäss Angaben des Schweizerischen Apothekenverbandes gibt es in der Schweiz 1'666 Apotheken, wovon 101 von der GaleniCare kontrolliert werden. Dies entspricht einem gesamtschweizerischen Marktanteil von ca. 6%. Es gibt daher bei einer gesamtschweizerischen Betrachtung vorliegend keine betroffenen Märkte.

74. Die alleinige Kontrollübernahme der Galenica über die GaleniCare wirkt sich im Verhältnis zwischen Apotheke und Kunde nicht aus. Allenfalls erhöht sich die Verhandlungsmacht der Apotheken gegenüber den Grossisten und anderen im Pharmabereich tätigen Organisationen, was für die Kunden nicht nachteilig sein muss. So haben zum Beispiel die Apothekenkette Sunstore und die Krankenversicherung Assura vereinbart, dass die leistungsorientierte Abgabe (LOA) nicht an die Kunden weiterverrechnet wird, was einem effektiven Einkaufsrabatt gleich kommt.

B.4.2.2 Winconcept

75. Über die Winconcept AG erbringt die GaleniCare Marketing- und Beratungsdienstleistungen für Apotheken und betreibt "Productplacement" für im schweizerischen Gesundheitsmarkt tätige Industrieunternehmen. Die von der Winconcept AG angebotenen standardisierten Programme haben den gemeinsamen Zweck, den Absatz zu fördern.

76. Nach Ansicht der Parteien sind diese Dienstleistungen für die Nachfrager mit Angeboten von PR- und Werbeagenturen beziehungsweise Druckereien oder auch mit "in house"-Lösungen substituierbar. Dies vor allem deshalb, da es, um solche Dienstleistungen anzubieten, neben einem gewissen Basiswissen keine apothekenspezifischen Kenntnisse brauche.

77. Die Weko folgt der Ansicht, dass der sachlich relevante Markt in vorliegendem Fall tendenziell weit gefasst werden kann, lässt die Frage jedoch offen, ob der von den Parteien vorgenommenen Marktabgrenzung im Detail gefolgt werden kann. Des Weiteren ist der räumlich relevante Markt national abzugrenzen, da diese Leistungen von Apotheken und Unternehmen aus unterschiedlichen Regionen der Schweiz nachgefragt werden.

78. Aufgrund der Tatsache, dass der mit Winconcept erzielte Umsatz CHF [...] Mio. beträgt, kann, auch wenn es nicht möglich ist, konkrete Marktanteile zu berechnen, zumal es kein vergleichbares, auf dem schweizerischen Markt tätiges Unternehmen zu geben scheint, angesichts einer weiten Marktabgrenzung gefolgert werden, dass kein betroffener Markt vorliegt.

B.5 Schlussfolgerungen

79. Die vorläufige Prüfung hat ergeben, dass die alleinige Kontrollübernahme der Galenica über die Alloga und die GaleniCare, welche bis anhin in Form eines Joint Ventures mit der AU geführt wurden, keine marktbeherrschende Stellung begründen oder verstärken wird. Die Voraussetzungen für eine Prüfung der Kontrollübernahme gemäss Artikel 10 KG sind demnach nicht gegeben. Die Kontrollübernahme kann folglich vollzogen werden.

80. Trotzdem soll abschliessend auf die Tatsache hingewiesen werden, dass die Galenica ihre Stellung im Gesundheitsmarkt durch die Auflösung der Joint Ventures konsolidiert, auch wenn auf den einzelnen relevanten Märkten durch das Vorhaben keine Marktanteilsadditionen resultieren. Die Galenica Gruppe ist ein vertikal integrierter Konzern, der als Pharmaproduzent (Vifor AG, Pharma Singer AG etc.), PWS-Anbieter (Alloga AG), Grossist (Galaxis AG) und Betreiber von Apotheken (GaleniCare AG) auf allen Marktstufen der Medikamentendistribution stark präsent ist. Des Weiteren verstärken die verschiedenen Unternehmen im Bereich der "Health Care"-Information (e-mediat AG, Documed AG etc.) die Marktstellung der Galenica.

81. Die starke Position der Galenica Gruppe ergibt sich folglich nicht unbedingt durch eine marktbeherrschende Stellung auf einzelnen Märkten, sondern aufgrund der starken vertikalen Integration über die verschiedenen Handelsstufen. So scheint es zum heutigen Zeitpunkt für Unternehmen im Retailbereich (Apotheken, Drogerien, Spitäler etc.) oder auch für die heute schon wenigen Unternehmen, die als Pharmagrossisten tätig sind, nur schwer möglich, einem direkten oder indirekten Geschäftskontakt mit Unternehmen der Galenica Gruppe auszuweichen. Erfolgt dieser Kontakt zur Galenica nicht über eine spezifische Marktstufe der Medikamentendistribution, besteht des Weiteren die Möglichkeit eines Berührungspunktes im Bereich der "Health Care"-Information.

82. Allgemein kann ein gewisses Mass an vertikaler Integration aus ökonomischer Sicht einerseits effizient sein, da sie zur Internalisierung von Externalitäten beiträgt und somit letztlich auch dem Konsumenten zugute kommt. Andererseits besteht jedoch auch immer die Möglichkeit, dass durch eine zu starke vertikale Integration marktbeherrschende Stellungen begründet werden, welche die Gefahr von antikompetitiven Verhaltensweisen im Sinne von Artikel 7 KG bergen. Die Weko und ihr Sekretariat werden die Entwicklungen auf den oben dargestellten Märkten deshalb weiterhin beobachten.

B 2.3

7. Edipresse/Corbaz

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

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

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

Communication selon l'article 16 alinéa 1 OCCE du 3 octobre 2005

A En fait

1. Le 16 décembre 2002, la Commission de la concurrence a communiqué à Presse Publications SR SA (ci-après: Edipresse) et Imprimerie Corbaz SA (ci-après: Corbaz) que leur projet de concentration, consistant au rachat de Corbaz par Edipresse, était conforme au droit de la concurrence et pouvait être réalisé, sans charges ni conditions (DPC 2003/1, p. 177 ss.).

2. Cette autorisation est intervenue au terme d'une procédure d'examen approfondi et suite à la modification de nature structurelle du projet initial sur divers points qui s'avéraient porter préjudice à la concurrence. En particulier, Edipresse a accepté de réduire sa participation dans la société éditrice du Nouvelliste (Rhône Media SA), afin de permettre une concurrence entre cette publication et celles d'Edipresse (DPC 2003/1, p. 202 s., ch. 145 s.). En outre, elle a renoncé au rachat de la télévision locale ICI-TV, propriété de Corbaz, émettant dans la région Riviera-Chablais, afin de permettre de renforcer l'effet concurrentiel des vecteurs d'information alternatifs à la presse écrite, dominée par Edipresse, présents dans le canton de Vaud, en particulier dans la région Riviera-Chablais (DPC 2003/1, p. 202 s., ch. 145 et 148).

3. La société Etablissements Ed. Cherix et Filanosa SA, concurrente d'Edipresse qui était également intéressée au rachat de Corbaz, a recouru contre cette autorisation auprès de la Commission de recours pour les questions de concurrence. Celle-ci ayant déclaré le recours irrecevable, elle a porté l'affaire devant le Tribunal fédéral. Par arrêt du 14 juin 2005, le Tribunal fédéral a rejeté le recours (2A.535/2004). L'argument principal du Tribunal fédéral consiste à admettre l'application de l'article 43 alinéa 4 LCart à la procédure de recours également, si bien que tout recours de tiers en matière de concentration d'entreprises est désormais exclu.

4. Parallèlement à la procédure de recours engagée sur le fond, Etablissements Ed. Cherix SA (ci-après: EEC) a déposé, le 18 février 2005, une demande de révision au sens de l'article 38 LCart auprès de la Commission de la concurrence. Subsidièrement, elle demande l'ouverture d'une enquête pour abus de position dominante au sens de l'article 7 LCart. Elle a complété sa demande par courrier du 19 mai 2005, s'agissant de l'intérêt porté par Edipresse à augmenter sa participation dans la télévision locale genevoise Léman Bleu.

5. Les arguments principaux de la demande sont liés au fait qu'Edipresse aurait violé divers engagements de modification pris dans le cadre de la procédure d'examen et ayant mené à l'autorisation du projet. D'une part, la réduction de la participation d'Edipresse au sein de la société Rhône Media SA ne serait pas réalisée et Edipresse exercerait toujours une influence importante sur les choix stratégiques et opérationnels de Rhône Media. D'autre part, l'annonce, publiée dans la presse, de la création d'une télévision locale vaudoise, Vaud-TV qui regroupera TVRL, ICI-TV et Canal Nord Vaudois, et dont le capital sera détenu à raison de 35% par Edipresse, qui gèrera en outre la régie publicitaire de la chaîne par le biais de sa nouvelle entité Ecran Pub SA, serait contraire au renoncement, consenti au cours de la procédure d'examen, de racheter ICI-TV. L'intérêt porté par Edipresse à Léman Bleu confirmerait une stratégie prédatrice d'Edipresse, visant à écarter toute concurrence, que ce soit au niveau des différents types de médias ou sur le marché des annonces.

6. Invitée à se prononcer sur la demande précitée ainsi que sur le complément du 19 mai 2005, Edipresse a conclu, dans ses prises de position des 4 avril et 20 juillet 2005, à la non entrée en matière sur la demande de révision. Dans sa prise de position du 20 juillet 2005, Edipresse relève en outre que la demande de reconsidération au sens de l'article 38 LCart n'est ouverte qu'à ceux qui auraient pu recourir contre la décision sur le fond. Dès lors que EEC n'avait pas qualité pour recourir sur le fond (cf. ch. 3 ci-dessus), elle n'a pas qualité pour requérir une révocation. Par conséquent, la demande doit être traitée comme simple dénonciation, ne donnant ni droit à l'ouverture d'une enquête ni à la prise d'une quelconque décision.

B En droit

7. A titre préliminaire, il y a lieu d'examiner la question de savoir si un concurrent, non partie à la procédure de contrôle de concentration devant la Commission de la concurrence, a la possibilité de demander une révision de la décision prise par la Commission de la concurrence.

8. D'une manière générale, la Commission de la concurrence ouvre d'office une procédure fondée sur l'article 38 LCart. C'est en effet l'autorité, et non le destinataire de la décision, qui initie la procédure de révision (C. BOVET, Droit de la concurrence - Commentaire romand, n. 9 ad art. 38 LCart, p. 886). Ceci n'empêche néanmoins pas une demande de réexamen présentée selon les règles générales. Néanmoins, il n'existe pas de droit à ce que l'autorité entre en matière sur une telle demande (ATF 109 Ib 246, cons. 4a). En outre, le Tribunal fédéral ne reconnaît la qualité pour former une requête de nouvel examen qu'à ceux qui auraient qualité pour recourir contre la décision au fond (ATF 109 Ib 246, cons. 4a). Or, dans son arrêt

du 14 juin 2005, le Tribunal fédéral a expressément dénié à EEC la qualité pour recourir contre l'autorisation de la concentration Edipresse-Corbaz. Dès lors, il y a lieu de constater qu'EEC n'a pas qualité pour requérir une révision de cette autorisation et la Commission de la concurrence n'a pas à entrer en matière sur une telle demande. Dans la mesure où il n'existe pas de droit à ce que l'autorité entre en matière, la non entrée en matière n'a pas à prendre la forme d'une décision et n'est pas susceptible de recours.

9. Néanmoins, rien n'empêche les concurrents de signaler à la Commission de la concurrence d'éventuelles irrégularités au sens de l'article 38 alinéa 1 lettres a-c LCart survenues dans le cadre d'une procédure de concentration, ou à l'issue de celle-ci. La procédure de révision doit alors être menée d'office par la Commission de la concurrence et les concurrents n'y ont pas qualité de partie.

10. En l'espèce, les éléments fournis par EEC ne justifient pas l'ouverture d'une procédure de révision au sens de l'article 38 LCart.

11. Aux termes de l'article 38 LCart, la Commission de la concurrence peut rapporter une autorisation lorsque a) les entreprises participantes ont fourni des indications inexactes, b) l'autorisation a été obtenue frauduleusement, c) les entreprises participantes contreviennent gravement à une charge dont a été assortie l'autorisation.

12. Ces trois cas de figure sont exhaustifs, une révision ne devant intervenir que de manière très exceptionnelle. Cela tient tout d'abord à la sécurité du droit, une concentration exécutée n'étant que très difficilement réversible (cf. P. MOOR, Droit administratif, vol. II, 2^{ème} éd., p. 323 ss., en particulier p. 334 ss., qui estime même qu'une décision autorisant un acte unique déjà réalisé ne peut être révoquée sans sacrifice disproportionné pour l'intéressé) et ensuite à la théorie des droits acquis. Enfin, il faut relever que la Commission de la concurrence a la possibilité d'agir par le biais d'une enquête pour abus de position dominante dans l'hypothèse où suite à la fusion, des abus venaient à être constatés (C. BOVET, Droit de la concurrence - Commentaire romand, ad art. 38 LCart, ch. 20 ss., p. 888).

13. La révision en raison d'indications inexactes fournies par les entreprises participantes ne peut intervenir que si ces indications inexactes ont eu une influence décisive sur l'autorisation de la concentration. Il doit en outre s'agir d'informations contrôlées par les entreprises en question, soit provenant de ces entreprises ou transmises à la Commission de la concurrence par ces entreprises, qui connaissent leur inexactitude. Enfin, pour qu'une révision soit envisageable, il faut que la connaissance de l'inexactitude des indications fournies mène à une appréciation différente de la concentration (P. DUCREY, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, ad art. 38 LCart, ch. 4).

14. La révision en cas d'autorisation obtenue frauduleusement suppose que les parties à la concentration ont consciemment induit en erreur la Commission de

la concurrence sur les rapports concurrentiels effectifs existant sur les marchés concernés (P. DUCREY, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, ad art. 38 LCart, ch. 5-6).

15. Le troisième cas de révision est la violation grave d'une charge ou condition. Cette troisième configuration ne peut trouver application en l'espèce, dans la mesure où l'autorisation de réaliser la concentration Edipresse-Corbaz a été donnée sans charges ni conditions. La Commission de la concurrence a en effet jugé à l'époque que les modifications structurelles consenties par les parties étaient d'ores et déjà engagées à un point tel qu'il n'était plus possible pour Edipresse de revenir sur ses engagements si bien que l'imposition de charges ou conditions n'était pas nécessaire.

16. Dans sa dénonciation, EEC soulève premièrement le fait qu'Edipresse aurait violé ses engagements concernant la société Rhône Média SA, en ce sens que 451 actions qu'elle s'était engagée à vendre ne l'ont pas été et qu'Edipresse continuerait à avoir une influence non négligeable dans la gestion de Rhône Média SA.

17. Ces arguments ont déjà été soulevés par EEC à diverses occasions suite à la procédure d'examen menée par la Commission de la concurrence. Il est rappelé ici que lors de son appréciation de la concentration, la Commission de la concurrence a pu se prononcer en toute connaissance de cause sur les engagements pris par Edipresse. Les éléments essentiels de leur mise en œuvre étaient déjà engagés lors de l'autorisation de la concentration. En particulier, une offre ferme de vente et les lettres de démission des représentants d'Edipresse au Conseil d'administration de Rhône Média SA ont été remises à la Commission de la concurrence avant qu'elle ne se détermine.

18. Le fait que des difficultés sont apparues lors de la réalisation de la vente des actions détenues par Edipresse est connu de la Commission de la concurrence, qui a été tenue informée en détail de la situation par Edipresse. La vente des actions est bloquée par des éléments ne dépendant pas de la volonté d'Edipresse, si bien que le retard pris dans sa réalisation ne lui est pas imputable et ne peut lui être reproché.

19. Edipresse s'est en outre engagée à quitter le Conseil d'administration de Rhône Média SA, ce qui a été fait. En revanche, il n'a jamais été question qu'Edipresse renonce à ses droits d'actionnaires pour le solde des actions détenues. On ne peut reprocher à un actionnaire minoritaire d'exercer ses droits s'il estime qu'il est nécessaire d'intervenir. Le fait qu'Edipresse ait une influence au sein de l'Assemblée générale, ne peut lui être reproché et ne justifie pas une révision de l'autorisation de réaliser la concentration Edipresse-Corbaz.

20. EEC reproche en outre à Edipresse d'avoir pris le contrôle d'ICI-TV, contrairement à ce à quoi elle s'était engagée en 2002, lors de l'examen de la concentration Edipresse-Corbaz par la Commission de la concurrence.

21. Cet argument ne justifie pas non plus la révision de l'autorisation. En effet EEC se réfère au projet de télévision régionale *Vaud-TV*, auquel participent *TVRL*, *ICI-TV*, *Canal Nord Vaudois* et *Edipresse*. Il s'agit là d'un nouveau projet, qui, s'il implique une certaine collaboration d'Edipresse avec *ICI-TV*, n'implique en aucun cas le rachat ou une quelconque prise de contrôle d'*ICI-TV* par Edipresse. Le secrétariat de la Commission de la concurrence suit l'évolution de ce dossier et se réserve le droit d'intervenir si cela devait s'avérer nécessaire.

22. Au vu de ce qui précède, la Commission de la concurrence n'a pas de raison d'ouvrir d'office une procédure au sens de l'article 38 LCart sur la base des informations fournies par EEC, les conditions de sa mise en œuvre n'étant pas données en l'espèce.

23. Un dernier point à examiner est celui de savoir s'il y a lieu d'ouvrir une enquête pour abus de position dominante au sens de l'article 7 LCart à l'encontre d'Edipresse. En effet, si le rachat de Corbaz par Edipresse ne peut en lui-même faire l'objet d'une procédure d'enquête selon l'article 7 LCart, car ces faits ont fait l'objet d'un examen approfondi dans le cadre du contrôle des concentrations, les faits qui se sont produits suite à la concentration peuvent faire l'objet d'une enquête, dans la mesure où il existe des indices selon lesquels ils seraient constitutifs d'un abus de position dominante.

24. ECC reproche à Edipresse de mettre en place une stratégie de type prédatrice, susceptible d'écarter toute concurrence dans le canton de Vaud sur les marchés de l'édition de journaux, de la publicité et de l'imprimerie. ECC relève entre autres d'une part le fait qu'Edipresse a lancé une nouvelle formule de son quotidien *24Heures*, ce lancement étant lié à la disparition des deux titres édités alors par Corbaz (*La Presse Riviera-Chablais* et *La Presse Nord Vaudois*) et d'autre part l'intérêt d'Edipresse à augmenter sa participation dans la télévision régionale genevoise *Léman Bleu* et la création de la société Ecran-Pub SA dont le but est de gérer la publicité des télévisions locales.

25. Le lancement de la nouvelle formule de *24Heures*, déclinée désormais en quatre éditions régionales, ne modifie pas sensiblement la situation du point de vue concurrentiel. Dans les régions concernées (Riviera Chablais - Nord Vaudois), ce titre remplace désormais le deux *La Presse*, rachetées par Edipresse. Pour les lecteurs, la nouvelle formule leur permet d'obtenir, dans un seul et même quotidien, les informations

locales contenues jusqu'alors dans les deux éditions de *La Presse* ainsi que les informations régionales, nationales et internationales disponibles jusqu'alors dans *24Heures*. Un double abonnement n'est dès lors plus nécessaire. Pour les annonceurs, la situation n'est pas péjorée, dans la mesure où ils ont encore la possibilité de faire paraître leurs annonces dans une seule des éditions régionales ou dans les quatre, à des tarifs différenciés.

26. Comme mentionné ci-dessus (cf. ch. 21 ci-dessus), les activités télévisuelles d'Edipresse sont objet de l'attention du Secrétariat de la Commission de la concurrence, qui se réserve d'intervenir en cas de besoin. A noter encore que le projet *Léman Bleu* n'est plus actuel, l'offre formulée par le groupe Hersant, propriétaire d'EEC, pour entrer au capital de cette télévision locale ayant été préférée par ses actionnaires actuels à celle d'Edipresse.

27. Au vu de ce qui précède, la Commission de la concurrence ne dispose pas en l'état d'indices permettant de soupçonner un abus de position dominante en l'espèce, si bien que l'ouverture d'une enquête au sens de l'article 7 LCart n'est pas justifiée.

C. Conclusion

Dans le cadre d'une autre affaire similaire (Edipresse-Agefi: Demande de révision du 19 avril 2005, non publiée), la Commission de la concurrence avait rendu une décision formelle de non entrée en matière. Suite à la décision du Tribunal fédéral du 14 juin 2005 (cf. ch. 3 ci-dessus), elle précise ici sa pratique en ce sens que la non entrée en matière sur une demande de révocation émanant d'un tiers non partie à la procédure au fond ne constitue pas une décision susceptible de recours (cf. ch. 8 ci-dessus).

Ainsi, la Commission de la concurrence, se fondant sur les faits dont elle a eu connaissance et les développements qui précèdent:

1. N'entre pas en matière sur la demande de révision déposée par Etablissements Ed. Cherix SA.
2. Renonce à l'ouverture d'office d'une procédure au sens de l'article 38 LCart.
3. Renonce à l'ouverture d'une enquête pour abus de position dominante au sens de l'article 7 LCart.
4. [Notification]

B 2.3

8. *Julius Bär Holding AG/BDL Banco di Lugano, Ehinger & Armand von Ernst AG, Ferrier, Lullin & Cie SA, GAM Holding und weitere Beteiligte*

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 9, 10 und 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 9, 10 et 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 9, 10 e 32 cpv. 1 LCart

Mitteilung gemäss Artikel 16 Absatz 1 VKU vom 17. Oktober 2005

A Sachverhalt

1. Am 4. Oktober 2005 hat die Wettbewerbskommission die Meldung über ein Zusammenschlussvorhaben erhalten. Danach beabsichtigt die Julius Bär Holding AG mehrere Tochtergesellschaften der SBC Wealth Management AG zu übernehmen, die ihrerseits eine Tochtergesellschaft der UBS AG (UBS) ist und vor dem Vollzug der Transaktion in die UBS integriert wird. Dabei handelt es sich um folgende Unternehmen:

- BDL Banco di Lugano,
- Ehinger & Armand von Ernst AG,
- Ferrier, Lullin & Cie AG,
- GAM Holding AG,
- Cantrade Trustee Ltd.,
- Cantrade Trust Company (Cayman) Ltd., und
- Cantrade Private Bank Switzerland (CI) Ltd.

2. Die *Julius Bär Holding AG* ist die Muttergesellschaft der vorwiegend im Private Banking und im institutionellen Asset Management tätigen Julius Bär Gruppe (Julius Bär) mit Standorten in der Schweiz, Frankfurt, London, Mailand, Luxemburg, Dubai, New York, Wien sowie auf Guernsey und den Cayman Islands. Julius Bär betreibt insbesondere das Vermögensverwaltungsgeschäft und Anlageberatung, das Anlagefondsgeschäft sowie den Wertschriften- und Devisenhandel für Privatkunden, institutionelle Kunden und Finanzintermediäre aus aller Welt. Das von Julius Bär verwaltete Kundenvermögen belief sich per 31. Dezember 2004 auf rund CHF 135,4 Mia.

3. Die *BDL Banco di Lugano (BDL)*, *Ehinger & Armand von Ernst AG (EAVE)* und die *Ferrier, Lullin & Cie AG (FL)* sind zur UBS-Gruppe gehörende Privatbanken, die autonom und unter eigenem Namen und mit eigenem Management im Private Banking tätig sind. Sie sind hauptsächlich im Bereich Anlageberatung und Vermögensverwaltung für Privatkunden tätig. Die EAVE betreibt darüber hinaus eigene Anlagefonds sowie das Anlageberatungs- und Vermögensverwaltungsgeschäft für Finanzintermediäre und handelt vor allem mit Devisen auf eigene Rechnung. Die verwalteten Kundenvermögen beliefen sich per 31. Dezember

2004 für die BDL auf CHF 14 Mia., für die EAVE auf CHF 19,3 Mia. und für die FL auf CHF 15,2 Mia.

4. Die *GAM Holding AG (GAM)* ist autonom unter eigenem Namen und mit eigenem Management im Asset Management tätig. Sie verfügt neben Zürich über Standorte in Berlin, Bermuda, Dublin, Hong Kong, Singapur, Isle of Man, London, New York und Tokio und beschäftigt rund 700 Mitarbeiter. GAM betreibt hauptsächlich Asset Management, inklusiv eigene Anlagefonds und alternative Anlageprodukte, für "High Net Worth Individuals", Finanzintermediäre und institutionelle Kunden. Per 31. Dezember 2004 verwaltete GAM Kundenvermögen von rund CHF 13 Mia. beziehungsweise - inklusive Anlagefonds - von rund CHF 59,5 Mia.

5. Die *Cantrade Trustee Ltd.*, *Cantrade Trust Company (Cayman) Ltd.* und die *Cantrade Private Bank Switzerland (CI) Ltd.* (Cantrade-Gesellschaften) sind ebenfalls Tochtergesellschaften der SBC Wealth Management AG und bieten Dienstleistungen im Bereich der Beratung und Verwaltung von Gesellschaften, Stiftungen und Trusts. Die Cantrade Trust Company (Cayman) Ltd. bezweckt vor allem die Übernahme von Trustee-Funktionen. Cantrade Private Bank Switzerland (CI) Ltd. ist in der Entgegennahme und Platzierung von Treuhandanlagen tätig. Weil die Cantrade-Gesellschaften funktional zur EAVE gehören, verwalten sie keine eigenen Kundenvermögen.

6. Im Rahmen der Transaktion wird die SBC Wealth Management AG ausserdem in die UBS integriert.

B Erwägungen

B.1 Geltungsbereich

7. 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

8. Als *Unternehmen* gelten gemäss Artikel 2 Absatz 1^{bis} 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

9. Julius Bär erwirbt von der UBS das gesamte Aktienkapital der Zielgesellschaften und erwirbt dadurch über jene die alleinige Kontrolle. Der Kaufpreis beläuft sich auf ca. CHF 5,6 Mia. Er setzt sich zusammen

aus CHF 3,8 Mia. in bar und einer Beteiligung der UBS an Julius Bär von 21,5% des Aktienkapitals (nach Vollzug der Transaktion). Die Barkomponente wird durch eine Kapitalerhöhung im Umfang von ca. CHF 2,45 Mia., durch Überschusskapital von Julius Bär von CHF 0,5 Mia., ein Verkäuferdarlehen von ca. CHF 0,225 Mia. und durch so genannte Vendor Notes im Umfang von ca. CHF 0,625 Mia. finanziert.

10. Es handelt sich vorliegend um einen Zusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 Buchstabe b KG und Artikel 1 und 2 VKU (Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen [SR 251.4]).

11. Die Frage, ob durch die Beteiligung der UBS an Julius Bär von 21,5% eine Kontrollübernahme der ersteren über die letztere stattfindet, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Fusionskontrollverfahrens (vgl. auch unten Rz. 15).

B.2 Vorbehaltene Vorschriften

12. In den hier zu beurteilenden Märkten gibt es keine Vorschriften, die Wettbewerb nicht zulassen. Der Vorbehalt von Artikel 3 Absatz 1 KG wurde von den Parteien auch nicht geltend gemacht.

B.3 Meldepflicht

13. Sofern die Umsatzschwellen von Artikel 9 Absatz 1 und 3 KG und Artikel 3-8 VKU erreicht sind, handelt es sich um einen meldepflichtigen Zusammenschluss. Da es sich bei der Käuferin und den übernommenen Gesellschaften um Banken handelt, werden die Aufgreifschwelle nach Artikel 8 VKU berechnet. Tabelle 1 gibt einen Überblick über die im Jahr 2004 erwirtschafteten Bruttoerträge.

Tabelle 1: Bruttoerträge der beteiligten Unternehmen 2004

(in Mio. CHF)	Weltweite Bruttoerträge 2004	Bruttoerträge in der Schweiz 2004
Julius Bär	1'447	1'037
Übernommene Gesellschaften insgesamt	>1'000	>500
BDL	>100	<100
EAVE	>100	>100
FL	>100	>100
GAM	>100	>100
Cantrade-Gesellschaften	<100	<100

14. Die beteiligten Unternehmen erzielten im Geschäftsjahr 2004 weltweit einen gemeinsamen Bruttoertrag von mehr als CHF 2 Mia. Der Schwellenwert von Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe a KG ist somit er-

reicht. Mehrere der beteiligten Unternehmen erzielten im Geschäftsjahr 2004 einen Bruttoertrag von über CHF 100 Mio., womit auch der Schwellenwert von Artikel 9 Absatz 1 Buchstabe b KG überschritten ist. Der Zusammenschluss ist somit für Julius Bär unter dem Vorbehalt meldepflichtig, dass keine Kontrollübernahme der UBS über Julius Bär stattfindet.

15. Der Verkauf von Aktien von Julius Bär an die UBS stellt für die i.c. meldende Julius Bär keinen meldepflichtigen Unternehmenszusammenschluss im Sinne von Artikel 4 Absatz 3 KG in Verbindung mit Artikel 1 und Artikel 9 Absatz 1 VKU dar. Die Frage, ob durch den Verkauf von Aktien von Julius Bär an die UBS eine meldepflichtige Kontrollübernahme der UBS über Julius Bär vorliegt, ist hingegen - wie bereits erwähnt (oben Rz. 11) - nicht Gegenstand der vorliegenden Vorprüfung. Die Trennung der beiden Sachverhalte (Kontrollübernahme durch Julius Bär über verschiedene Tochtergesellschaften der UBS-Gruppe sowie allfällige Kontrollübernahme der UBS über Julius Bär) ist vorliegend notwendig, da die Meldepflicht jeweils einem anderen Unternehmen obliegt (vgl. Art. 9 Abs. 1 Bst. b VKU). Das Ergebnis der vorliegenden Vorprüfung (vgl. unten Rz. 39) hat keine Präjudizwirkung auf den anderen Sachverhalt.

B.4 Zuständigkeit der Bankenkommision

16. Die Bankenkommision hat keine Gläubigerinteressen geltend gemacht. Somit ist die Wettbewerbskommission für die Beurteilung des Zusammenschlusses zuständig.

B.5 Beurteilung des Zusammenschlussvorhabens nach erfolgter vorläufiger Prüfung

17. 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).

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

B.5.1 Relevante Märkte

B.5.1.a Sachlich relevante Märkte

19. Der sachliche Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a VKU).

20. Die am Zusammenschluss beteiligten Banken sind auf mehreren sachlich relevanten Märkten tätig. Im Bereich des Retail Banking (Dienstleistungen "bank to consumer") sind insbesondere das Private Banking, Asset Management, das schweizerische Emissionsgeschäft, derivative Finanzinstrumente, Anlagefonds, das Investment Banking, der Devisen-, Effekten- und Edelmetallhandel sowie das Global Custody-Geschäft

vom Zusammenschluss tangiert. Tabelle 2 gibt einen Überblick über die verschiedenen Märkte und die auf diesen Märkten tätigen beteiligten Unternehmen.

21. Daneben bieten die beteiligten Banken ihren Private Banking Kunden in geringfügigem Umfang auch andere Dienstleistungen des Retail Banking an, wie zum Beispiel Spareinlagen, Kassenobligationen, Kontokorrent- und Lohn(spar)konti, Zahlungsverkehr, Depotgeschäft und vereinzelt Hypothekar- und Lombardkredite. Diese Dienstleistungen richten sich jedoch nur an die eigene Private Banking-Kundschaft und nicht an Retail-Kunden generell. Die Marktanteile der beteiligten Banken sind auf diesen Märkten marginal. Auf diese Dienstleistungen wird im Folgenden daher nicht mehr eingegangen.

Tabelle 2: Übersicht über die sachlich relevanten Märkte

	Julius Bär	BDL	EAVE	FL	GAM
Private Banking	x	x	x	x	
Asset Management	x				x
Schweizerisches Emissionsgeschäft	x				
Derivative Finanzinstrumente	x				
Anlagefonds	x		x		x
Investment Banking	x				
Devisenhandel	x	x	x	x	
Effektenhandel	x	x	x	x	
Edelmetallhandel	x				
Global Custody	x				

22. Das **Private Banking** umfasst die Vermögensverwaltung, Anlageberatung, Treuhandanlagen sowie sämtliche damit verbundenen Dienstleistungen (vgl. Valiant Holding/IRB Interregio Bank und Luzerner Regiobank AG, RPW 2002/4, S. 609). Im Gegensatz zum Private Banking richtet sich das **Asset Management** hauptsächlich an institutionelle Kunden wie zum Beispiel Pensionskassen (vgl. Credit Suisse Group/Winterthur Versicherungen, RPW 1997/4, S. 526 f.). Asset Management bezeichnet die Verwaltung von konkreten Vermögensteilen und die damit verbundene Beratung. Im Gegensatz zum Private Banking ist beim Asset Management häufig eine Trennung zwischen Vermögensverwaltung und Depotbank anzutreffen. In diesem Fall übernimmt ein Global Custodian die zentrale Funktion der Depotbank, während die einzelnen Vermögensteile dezentral durch verschiedene Asset Manager verwaltet werden.

23. Das **Emissionsgeschäft** umfasst die Emission von Anleihen von in- und ausländischen Schuldern. Anleihensemissionen dienen der langfristigen Fremdkapitalfinanzierung des Emittenten.

24. Bei den **derivativen Finanzinstrumenten** handelt es sich um verbriefte Derivate. Diese umfassen eine grosse Zahl verschiedener Instrumente, die dem Anleger die Umsetzung einer individuellen Anlagestrategie ermöglichen. Während sich verbriefte Derivate ursprünglich vor allem an professionelle Investoren richteten, werden sie zunehmend auch von privaten Anlegern genutzt.

25. Im Entscheid Zürcher Kantonalbank/BZ-Visionen (vgl. RPW 2002/3, S. 496 ff.) hat die Weko offen gelassen, ob es sich bei den **Anlagefonds** (kollektive Anlagen in Vertragsform) um einen eigenen Markt handelt oder ob Beteiligungsgesellschaften (kollektive Anlagen in Gesellschaftsform) zum selben Markt für Fonds und fondsähnliche Produkte gehören. Diese Frage ist auch hier nicht von Bedeutung, da selbst bei einer engen Marktabgrenzung keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird, wie unten aufgezeigt wird (vgl. Abschnitt B.5.2).

26. Im Bereich des **Effektenhandels** ist die Weko im Entscheid Valiant Holding/IRB Interregio Bank und Luzerner Regiobank AG (vgl. RPW 2002/4, S. 606 ff.) von einem separaten Markt für den Handel mit nicht kotierten Aktien und Nebenwerten und einem separaten Markt für den Handel mit kotierten Aktien ausgegangen. Vorliegend ist lediglich der Handel mit kotierten Aktien von Bedeutung.

27. Das **Global Custody-Geschäft** musste von der Weko bisher noch nicht beurteilt werden. Beim Global Custody handelt es sich um eine Dienstleistung an institutionelle Anleger, welche Anlagen in verschiedenen Ländern und in verschiedenen Rechtsordnungen halten. Diese Anlagen können von verschiedenen Vermögensverwaltern betreut werden, sind jedoch bei einem einzigen Global Custodian zentral verwahrt. Der Global Custodian seinerseits lässt die Wertchriften in den einzelnen Rechtsordnungen nach den dort geltenden Rechtsvorschriften durch so genannte Sub-Custodians verwalten.

28. Im Bereich der Beschaffungsmärkte ("bank to bank") sind die beteiligten Banken nicht in namhaftem Umfang tätig. Julius Bär erbringt in beschränktem Umfang Handelsgeschäfte für Drittbanken und ist im Bereich des so genannten "White-Labeling" von Fonds aktiv. Dabei erbringt Julius Bär Dienstleistungen bei der Erstellung des Prospekts und der Einholung der Vertriebszulassung der Fonds, welche die Auftraggeber anschliessend unter eigenem Namen verwalten und den Endkunden anbieten. Die übernommenen Gesellschaften sind in diesem Bereich nicht tätig, so dass es nicht zu einer Marktanteilsaddition kommt. Zudem bestehen mehrere starke in- und ausländische Konkurrenten (wie z.B. UBS, Credit Suisse, Vontobel, Lombard Odier Darier Hentsch, Pictet etc.). Der Marktanteil von Julius Bär beläuft sich auf Basis Anzahl der von ihr verwalteten Anlagefonds auf

weniger als 4%. Auf die Beschaffungsmärkte wird im Folgenden daher nicht mehr eingegangen.

B.5.1.b Räumlich relevante 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).

30. Die Weko hat den Markt für das *Private Banking* bisher als (zumindest) nationalen Markt abgegrenzt (vgl. z.B. Valiant Holding/IRB Interregio Bank und Luzerner Regiobank AG, RPW 2002/4, S. 610). Die am Zusammenschluss beteiligten Parteien sind der Ansicht, dass es sich beim Private Banking um einen internationalen Markt handle. Die Anbieter auf diesem Markt seien international tätig, es gäbe einen hohen Anteil ausländischer Kunden in der Schweiz und die Nachfrager würden keine nationalen Grenzen kennen. Es ist jedoch fraglich, ob viele in der Schweiz wohnhafte Kunden ihr Vermögen ins Ausland transferieren und dort Private Banking-Dienstleistungen in Anspruch nehmen. Normalerweise dürften in der Schweiz wohnhafte Retailkunden ihr Vermögen bei einer in- oder ausländischen Bank in der Schweiz anlegen. Für den vorliegenden Fall kann die Frage jedoch offen gelassen werden, da selbst bei einer engen räumlichen Marktabgrenzung keine marktbeherrschende Stellung begründet oder verstärkt wird.

31. Beim *Asset Management* und beim *Emissionsgeschäft* sind die am Zusammenschluss beteiligten Parteien der Ansicht, dass es sich um weltweite Märkte handelt. Im Gegensatz zu Retailkunden dürften institutionelle Anleger tatsächlich Vermögensteile oft im Ausland anlegen. Auch können Schweizer Unternehmen Anleihen grundsätzlich im Ausland emittieren und an einer ausländischen Börse kotieren, was jedoch zu zusätzlichen Kosten für den Währungsumtausch führt, falls ein Kapitalbedarf in CHF vorliegt. Die Weko ist bisher denn auch von einem nationalen Markt für das Asset Management und für das Emissionsgeschäft ausgegangen (vgl. Credit Suisse Group/Winterthur Versicherungen, RPW 1997/4, S. 527). Auch hier kann die räumliche Marktabgrenzung letztlich offen gelassen werden, da sie für die Beurteilung des vorliegenden Zusammenschlusses nicht relevant ist.

32. Bei den *Anlagefonds* kann von einem zumindest nationalen Markt ausgegangen werden. Dasselbe würde für einen Markt für Fonds und fondsähnliche Produkte zutreffen (vgl. Zürcher Kantonalbank/BZ-Visionen, RPW 2002/3, S. 499).

33. Das *Investment Banking* hat die Weko bisher als internationalen Markt abgegrenzt (vgl. Credit Suisse Group/Winterthur Versicherungen, RPW 1997/4, S. 528). Auch bei den *derivativen Finanzinstrumenten* und dem *Devisenhandel* dürfte es sich um internationale Märkte handeln. Die definitive räumliche Marktabgrenzung kann letztlich offen gelassen werden, da selbst bei einer engen Marktabgrenzung keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung vorliegen.

34. Im Bereich des *Custody-Geschäfts* hat die EU-Kommission im Fall Credit Agricole/Caisse D'Epargne/JV (COMP/M.3781) einen weltweiten Markt für das Global Custody, einen Europäischen Markt für das Global Custody, einen nationalen Markt für das Sub-Custody und einen nationalen Markt für das Custody für inländische institutionelle Anleger abgegrenzt. Für die Zwecke der vorliegenden Vorprüfung kann die definitive Marktabgrenzung offen gelassen werden, da selbst bei einer engen Marktabgrenzung keine Anhaltspunkte für die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung vorliegen.

B.5.2 Voraussichtliche Stellung in den betroffenen Märkten

35. 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.

36. Im *Schweizerischen Emissionsgeschäft*, in den *derivativen Finanzinstrumenten*, im Investment Banking, im *Edelmetallhandel* und im *Global Custody-Geschäft* führt der Zusammenschluss nicht zu einer Addition von Marktanteilen, da die übernommenen Gesellschaften in diesen Bereichen nicht tätig sind (vgl. Tabelle 2, S. 5). Die Marktanteile von Julius Bär liegen auf diesen Märkten jeweils unter 5%. Die Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung kann auf diesen Märkten somit ausgeschlossen werden.

37. Ein Überblick über die Marktanteile der am Zusammenschluss beteiligten Gesellschaften auf den übrigen Märkten findet sich in Tabelle 3.

Tabelle 3: Marktanteile der beteiligten Unternehmen, 2004

	Julius Bär	BDL	EAVE	FL	GAM	Total
Private Banking	< 5%	< 1%	< 2%	< 1%	-	< 10%
Asset Management	< 1%	-	-	-	< 1%	< 1%
Anlagefonds	< 10%	-	< 1%	-	< 1%	< 10%
Devisenhandel	< 2%	< 1%	< 1%	< 1%	-	< 2%
Effektenhandel	< 2%	< 1%	< 1%	< 1%	-	< 2%

38. Julius Bär verfügt nach dem Zusammenschluss auf keinem Markt einen Marktanteil von mehr als 10%. Auf sämtlichen Märkten besteht zudem eine grössere Zahl starker in- und ausländischer Konkurrenten wie zum Beispiel die UBS, Credit Suisse, Kantonalbanken, Pictet & Cie (Anlagefonds), Swisscanto Holding AG (Anlagefonds) usw.

B.5.3 Ergebnis

39. Die vorläufige Prüfung ergibt aus den genannten Gründen keine Anhaltspunkte, dass der Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung der Julius Bär begründen oder verstärken wird. Die Vorausset-

zungen für eine Prüfung des Zusammenschlusses (Julius Bär und BDL, EAVE, FL, GAM, Cantrade-Gesellschaften) nach Artikel 10 KG sind daher nicht gegeben.

40. Die Wettbewerbskommission nimmt die Erklärung der UBS zur Kenntnis, dass sie nicht beabsichtigt, die Kontrolle über Julius Bär zu übernehmen und dass sie ihre Beteiligung an Julius Bär in den nächsten Jahren veräussern will. Sollte die UBS trotzdem die Kontrolle übernommen haben beziehungsweise übernehmen, ohne dies im Sinne von Artikel 9 KG zu melden, so könnte dies die Eröffnung eines Sanktionsverfahrens zur Folge haben.

B 2.3

9. ADM Poland et CEFETRA/BTZ

Vorläufige Prüfung; Art. 4 Abs. 3, Art. 9, 10 und 32 Abs. 1 KG

Examen préalable; art. 4 al. 3, art. 9, 10 et 32 al. 1 LCart

Esame preliminare; art. 4 cpv. 3, art. 9, 10 e 32 cpv. 1 LCart

Prise de position de la Comco du 13 octobre 2005

1. Le 4 octobre 2005, la Commission de la concurrence a reçu une notification annonçant que les entreprises ADM Poland et CEFETRA envisageaient d'acquérir en commun le contrôle de la société polonaise BTZ.

2. Quand bien même les valeurs-seuil de notification selon l'article 9 LCart sont atteints par les sociétés actives au plan international ADM Poland et CEFETRA, l'acquisition de BTZ, qui n'a pas d'activité en Suisse, n'a aucune incidence sur le marché suisse. Dans la mesure où le marché suisse n'est ni actuellement ni potentiellement concerné par la concentration, l'examen préalable n'a fait apparaître aucun indice selon lequel la concentration créera ou renforcera une position dominante, si bien qu'il n'y a pas lieu de procéder à un examen de l'opération de concentration.

B 2.3

10. Weitere

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

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

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

Swisscom Broadcast AG/Antenna Hungaria Rt.; Übernahme

1. Am 16. August 2005 ist beim Sekretariat der Wettbewerbskommission die Meldung der Swisscom

Broadcast AG eingegangen, welche die Übernahme von Antenna Hungaria Rt. umfasste.

2. Da die Antenna Hungaria Rt. nicht auf dem Schweizer Markt tätig ist, ergab die vorläufige Prüfung keine Anhaltspunkte, dass durch den Zusammenschluss eine marktbeherrschende Stellung in der Schweiz begründet oder verstärkt wurde. Auf die Eröffnung einer Prüfung kann demzufolge verzichtet werden.

B 2	6. <i>Empfehlungen Recommandations Raccomandazioni</i>
B 2.6	1. <i>Ungleichbehandlung von Restwegschreibern und Datenaufzeichnungsgeräten</i>

Empfehlung; Art. 45 Abs. 2 KG

Recommandation; art. 45 al. 2 LCart

Raccomandazione; art. 45 cpv. 2 LCart

Empfehlung der Wettbewerbskommission zuhanden des Bundesrates vom 22. August 2005

A Sachverhalt

1. Gegenstand dieser Empfehlung ist die wettbewerbspolitische Beurteilung der Ungleichbehandlung von Restwegschreibern und Datenaufzeichnungsgeräten. Die Wettbewerbskommission (Weko) wurde am 20. Dezember 2004 durch das Generalsekretariat des EVD mit der Übermittlung des Falls Krautli (Schweiz) AG auf die Problematik aufmerksam gemacht.

2. Sowohl Restwegschreiber als auch Datenaufzeichnungsgeräte werden im Strassenverkehr eingesetzt und dienen insbesondere dazu, Verkehrsunfälle rekonstruieren zu können. Vorab soll darauf hingewiesen werden, dass der Restwegschreiber aus technischer Sicht ein Datenaufzeichnungsgerät ist. Die Begriffe werden aber aufgrund von gesetzlichen Definitionen, die nachfolgend erläutert werden, für Produkte mit unterschiedlichen Eigenschaften verwendet. Anschliessend soll dargelegt werden, dass die vorliegende Ungleichbehandlung von Restwegschreibern und Datenaufzeichnungsgeräten historisch bedingt ist.

3. Gemäss Artikel 101 Absatz 1 der Verordnung über die technischen Anforderungen an Strassenfahrzeuge (VTS, SR 741.41) benötigen Fahrzeuge, die für berufsmässige Fahrten nach Artikel 4 Absatz 1 Buchstaben a und c sowie Artikel 4 der Verordnung über die Arbeits- und Ruhezeit der berufsmässigen Führer von leichten Personentransportfahrzeugen und schweren Personenwagen (AVS 2, SR 822.222) verwendet werden, einen Restwegschreiber, der die Geschwindigkeit auf den zuletzt gefahrenen, wenigstens 250 Meter langen Strecke aufzeichnet. Restwegschreiber unterstehen der Typengenehmigungs- und periodischen Nachprüfungspflicht, sind plombiert (d.h. manipulationsicher), müssen durch eine Montagestelle mit entsprechender Bewilligung der Zulassungsbehörde (kantonale Strassenverkehrsämter) und entsprechend geschultem Personal eingebaut werden und Anforderungen betreffend Aufzeichnungsgenauigkeit genügen (Art. 102 VTS).

4. Bei der Gesetzesausarbeitung der revidierten VTS wollte man den Restwegschreiber zur Unfallabklärung auch für Fahrzeuge mit Blaulichtern (Fahrzeuge

der Feuerwehr, Polizei oder Sanität) und Wechselklanghörnern vorschreiben. Ein grosser Teil der betroffenen Fahrzeuge war allerdings bereits auf freiwilliger Basis mit so genannten Unfalldatenschreibern ausgerüstet, die einen definierten Zeitraum vor einem Ereignis (z.B. Kollision) aufzeichnen. Um bei diesen Fahrzeugen die zusätzliche Nachrüstung zu vermeiden, sind mit der neuen Gesetzgebung alternativ zu den Restwegschreibern auch derartige Datenaufzeichnungsgeräte zugelassen worden. Zudem wurde befunden, dass bei Fahrzeugen mit Blaulichtern und Wechselklanghörnern der Status beispielsweise des Blinkers, des Lichts sowie des Einschaltens des Zweiklanghorns wichtiger seien als eine exakte Aufzeichnung der Geschwindigkeit. Deshalb ist unter Berücksichtigung des eingeschränkten Benutzerkreises solcher Fahrzeuge - sie werden praktisch ausschliesslich durch Organe der öffentlichen Hand betrieben - entschieden worden, auf Anforderungen betreffend der Aufzeichnungsgenauigkeit und auf eine Nachprüfungspflicht zu verzichten. Stattdessen sollten sich Bau, Einbau, Nachprüfung und Reparatur des Datenaufzeichnungsgerätes lediglich nach den Angaben der Gerätehersteller richten (Art. 102a Abs. 4 VTS).

5. Im Rahmen der Teilrevision der VTS wurden schliesslich für Fahrzeuge mit Blaulichtern und Wechselklanghörnern alternativ zu Restwegschreibern auch so genannte Datenaufzeichnungsgeräte zugelassen (Art. 102a VTS). Die Änderung vom 21. August 2002 der VTS verlangt, dass ein Datenaufzeichnungsgerät mindestens während 30 Sekunden vor einem Ereignis oder auf den letzten 250 Metern Fahrstrecke die Daten aufzeichnet.

6. Nach diesen historischen Ausführungen soll nun die von der Firma Krautli (Schweiz) AG angesprochene Problematik konkretisiert werden. Die Firma Krautli (Schweiz) AG importiert und vertreibt seit einigen Jahren den Siemens VDO Unfalldatenspeicher UDS 2.0 (hiernach: UDS 2.0), der die neuen Anforderungen von Artikel 102a VTS erfüllt.

7. Seit längerem bemüht sich die Firma Krautli (Schweiz) AG erfolglos, dass der Unfalldatenspeicher UDS 2.0 dem Restwegschreiber, der von der Firma Mobatime AG mit dem Namen RAG vertrieben wird, gleichgestellt wird und damit nicht nur in Fahrzeuge mit Blaulichtern und Wechselklanghörnern, sondern auch in weitere Fahrzeuge mit Aufzeichnungspflicht gemäss Artikel 101 VTS (Kommunalfahrzeuge, Fahrzeuge des öffentlichen Verkehrs etc.) eingebaut werden kann. Diesem Anliegen ist das von der Firma

Krautli (Schweiz) AG kontaktierte Bundesamt für Strassen (ASTRA) nicht nachgekommen.

8. Der Restwegschreiber ist ein schweizerisches Produkt, das im Ausland nicht hergestellt wird. Heute werden Restwegschreiber nur noch von der Firma Mobatime AG produziert. Der ehemalige Produzent Moser-Baer SA wurde durch die Firma Mobatime SA übernommen. Weiter sind die einstigen Hersteller Zenit und Hasler gemäss Angaben der Firma Mobatime AG aus dem Markt ausgetreten, da der Schweizer Markt für Restwegschreiber für mehrere Anbieter zu klein sei. Ein allfälliger Markteintritt von ausländischen Herstellern ist zudem nicht zu erwarten, da Restwegschreiber im Ausland keine anerkannte Technologie sind (vgl. Rz. 13). Somit hat die Vorschrift von Artikel 101 VTS den Wettbewerb auf dem Markt für Restwegschreiber derart eingeschränkt, dass damit faktisch ein Monopol begründet worden ist.

B Wettbewerbspolitische Beurteilung

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). Wie erwähnt, findet die Ungleichbehandlung von Datenaufzeichnungsgeräten im Sinne von Artikel 102a VTS und Restwegschreibern ihre gesetzliche Grundlage in Artikel 101 VTS, wobei sich die VTS auf Artikel 8 Absatz 1, Artikel 9 Absätze 1 und 3, Artikel 18 Absatz 2, Artikel 25, Artikel 103 Absätze 1 und 3 sowie Artikel 106 Absätze 1, 6 und 10 des Strassenverkehrsgesetzes (SVG, SR 741.01) stützt. In Randziffer 8 wurde darauf hingewiesen, dass die Vorschrift von Artikel 101 VTS im hier zu beurteilenden Markt für Restwegschreiber faktisch ein Monopol und somit eine staatliche Marktordnung gemäss Artikel 3 Absatz 1 Buchstabe a KG begründet. Daher ist im vorliegenden Fall eine Empfehlung nach Artikel 45 Absatz 2 KG vorzunehmen. Danach kann die Weko den Behörden Empfehlungen zur Förderung von wirksamem Wettbewerb unterbreiten, insbesondere hinsichtlich der Schaffung und Handhabung wirtschaftsrechtlicher Vorschriften.

10. Vorab ist nach dem Ziel der Regulierung zu fragen. Aus dem Gesetzestext geht hervor, dass damit der Verkehr auf den öffentlichen Strassen sowie die Haftung und die Versicherung für Schäden, die durch Motorfahrzeuge oder Fahrräder verursacht werden, geordnet werden sollen (Art. 1 Abs. 1 SVG).

11. Vor diesem Hintergrund wäre gemäss ASTRA eine Ausdehnung der Verwendungsmöglichkeit von Datenaufzeichnungsgeräten auf weitere Fahrzeuge erst dann möglich, wenn für diese wie auch für Restwegschreiber definierte technische Anforderungen, beispielsweise bezüglich Aufzeichnungsgenauigkeit und Nachprüfmodalitäten bestehen würden. Nach Aussagen der Firma Krautli (Schweiz) AG wären solche Anforderungen einfach aufzustellen und einzuhalten.

12. Im Anschluss zu diesen Sicherheitsüberlegungen soll die vorliegend angesprochene Ungleichbehand-

lung wettbewerbspolitisch analysiert werden. Artikel 101 VTS begründet für die Firma Mobatime AG eine Monopolstellung und schützt damit eine bestimmte Technologie (vgl. Rz. 13 f.). Somit ist Artikel 101 VTS nicht technologieneutral. In einem Bereich ohne Marktversagen sind solche Eingriffe des Staates nicht angezeigt und können sich innovationshemmend auswirken.

13. Gemäss Artikel 101 VTS können Restwegschreiber zwar durch Fahrtschreiber (Art. 100 VTS) substituiert werden. Fahrtschreiber zeichnen Werte wie Geschwindigkeit, Wegstrecken, Fahrt- und Haltezeiten etc. auf. Sie werden nicht in der Schweiz hergestellt. Die Restwegschreiber haben gegenüber den Fahrtschreibern die Vorteile, dass sie billiger sind und einen tieferen Wartungsaufwand verursachen. So müssen bei Restwegschreibern beispielsweise nicht jeden Tag neue Tacho-Scheiben eingelegt werden. Zudem speichert der Restwegschreiber wesentlich mehr Informationen. Allerdings sind Restwegschreiber im Ausland kein anerkanntes Substitut für Fahrtschreiber. Deshalb sind etwa Linienbusse oder Militärfahrzeuge, die auch im Ausland eingesetzt werden, mit einem Fahrtschreiber oder allenfalls mit beiden Geräten ausgerüstet. Aus den genannten Gründen werden Restwegschreiber in der Praxis - ausser in Fahrzeugen, die für Auslandsfahrten eingesetzt werden - nicht durch Fahrtschreiber substituiert.

14. Vorstellbar wäre auch, dass Hersteller von Datenaufzeichnungsgeräten gemäss Artikel 102a VTS beginnen würden, Restwegschreiber zu produzieren. Gemäss Aussagen der Firma Krautli (Schweiz) AG ist dies für Hersteller keine Alternative, da Restwegschreiber auf einer veralteten Technologie beruhen. Im Gegensatz zu Restwegschreibern können die heute als Datenaufzeichnungsgeräte verwendeten Unfalldatenspeicher weiter entwickelt werden. Sie könnten beispielsweise inskünftig das Fahrverhalten von Fahrtschreibern per Funk übermitteln.

15. Unfalldatenspeicher im Sinne von Datenaufzeichnungsgeräten gemäss Artikel 102a VTS sind den Restwegschreibern nicht nur in Zukunft, sondern auch bereits heute technisch überlegen: Mit Unfalldatenspeichern werden Daten über die Längs- und Querbewegung des Fahrzeugs, Richtungsänderungen, Betätigung von Bremse, Blinkern und Licht erfasst und automatisch aufgezeichnet. Im Gegensatz zu Restwegschreibern zeichnen Unfalldatenspeicher auch Daten auf, wenn die Räder eines Fahrzeugs blockiert sind. Dadurch lässt sich unter anderem feststellen, ob sich ein Fahrzeug um 360 Grad gedreht hat oder nur still gestanden ist, welches Fahrzeug bei einer Massenkarambolage zuerst kollidiert ist etc. Während der Restwegschreiber nur ein einziges Ereignis (Kollision) abspeichern kann und nachher zum Auswerten der Daten ausgebaut und eingeschickt werden muss, speichert ein Unfalldatenspeicher mehrere Ereignisse. Die aufgezeichneten Daten können anschliessend verschlüsselt per E-Mail an eine Auswertungsstelle gesendet werden, ohne dass dies einen Ausbau des Gerätes erfordert.

16. Die Tatsache, dass Unfalldatenspeicher mehr technische Möglichkeiten haben als Restwegschreiber, wurde vom ASTRA bestätigt. Nebst den technischen Vorteilen besteht der ökonomische Vorteil von Unfalldatenspeichern darin, dass diese billiger sind als Restwegschreiber.

17. Die Entwicklung in der schweizerischen Gesetzgebung mit der Änderung von Artikel 102a VTS zeigt, dass die heute als Datenaufzeichnungsgeräte verwendeten Unfalldatenspeicher eine anerkannte Technologie sind: Die in Randziffer 4 erläuterte Kosten-Nutzen-Analyse für Fahrzeuge mit Blaulichtern und Wechselklanghörnern spricht für die Gleichbehandlung der beiden Gerätetypen.

18. Weiter hat der UDS 2.0 vom Deutschen Kraftfahrtbundesamt (KBA) die allgemeine Betriebserlaubnis erhalten und wird in Verfahren sowohl in Europa als auch in der Schweiz vor Gericht als Beweismittel akzeptiert. Gemäss Angaben der Basler Versicherungen lässt sich die Schuldfrage aufgrund dieser Daten rasch und zweifelsfrei feststellen. Vor diesem Hintergrund unterstützt die Basler Versicherung die Installation des Unfalldatenspeichers UDS 2.0 mit verschiedenen finanziellen Anreizen.

19. Zudem fördern die Bundesländer Baden-Württemberg und Sachsen-Anhalt den Einsatz von Bussen, die mit diesem Gerät ausgerüstet sind, von Amtes wegen. Auch wird der UDS 2.0 in den Polizeifloten in Europa verbreitet eingesetzt. Diese Referenzen legen nahe, dass der UDS 2.0 internationalen Anforderungen zu genügen vermag.

20. Ferner dürfen sich technische Vorschriften gemäss Artikel 4 Absatz 1 des Bundesgesetzes über die technischen Handelshemmnisse (THG, SR 946.51) nicht als technische Handelshemmnisse auswirken, falls keine Gründe des öffentlichen Interesses nach Artikel 4 Absatz 3 THG vorhanden sind. Im vorliegenden Fall sind keine solchen Gründe ersichtlich, so dass Artikel 101 VTS im Widerspruch steht zu Artikel 4 Absatz 1 THG.

Die Bestimmung bildet somit eine THG-widrige Marktabschottung durch technische Handelshemmnisse. Die allgemeine Abschaffung derartiger Handelshemmnisse ist auch das Ziel der laufenden Bemühungen um eine einseitige Einführung des Cassis de Dijon-Prinzips in der Schweiz, welches der Bundesrat aufgrund der Motion HESS an die Hand genommen hat.

21. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Ungleichbehandlung von Restwegschreibern und Datenaufzeichnungsgeräten im Sinne von Artikel 102a VTS zu technischen Handelshemmnissen führt, die den Markt für Restwegschreiber unnötig abschotten und Wettbewerbsverzerrungen verursachen können. Die Weko ist der Ansicht, dass die Anwendung der bereits in Artikel 102a VTS festgehaltenen Regelung für die Ausrüstung von Fahrzeugen mit Blaulichtern und Wechselklanghörnern auch auf die anderen mit einer Aufzeichnungspflicht belasteten Fahrzeuge gemäss Artikel 101 VTS ausgedehnt werden soll.

C Empfehlung

22. Die Weko empfiehlt dem Bundesrat im Sinne von Artikel 45 Absatz 2 KG nachdrücklich, die VTS dahingehend zu ändern, dass Datenaufzeichnungsgeräte gemäss Artikel 102a VTS den Restwegschreibern für alle Fahrzeuge mit Aufzeichnungspflicht gemäss Artikel 101 VTS gleichgestellt werden. Dabei soll auf die Kompatibilität mit der Europäischen Gesetzgebung geachtet werden, wie es das THG seit 1995 verlangt. Durch die vorzunehmenden Änderungen sollen Wettbewerbsverzerrungen im Sinne der Erwägungen beseitigt werden. Sind Anforderungen an Bau, Installation, Prüfung, Nachprüfung und Reparatur von Datenaufzeichnungsgeräten notwendig, um das Ziel der Regulierung von Artikel 1 Absatz 1 SVG erreichen zu können, sind diese diskriminierungsfrei zu formulieren.

B 2	7. Stellungnahmen Préavis Preavvisi
B 2.7	1. Bundesgesetz über die Krankenversicherung. Teilrevision. Verbesserung des Risikoausgleiches - Vernehmlassungsverfahren

Stellungnahme; Art. 46 Abs. 2 KG

Préavis; art. 46 al. 2 LCart

Preavviso; art. 46 cpv. 2 LCart

Stellungnahme vom 5. Oktober 2005

Bereits im Vernehmlassungsverfahren zu den Gesetzgebungspaketen der 3. Teilrevision in der Krankenversicherung sprach sich die Wettbewerbsbehörde für die Verbesserung des Risikoausgleiches und dessen unbefristete Verankerung im KVG aus (RPW 2004/3, S. 852 ff.), wobei sie gleichzeitig die Unerlässlichkeit der Aufhebung des Kontrahierungszwanges im ambulanten und stationären Bereich sowie der Einführung einer monistischen Spitalfinanzierung forderte.

I. Risikoselektion und Wettbewerb

Da der heutige Risikoausgleich in einem System mit Einheitsprämien - im Gegensatz zu einem System mit risikogerechten Prämien, in dem ein Risikoausgleich überflüssig wäre - nur einen geringen Anteil der Krankheitskosten erklärt, können die Krankenversicherer Risikoselektion betreiben. Die Kassen selektionieren Risiken indem sie versuchen, schlechte Risiken zu vermeiden und gute Risiken zu gewinnen. Dieses Verhalten ermöglicht den einzelnen Krankenversicherern ihre Durchschnittskosten zu senken, während jene der anderen Krankenversicherer steigen und die Gesamtkosten aller Krankenversicherer unverändert bleiben. Ausgabenreduktionen, welche die Krankenversicherer durch Risikoselektion erzielen, tragen zu keiner Verbesserung des Kosten-Leistungs-Verhältnisses in der Krankenversicherung bei. Die dafür verwendeten Ressourcen sind aus volkswirtschaftlicher Sicht verschwendet (ineffiziente Mittelverwendung).

Soweit Kassen erfolgreich Risikoselektion betreiben, können sie wegen der dadurch erreichten Risikostruktur ihre Prämien senken. Diese Prämienunterschiede zu anderen Krankenversicherern widerspiegeln aber gravierenderweise nicht deren leistungsbezogene Effizienz. Risikoselektion kann damit im Extremfall bewirken, dass effizientere von weniger effizienten Kassen aus dem Markt verdrängt werden, zumal durch Risikoselektion geschaffene Kostenvorteile über mehrere Jahre hinweg beständig bleiben.

Ein funktionierender Risikoausgleich würde die Risikoselektion der Krankenversicherer unterbinden und

zur Ermöglichung von wirksamem Wettbewerb zwischen den Kassen beitragen. Je besser der Risikoausgleich funktioniert, desto mehr sind die Krankenversicherer gezwungen, Prämienunterschiede durch echte Leistungsanstrengungen zu erzielen beziehungsweise Ressourcen für die Verbesserung des Kosten-Leistungs-Verhältnisses in der Krankenversicherung einzusetzen.

II. Vorschlag der SBK-S

Der Risikoausgleich funktioniert heute unzureichend, da er zum einen nur die Abgeltungsfaktoren Alter und Geschlecht berücksichtigt und zum andern retrospektiv ausgestaltet ist. Die durch die SBK-S vorgeschlagene Formel für die Berechnung des Risikoausgleiches entspricht der Struktur der abzugeltenden, zukünftigen Risiken besser als die gültige Ausgleichsformel. Da der vorgeschlagene Risikoausgleich prospektiv ausgestaltet werden soll und sich wenig an den Kosten der Vergangenheit orientiert, werden die Effizianzanreize der Krankenversicherer deutlich erhöht. Die Verbesserung und prospektive Ausgestaltung des Risikoausgleiches sind Voraussetzungen für einen Wettbewerb zwischen den Krankenversicherern, in welchem sich die Kassen auf den einzig wichtigen Wettbewerbsparameter in diesem Markt, die Verbesserung der Effizienz beziehungsweise des Kosten-Leistungs-Verhältnisses, fokalisieren.

Als Ziel darf die Effizienzverbesserung durch eine Dynamisierung des Wettbewerbs in den Folgearbeiten nicht aus den Augen verloren gehen. Von den verschiedenen Wegen, die zu einer Verminderung der Risikoselektion führen, ist jener zu wählen, der die potenziellen Effizienzgewinne am besten zu realisieren vermag. So hätte die Einführung eines Hochrisikopools nur zu einer Verminderung der Risikoselektionsanreize beigetragen. Jedoch würden für die Krankenversicherer durch einen Hochrisikopool keine Effizianzanreize geschaffen, in dem Sinne, dass sie sich für eine Verbesserung des Kosten-Leistungs-Verhältnisses einsetzen - eine solche Verbesserung wäre aber gerade bei hohen Risiken sinnvoll und einträglich.

Die Wettbewerbskommission erachtet das geplante Projekt in einem System mit Einheitsprämie als einen wichtigen Schritt in Richtung Verbesserung eines Effizienz steigernden Wettbewerbs in der sozialen Krankenversicherung.

B 2.7

2. Vernehmlassung zur Agrarpolitik 2011*Stellungnahme; Art. 46 Abs. 2 KG**Préavis; art. 46 al. 2 LCart**Preavviso; art. 46 cpv. 2 LCart**Stellungnahme vom 5. Dezember 2005***I. Einleitung**

Die schweizerische Landwirtschaftspolitik hat in den vergangenen Jahren bedeutende Veränderungen erfahren. So wurden verschiedene wichtige wettbewerbspolitische Anliegen im Zuge der beiden letzten Revisionen des Landwirtschaftsrechts (Agrarpolitik 2002 und Agrarpolitik 2007) erfüllt. Die Wettbewerbskommission begrüsst, dass im Zuge der Agrarpolitik 2011 weitere Reformschritte geplant sind, die partiell zu einem verstärkten Wettbewerb und zu effizienteren Marktergebnissen führen dürften. Es kann somit festgehalten werden, dass die Reformen auch aus wettbewerbspolitischer Sicht in die richtige Richtung gehen.

Trotzdem bleibt der Agrarsektor nach wie vor ein stark regulierter Bereich, auf dem sich der Wettbewerb nicht frei entfalten kann. Die verfassungsmässigen Ziele gemäss Artikel 104 BV könnten zweifellos mit einer wesentlich geringeren Regulierungsdichte erreicht werden. Die Regulierung des Agrarsektors wirkt sich ebenfalls auf die vor- und nachgelagerten Märkte aus. So ist das Bestehen ineffizienter Strukturen auf den vor- und nachgelagerten Märkten zumindest teilweise auf den jahrzehntelangen Agrarschutz zurückzuführen. Der in der Vernehmlassungsunterlage vertretene These, wonach der Agrarsektor nur in unbedeutendem Umfang zum hohen schweizerischen Preisniveau beiträgt, kann nicht zugestimmt werden.

Gerade auch im Hinblick auf den Wettbewerb auf den vor- und nachgelagerten Stufen ist es entscheidend, dass vormals staatliche Regulierungen nicht durch staatlich legitimierte private Wettbewerbsbeschränkungen abgelöst werden. Ein verstärkter Wettbewerb führt zu effizienteren Produktionsstrukturen und zu einer besseren Befriedigung der Konsumentenpräferenzen. Die Wettbewerbskommission befürwortet deshalb eine weitere Öffnung der Agrarmärkte. Verbindliche Aussagen über den Zeitplan und das Ausmass des Abbaus des Grenzschutzes könnten die aktuellen Unsicherheiten über die Zukunft der landwirtschaftlichen Produktion in der Schweiz beseitigen. Das Landwirtschaftsrecht enthält zahlreiche Regelungen, welche die Strukturen sowie die Produktions- und Investitionsentscheidungen der Produzenten beeinflussen, was zu Wettbewerbsverzerrungen und Fehlallokationen führen kann. Nach Auffassung der Wettbewerbskommission besteht in verschiedenen Bereichen Spielraum, die unternehmerische Freiheit und Selbstverantwortung der Marktteilnehmer weiter zu fördern.

II. Private Wettbewerbsbeschränkungen im Agrarsektor**1. Selbsthilfemassnahmen (Art. 8 LwG)**

Die Wettbewerbskommission ist bereits in ihrer Stellungnahme vom 17. Dezember 2001 (RPW 2002/1, S. 174 ff.) im Rahmen der Vernehmlassung zur Agrarpolitik 2007 ausführlich auf diese Problematik eingegangen. Die Wettbewerbskommission hält an ihren damaligen Ausführungen fest. Im Folgenden werden die wesentlichen Gesichtspunkte aus aktueller Sicht nochmals dargelegt.

Als Selbsthilfemassnahmen von Branchen- und Produzentenorganisationen gelten die Förderung der Qualität und des Absatzes sowie die Anpassung der Produktion und des Angebotes an die Erfordernisse des Marktes. Diese Massnahmen können im Einzelfall gesamtwirtschaftlich sinnvoll sein, sofern daraus effektiv eine Absatzsteigerung oder eine Senkung der Transaktionskosten resultiert. Diese Massnahmen können aber auch dazu geeignet sein, den Wettbewerb zu beeinträchtigen und die Konsumentenrente zu verringern.

Volkswirtschaftlich schädliche Auswirkungen sind dabei am ehesten auf Märkten mit einer hohen Konzentration, einem starken Grenzschutz und geringen Substitutionsmöglichkeiten zu erwarten. Ein typisches Beispiel hierfür ist der Buttermarkt, auf welchem die drei bedeutenden Marktteilnehmer innerhalb der Branchenorganisation Butter gemeinsam die Koordination des Buttermarktes vornehmen. Die potenziell kollusionsfördernde Wirkung von marktumfassenden Branchenvereinbarungen war unlängst Gegenstand zweier Vorabklärungen (Reorganisation des Biomilchmarktes, RPW 2005/3, S. 458 ff., und Vergabe von Lagerungsaufträgen für Speisekartoffeln, RPW 2005/3, S. 470 ff.).

Zwar bestehen in der Europäischen Union ähnliche Bestimmungen hinsichtlich der Selbsthilfemassnahmen von landwirtschaftlichen Organisationen. Die Wirkung der Aktivitäten von Branchen- und Produzentenorganisationen auf dem schweizerischen Markt ist aufgrund der Grösse des Marktes und der Marktstrukturen indes unter Umständen anders zu beurteilen als auf dem europäischen Binnenmarkt. Zu unterscheiden ist in jedem Falle, ob Massnahmen auf eine Region oder eine Sorte eines Produktes beschränkt sind, oder ob marktumfassende Massnahmen für ein homogenes Produkt getroffen werden. Es drängt sich deshalb eine Einzelfallanalyse auf. Eine solche wird durch die bestehenden Bestimmungen im Landwirtschaftsgesetz zumindest erschwert.

Antrag: Die Wettbewerbskommission hält an ihrem in der Stellungnahme zur Agrarpolitik 2007 formulierten Antrag (RPW 2002/1, S. 176), den Passus "sowie die Anpassung der Produktion und des Angebotes an die Erfordernisse des

Marktes" aus Artikel 8 Absatz 1 LwG zu streichen, fest.

2. Richtpreise (Art. 8a LwG)

Gemäss Artikel 8a LwG können die Organisationen der Produzenten und Produzentinnen einzelner Produkte oder Produktgruppen oder der entsprechenden Branchen auf nationaler oder regionaler Ebene Richtpreise herausgeben, auf die sich die Lieferanten und die Abnehmer geeinigt haben. Dabei gilt, dass die Richtpreise nach Qualitätsabstufungen differenziert festzulegen sind, dass einzelne Unternehmen nicht zur Einhaltung der Richtpreise gezwungen werden können und dass für Konsumentenpreise keine Richtpreise festgelegt werden dürfen. Artikel 8a LwG wurde erst nach Durchführung der Vernehmlassung im Rahmen der Agrarpolitik 2007 in den Gesetzgebungsprozess mit einbezogen, so dass sich die Wettbewerbskommission bis anhin noch nicht dazu geäussert hat.

Artikel 8a LwG ist aus wettbewerbspolitischer Sicht abzulehnen. Von einer Mehrzahl der Marktteilnehmer einheitlich angewandte Richtpreise können volkswirtschaftlich schädliche Auswirkungen nach sich ziehen. Bei Richtpreisen ist eine Beurteilung angezeigt, welche die einzelfallspezifischen Wettbewerbsverhältnisse berücksichtigt. Durch Artikel 8a LwG wird dies in Frage gestellt.

Richtpreise sind ein Mittel zur Erhöhung der Markttransparenz. Eine erhöhte Markttransparenz ist aus wettbewerbsökonomischer Sicht ambivalent. Ein allenfalls vorhandenes Informationsbedürfnis könnte ohne weiteres durch die kartellrechtlich unbedenkliche Publikation der aktuellen Marktpreise befriedigt werden. Bisherige Erfahrungen haben gezeigt, dass Richtpreise in einigen Fällen über das Ziel einer blossen Informationsvermittlung hinausgehen. So sind Fälle bekannt, in denen Unternehmen im Falle der Nichteinhaltung von Richtpreisen von bestimmten unternehmerischen Tätigkeiten ausgeschlossen wurden. Diese Fälle betrafen die Zuteilung von Rohstoffen an Verarbeitungsbetriebe, die Teilnahme an Ausschreibungsverfahren sowie die Bewilligungserteilung für passiven Veredelungsverkehr. In solchen Fällen, in denen ein faktischer Zwang zur Einhaltung der "Richtpreise" besteht, liegen nach Auffassung der Wettbewerbskommission keine Richtpreise im Sinne von Artikel 8a LwG vor.

Antrag: Artikel 8a LwG ist zu streichen.

3. Unterstützung von Selbsthilfemassnahmen (Art. 9 LwG)

Der Bundesrat kann befristete Vorschriften erlassen, sofern die Selbsthilfemassnahmen von Unternehmen gefährdet werden oder werden könnten, die sich nicht an den kollektiv beschlossenen Massnahmen beteiligen. In der Praxis bedeutet dies meist, dass Nichtmitglieder gezwungen werden, von Branchen- und Produzentenorganisationen beschlossene Selbsthilfemassnahmen mitzufinanzieren. Mit dieser Bestimmung soll ein Trittbrettfahrerverhalten von Unternehmen vermieden werden, das darin besteht, dass

diese zwar von Selbsthilfemassnahmen profitieren, ohne sich aber an deren Finanzierung zu beteiligen.

Bei der Unterstützung von Selbsthilfemassnahmen gemäss Artikel 9 LwG stellt sich das Problem, dass die Interessen der betreffenden Branchen in den Vordergrund gestellt und allfällige volkswirtschaftlich schädliche Auswirkungen der beschlossenen Selbsthilfemassnahmen ausser Acht gelassen werden. Die Anwendung von Artikel 9 LwG stellt einen schwer wiegenden Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit dar. Es besteht die Befürchtung, dass auf den betreffenden Märkten Marktaussenseiter, die für ihr Unternehmen eine andere Strategie bevorzugen würden, behindert werden. Die Wettbewerbskommission verweist auf ihre Stellungnahme im Rahmen der Vernehmlassung zur Agrarpolitik 2007 (RPW 2002/1, S. 176 f.), wonach die Anwendung von Artikel 9 LwG restriktiv erfolgen sollte.

III. Grenzschutz und Verteilung der Zollkontingente

1. Grenzschutz

Der Grenzschutz bezweckt den Schutz der inländischen landwirtschaftlichen Produktion. Bewirkt wurde damit in der Vergangenheit aber auch ein Schutz der nachgelagerten Verarbeitungs- und Handelsstufen, was dort zum Teil zu ineffizienten Strukturen geführt hat. Der Grenzschutz führt zu überhöhten Inlandspreisen und zu Spezialisierungsverlusten und ist aus wohlfahrtsökonomischer Sicht negativ zu beurteilen, weshalb die Wettbewerbskommission den Abbau des Grenzschutzes befürwortet.

Ein Abbau des Grenzschutzes dürfte namentlich aufgrund der WTO-Verhandlungen früher oder später unabwendbar sein. Es erscheint essenziell, dass den Marktteilnehmern möglichst frühzeitig verbindliche Signale über den Zeitplan des Grenzschutzabbaus gegeben werden. Dies würde die Entscheidungsgrundlagen der Unternehmen bei anstehenden Investitionen respektive Desinvestitionen verbessern.

Ein weitgehender Abbau des Grenzschutzes könnte dort sofort vorgenommen werden, wo ein solcher für die Erfüllung des Verfassungsauftrages (Art. 104 BV) am wenigsten notwendig ist. Beispiele hierfür sind die auf Seite 147 f. der Vernehmlassungsunterlage genannten Importkontingente für Pferde sowie die Bestimmungen im Zusammenhang mit dem Schutz der inländischen Tierzucht (insbesondere Art. 145 Abs. 3 LwG). Volkswirtschaftlich bedeutender ist der Abbau der Schwellenpreise bei den Futtermitteln, da hiermit die Kosten in der Fleischproduktion massiv gesenkt werden könnten (vgl. Abschnitt V). Dadurch könnten die Kosten gerade in solchen Bereichen gesenkt werden, in denen die Schweiz aufgrund der topografischen und klimatischen Verhältnisse grundsätzlich keine erheblichen komparativen Nachteile aufweisen dürfte (namentlich Schweine- und Geflügelmast). Ein weiterer Markt, auf dem ein möglichst rascher Abbau des Grenzschutzes vordringlich erscheint, ist aufgrund der Marktmacht der bestehenden Anbieter der Buttermarkt.

2. Verteilung der Zollkontingente

Dort wo ein Grenzschutz politisch nach wie vor gewollt ist, sollte dieser so ausgestaltet sein, dass möglichst wenige Wettbewerbsverzerrungen auftreten. Die Art der Verteilung von Zollkontingenten tangiert das Ausmass des Grenzschutzes nicht, hat aber nachhaltige Auswirkungen auf den Wettbewerb im Inland. Die Wettbewerbskommission hat sich in der Vergangenheit dafür eingesetzt, dass die Verteilung der Zollkontingente gemäss einer Inlandleistung durch wettbewerbskonforme Verfahren, namentlich Versteigerungen, abgelöst wird. In Zukunft dürfte zu prüfen sein, ob Zollkontingente generell durch Einzellsysteme abzulösen sind.

Eine der wichtigsten Neuerungen der Agrarpolitik 2007 bestand im schrittweisen Übergang von der Verteilung der Zollkontingente gemäss Inlandleistung zur Versteigerung der Zollkontingente auf dem Fleischmarkt. Aus den Erläuterungen auf Seite 147 der Vernehmlassungsunterlage geht hervor, dass die bisherigen Erfahrungen positiv zu bewerten sind. Die im Vorfeld geäusserte Befürchtung, dass die Versteigerung zu einer Erhöhung der Konsumentenpreise führt, konnte nicht bestätigt werden, wobei die Entwicklung in diesem Punkt weiterhin beobachtet werden sollte. Unbefriedigend ist hingegen, dass die Einnahmen aus den Versteigerungen zur Subventionierung der Schlachtabfallentsorgung eingesetzt werden, was in diesem Bereich zu Wettbewerbsverzerrungen führt (vgl. Abschnitt IV).

Die Wettbewerbskommission begrüsst es, dass im Zuge der Agrarpolitik 2011 auch die Zollkontingente für Kartoffeln, Butter und Milchpulver nicht mehr nach Massgabe einer Inlandleistung verteilt, sondern versteigert werden sollen.

Auf dem Kartoffelmarkt dürfte die Versteigerung ein probates Mittel darstellen, den Wettbewerb auf Grosshandelsstufe zu beleben, zumal die Vorabklärung in Sachen Vergabe von Lagerungsaufträgen für Speisekartoffeln (RPW 2005/3, S. 470 ff.) Fragen hinsichtlich der Wettbewerbsintensität in diesem Bereich aufgeworfen hat.

Wie bereits weiter oben angetönt wurde, ortet die Wettbewerbskommission auf dem Buttermarkt aufgrund der herrschenden Wettbewerbsverhältnisse dringenden Handlungsbedarf. Der Übergang zu einer Versteigerung der Importkontingente ist dabei grundsätzlich zu begrüßen. Ein positiver Punkt besteht ebenfalls im Wegfall der Aufgaben der Branchenorganisation Butter beim Butterimport (z.B. Ausgleichszahlungen zwischen den Butterproduzenten). Aus der Vernehmlassungsunterlage geht hervor, dass der Butterimport weiterhin auf Grossgebände beschränkt sein soll. Die importierte Butter soll nicht als solche in die Verkaufsregale gelangen, sondern im Bedarfsfall der inländischen Butter beigemischt werden. Es fragt sich, ob unter diesen Voraussetzungen andere Unternehmen als die etablierten Butterproduzenten ein ernsthaftes Interesse am Butterimport bekunden werden. Ob unter dieser Voraussetzung von einer Versteigerung der Zollkontingente nennenswerte Impulse für

eine Belebung des Wettbewerbs ausgehen werden, erscheint fraglich.

Antrag: Die Wettbewerbskommission beantragt, auf die genannten Restriktionen hinsichtlich der Gebindegrösse der importierten Butter zu verzichten.

IV. Struktur- und Produktionslenkung

Die für die Landwirtschaft zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel sollten einerseits zielgerichtet eingesetzt werden, andererseits sollte die Unterstützung struktur-, wettbewerbs- und technologieneutral erfolgen. Die Frage, inwieweit die eingesetzten Mittel hinsichtlich des Verfassungsauftrages von Artikel 104 BV zielgerichtet eingesetzt werden, ist nicht in erster Linie von der Wettbewerbskommission zu beantworten. Die Wettbewerbskommission verweist hierzu auf die Studie von RIEDER, BUCHLI und KOPAINSKY (Erfüllung des Verfassungsauftrages durch die Landwirtschaft unter besonderer Berücksichtigung ihres Beitrags zur dezentralen Besiedelung; Hauptbericht; Institut für Agrarwirtschaft, Gruppe Markt und Politik ETH Zentrum, Dezember 2004).

Bei der Umsetzung der Agrarpolitik, und insbesondere bei der Begleitung des Strukturwandels, ergeben sich zahlreiche wettbewerbspolitisch relevante Fragen zur Struktur-, Wettbewerbs- und Technologieneutralität. Die Wettbewerbskommission setzt sich dafür ein, dass sich die künftigen Strukturen auf den Agrarmärkten möglichst frei von staatlichen Interventionen aufgrund der Marktkräfte entwickeln können. Hierbei dürfte sich generell eine Tendenz hin zu grösseren Betriebsstrukturen ergeben, wobei nicht auszuschliessen ist, dass daneben kleine, innovative und effiziente Nischenanbieter bestehen bleiben. Der Strukturwandel soll erleichtert werden, ohne dass von Seiten der Politik bestimmte Betriebsformen bevorzugt werden.

Wichtige Bestimmungen im Hinblick auf notwendige Struktur Anpassungen bestehen im bäuerlichen Bodenrecht und im landwirtschaftlichen Pachtrecht. Die in diesen Bereichen vorgesehenen Gesetzesänderungen dürften dazu beitragen, notwendige Struktur Anpassungen zu beschleunigen. Zu nennen ist hierbei insbesondere die Aufgabe der Preisbegrenzung beim Erwerb von landwirtschaftlichen Gewerben oder Grundstücken.

Eine Bestimmung, welche die Schaffung effizienter Produktionsstrukturen nach wie vor behindert, sind die bestehenden Höchstbestandesbestimmungen (Art. 46 LWG). Auch wenn die Höchstbestände seit der letzten Agrarreform erhöht wurden, bleibt das struktur-erhaltende Potenzial dieser Bestimmung wirksam.

Antrag: Die Wettbewerbskommission beantragt, Artikel 46 LWG zu streichen.

Ein gewisser Spielraum hin zu einer grösseren Flexibilität besteht nach Auffassung der Wettbewerbskommission beim biologischen Landbau. Das Prinzip der Gesamtbetrieblichkeit könnte zumindest für einige klar definierte Teilbereiche aufgehoben werden. Den Produzenten sollte grundsätzlich die Möglichkeit offen stehen, voneinander abgetrennte biologische und

nicht biologische Betriebseinheiten zu führen. Dadurch könnte in einzelnen Bereichen die Flexibilität der Produzenten erhöht, Markteintritte erleichtert und damit der Wettbewerb verstärkt werden. Es steht den betreffenden Produzentenorganisationen frei, das Prinzip der Gesamtbetrieblichkeit in ihren Label-Bestimmungen zu verankern.

In der Stellungnahme im Rahmen der Vernehmlassung zur Agrarpolitik 2007 hat sich die Wettbewerbskommission kritisch zu den Umstellungsbeiträgen im Weinanbau sowie bei Früchten und Gemüse geäußert. Mit der Agrarpolitik 2011 sollen diese Massnahmen weitergeführt werden. Eine nachträgliche Korrektur von unternehmerischen Fehlentscheidungen, die mit Hilfe staatlicher Unterstützung erfolgt, stellt eine Wettbewerbsverzerrung zulasten derjenigen Marktteilnehmer dar, die von sich aus auf vielversprechende Kulturen gesetzt haben. Die gegenwärtige gesetzliche Grundlage läuft per Ende 2011 aus. Wünschenswert wären verbindliche Aussagen von Seiten der zuständigen Stellen, dass danach ähnliche Umstellungsbeiträge nicht mehr in Betracht kommen.

Wie weiter oben angetönt wurde, ist die Subventionierung der Schlachtabfallentsorgung abzulehnen. Hinzu kommt, dass die Subventionierung der Schlachtabfallentsorgung mit einem fragwürdigen Umverteilungsziel zu Gunsten der Schlachtviehproduzenten verknüpft ist (vgl. namentlich die Stellungnahme der Wettbewerbskommission im Rahmen der Vernehmlassung in Sachen Entsorgungsbeiträge Schlachtabfälle und Anreizsystem Tierverkehrskontrolle vom 7.10.2002).

Antrag: Es ist auf die Ausrichtung von Beiträgen für die Schlachtabfallentsorgung zu verzichten.

Es bestehen zahlreiche weitere Bestimmungen, die auf die unternehmerischen Entscheide der Marktteilnehmer einwirken und somit wettbewerbsverzerrend wirken können. Zu nennen sind hierbei die Unterstützung der landwirtschaftlichen Beratung (Art. 136 LwG) und bäuerlicher Infrastrukturmassnahmen (Art. 87 LwG). Es wäre begrüssenswert, wenn sich der Staat innert nützlicher Frist aus diesen Bereichen zurückzieht.

V. Senkung der Produktionskosten

Kostensenkungspotenziale im Agrarsektor und in den nachgelagerten Verarbeitungsindustrien können durch Strukturanpassungen, das heisst das Ausnutzen von Grössen- und Verbundvorteilen, realisiert werden. Kostensenkungen könnten auch mit einem weiteren Abbau der Regulierungsdichte und einer Vereinfachung der administrativen Abläufe erzielt werden.

Bedeutende Kostenreduktionen in der Fleischproduktion können mit einer Reduktion des Schwellenpreises für Futtermittel erreicht werden. Die nachteiligen ökonomischen Konsequenzen von Schwellenpreisen werden auf Seite 155 der Vernehmlassungsunterlage beschrieben. Die Futtermittelkosten sind ein wesentlicher Faktor für die im Vergleich zum benachbarten Ausland überhöhten Fleischpreise in der Schweiz.

Antrag: Die Wettbewerbskommission beantragt die vollständige Öffnung des Futtermittelmarktes.

In der Vernehmlassungsunterlage werden verschiedene Massnahmen genannt, die zu einer Kostensenkung bei der landwirtschaftlichen Produktion beitragen könnten. Namentlich wurden der Übergang auf eine regionale Erschöpfung für patentgeschützte landwirtschaftliche Produktionsmittel, der Abbau technischer Handelshemmnisse und die Anwendung des Kartellgesetzes genannt. Es handelt sich hierbei durchwegs um geeignete Instrumente, die ein Potenzial zur Erreichung einer grösseren Effizienz und geringerer Kosten beinhalten. Im Bereich der technischen Handelshemmnisse ergibt sich der Handlungsbedarf namentlich aus den Tabellen auf Seite 292 ff. der Vernehmlassungsunterlage. Technische Handelshemmnisse erhöhen die Inputpreise, behindern die wirtschaftliche Dynamik und benachteiligen die inländischen Produzenten gegenüber ausländischen Wettbewerbern. Beispiele für die im Vergleich zum Ausland überhöhten Preise bei patentgeschützten Pflanzenschutzmitteln sind in der von der Preisüberwachung im September 2005 veröffentlichten Studie zu den Produktionsmittelpreisen in der schweizerischen Landwirtschaft ersichtlich. Die beiden folgenden Anträge bezwecken, Importhindernisse zu beseitigen und den Wettbewerb beim Import von Produktionsmitteln zu beleben.

Antrag: Die Wettbewerbskommission fordert namentlich im Bereich der Pflanzenschutzmitteln den Übergang zumindest zu einer regionalen Erschöpfung des Patentrechts.

Antrag: Die Wettbewerbskommission fordert die Beseitigung technischer Handelshemmnisse im Sinne des Cassis-de-Dijon-Prinzips.

VI. Markttransparenz und Margen

Wie weiter oben ausgeführt wurde, kann eine erhöhte Markttransparenz dazu führen, dass die Stabilität von Wettbewerbsabreden erhöht wird. In diesem Zusammenhang ist nicht zuletzt auch die vom Bundesamt für Landwirtschaft geführte Marktbeobachtung (Art. 27 LwG) von Relevanz. Namentlich auf dem Milchmarkt könnte die aufgrund der Aufhebung der Milchkontingentierung geplante Sammlung und Veröffentlichung von Daten über das Ziel hinausgeschossen. Dies betrifft zum Beispiel die Meldung der vertraglich vereinbarten Milchmengen und die geplante Erfassung und Veröffentlichung der Grosshandelspreise im Käsesektor. Der Marktbeobachtung sollten klare Grenzen gesteckt sein.

Es fragt sich generell, ob es eine öffentliche Aufgabe ist, Margenberechnungen für die Verarbeitungsindustrie und den Detailhandel anzustellen. Es stellen sich hierbei regelmässig Fragen im Zusammenhang mit der Interpretation der veröffentlichten Margenberechnungen. So sind Margenveränderungen einzelner Produkte im Detailhandel wenig aussagekräftig. Massgebend sind vielmehr Veränderungen in Bezug auf das gesamte Sortiment. Hierüber sagen die Margenberechnungen nichts aus. Die Ziele der Markt-

beobachtung wären nach Auffassung der Wettbewerbskommission kritisch zu hinterfragen. Schliesslich ist zu bedenken, dass die wichtigsten Daten bereits von anderen Institutionen erhoben werden (Konsumentenpreise vom Bundesamt für Statistik, Produzentenpreise vom Bauernverband).

VII. Schlussbemerkungen

Zu erwähnen ist, dass die Vernehmlassungsunterlage mehrere Reformvorschläge enthält, die aus wettbewerbspolitischer Sicht zu begrüßen sind. Zu nennen

sind dabei die Abschaffung aller auf dem Landwirtschaftsgesetz beruhenden Ausführbeiträge, der Verarbeitungsbeiträge für Ölsaaten, der Verwertungsbeiträgen für Kartoffeln und Schafwolle, der Beihilfen für die Herstellung von Butter, für die Verwendung von Milchfett zur Herstellung von Speiseeis sowie für die Herstellung von Mager- und Vollmilchpulver. Es bleibt zu hoffen, dass im weiteren Gesetzgebungsprozess an diesen und anderen Reformschritten festgehalten wird.

B 3	<i>Rekurskommission für Wettbewerbsfragen</i> Commission de recours pour les questions de concurrence Commissione di ricorso in materia di concorrenza
B 3	1. <i>Swisscom AG, Swisscom Solutions AG, Swisscom Mobile AG/Weko</i>

Abschreibungsverfügung (Geschäfts-Nr. FB/2005-7) vom 31. Oktober 2005 in Sachen Swisscom AG (Beschwerdeführerin 1), Swisscom Solutions AG (Beschwerdeführerin 2), Swisscom Mobile AG (Beschwerdeführerin 3) (Verwaltungsbeschwerde vom 20.5.2005) gegen Wettbewerbskommission (Vorinstanz) (Verfügung vom 9.5.2005; Schreiben vom 11.5.2005) betreffend Untersuchung

Es hat sich ergeben:

A. Am 16. Februar 2004 eröffnete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) eine Untersuchung (vgl. BBl 2004 1097) gegen die Swisscom AG und die Swisscom Enterprise Solutions AG (nach Absorption durch die Swisscom Systems AG und deren Umfirmierung, ab 5.1.2005: Swisscom Solutions AG), um das Preissetzungsverhalten der Swisscom Solutions AG im Bereich Telefondienstleistungen für Geschäftskunden näher abzuklären.

Nachdem das Sekretariat die Swisscom am 25. März 2004 über das Inkrafttreten des revidierten Kartellgesetzes orientiert hatte, reichte die Swisscom AG im eigenen sowie im Namen der Swisscom Solutions AG und der Swisscom Mobile AG am 7. April 2004 ein als "Meldung gemäss Übergangsbestimmungen" betitelt Schreiben ein.

Mit Schreiben vom 13. April 2004 teilte das Sekretariat der Swisscom AG mit, das eingereichte Schreiben sei im Lichte der Übergangsbestimmung des Kartellgesetzes keine "Meldung", da der mitgeteilte Sachverhalt den Wettbewerbsbehörden bereits bekannt sei.

Mit Gesuch vom 12. Mai 2004 stellten die Swisscom AG, die Swisscom Solutions AG und die Swisscom Mobile AG bei der Wettbewerbskommission ein Gesuch mit dem hauptsächlichen Antrag, es sei mit einer selbstständig anfechtbaren Verfügung festzustellen, dass die Gesuchstellerinnen mit Schreiben vom 7. April 2004 für den darin beschriebenen Sachverhalt eine Meldung gemäss der Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 23. Juni 2003 gemacht hätten und dass für den gemeldeten Sachverhalt dauerhaft und endgültig keine Sanktion gemäss Artikel 49a Absatz 1 KG auferlegt werden könne.

Mit Verfügung vom 8. November 2004 trat die Wettbewerbskommission auf das Gesuch um Erlass einer Feststellungsverfügung nicht ein.

Gegen diese Nichteintretensverfügung erhoben die Swisscom AG, die Swisscom Solutions AG sowie die Swisscom Mobile AG am 22. November 2004 Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen.

Mit Beschwerdeentscheid vom 18. März 2005 hiess die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die Beschwerde teilweise gut und hob die angefochtene Verfügung vom 8. November 2004 auf (FB/2004-9). Sie erwog, dass das Schreiben vom 7. April 2004 eine Meldung im Sinne der Schlussbestimmungen zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 darstelle. Soweit weiter gehend wurde die Beschwerde abgewiesen.

Dagegen erhob das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement am 6. Mai 2005 Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht (Verfahren 2A.287/2005).

B. Im Rahmen der Untersuchung "Telefondienstleistungen für Grosskunden" stellte das Sekretariat am 19. Oktober 2004 verschiedenen Fernmeldedienstleistern - darunter auch Swisscom - einen Fragebogen zu. Auf Gesuch hin erstreckte das Sekretariat der Swisscom die Frist zur Beantwortung des Fragebogens bis 20. Dezember 2004.

Mit Gesuch vom 15. Dezember 2004 beantragten die Swisscom AG, die Swisscom Solutions AG sowie die Swisscom Mobile AG die Sistierung der Untersuchung "Telefoniedienstleistungen für Grosskunden", bis rechtskräftig über die Frage der sanktionsbefreienden Wirkung der Meldung der Gesuchstellerinnen vom 7. April 2004 entschieden sei. Das Sekretariat legte seine ablehnende Auffassung zum Sistierungsgesuch mit Schreiben vom 23. Dezember 2004 dar und forderte die Gesuchstellerinnen auf, mitzuteilen, ob sie am Begehren festhalten würden. Mit Schreiben vom 7. Januar 2005 hielten die Gesuchsteller an ihrem Sistierungsgesuch fest.

Mit Zwischenverfügung vom 9. Mai 2005 (Versand: 11. Mai 2005) wies die Wettbewerbskommission das Gesuch um Sistierung der Untersuchung "Telefoniedienstleistungen für Grosskunden" ab und entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung. In der Begründung führte sie unter anderem aus, der Swisscom entstehe, wenn die Untersuchung nicht sistiert werde, kein nicht wieder gutzumachender Nachteil.

Mit "Erinnerungs-"Schreiben vom 11. Mai 2005 forderte das Sekretariat der Wettbewerbskommission die Swisscom AG auf, den Fragebogen vom 19. Oktober 2004 bis zum 12. Juni 2005 zu beantworten. Hinsichtlich eines allfälligen Auskunftsverweigerungsrechts führte das Sekretariat aus, dieses bestünde nur, wenn Antworten verlangt würden, durch die Swisscom eine Zuwiderhandlung eingestehen müsste. Die Verpflichtung zur Beantwortung rein tatsächlicher Fragen und

zur Vorlage vorhandener Unterlagen würde ihre Verteidigungsrechte sowie den Anspruch auf einen fairen Prozess nicht verletzen. Falls gewisse Fragen diesen Prinzipien nach Meinung der Swisscom zuwiderliefen, sei zu begründen, inwieweit die Beantwortung dieser Fragen zu einem direkten oder indirekten Schuldeingeständnis führen könne.

C. Gegen die Zwischenverfügung der Wettbewerbskommission vom 9. Mai 2005 und das Schreiben des Sekretariats vom 11. Mai 2005 erhoben die Swisscom AG, die Swisscom Solutions AG sowie die Swisscom Mobile AG (Beschwerdeführerinnen), alle vertreten durch [...] von der Swisscom AG, am 20. Mai 2005 Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen mit den Rechtsbegehren:

"1. Die Zwischenverfügung der Weko vom 9. Mai 2005 sowie die Zwischenverfügung des Sekretariats der Weko vom 11. Mai 2005 seien aufzuheben.

2. Die Untersuchung betreffend "Telefoniedienstleistungen für Grosskunden" sei zu sistieren und der Weko und dem Sekretariat der Weko sei zu untersagen, Untersuchungshandlungen vorzunehmen, bis rechtskräftig über die Frage der sanktionsbefreienden Wirkung der Meldung der Beschwerdeführerinnen vom 7. April 2004 entschieden ist."

3. Die aufschiebende Wirkung der vorliegenden Beschwerde sei wieder herzustellen.

Eventuell sei die Untersuchung betreffend "Telefoniedienstleistungen Grosskunden" bis zum rechtskräftigen Entscheid über die Sistierung vorsorglich zu sistieren.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu lasten der Weko oder der Staatskasse."

In formeller Hinsicht führen die Beschwerdeführerinnen aus, das Erinnerungsschreiben des Sekretariats der Wettbewerbskommission vom 11. Mai 2005 stelle eine anfechtbare Zwischenverfügung dar.

In materieller Hinsicht machen die Beschwerdeführerinnen geltend, die Sistierung der Untersuchung "Telefoniedienstleistungen für Grosskunden" sei notwendig, da die Frage, ob ihrer Meldung vom 7. April 2004 sanktionsbefreiende Wirkung zukomme, noch nicht rechtskräftig entschieden sei. Sie hätten folglich zu gewärtigen, dass das ihnen vorgeworfene Verhalten gemäss Artikel 49a Absatz 1 KG sanktioniert werden könnte. Da einer solchen Sanktion strafrechtlicher Charakter zukomme, müsse bereits die Untersuchung der Wettbewerbskommission nach den Verfahrensgarantien von Artikel 29 ff. BV, Artikel 6 EMRK und Artikel 14 UNO-Pakt II durchgeführt werden. Danach stünden dem beschuldigten Unternehmen unter anderem das Recht auf Verteidigung, auf rechtliches Gehör, auf Waffengleichheit sowie das Recht zur Aussageverweigerung zu. Diese Verteidigungsrechte gingen bedeutend weiter als die Parteirechte nach VwVG. In der bisherigen Untersuchung seien diese besonderen Verteidigungsrechte nicht beachtet wor-

den. Weiter vermöge die Art der Verfahrenseröffnung dem Akkusationsprinzip nicht zu genügen.

Da die Beschwerdeführerinnen keine gesicherten Kenntnisse über die ihnen zustehenden Verteidigungsrechte hätten, werde eine adäquate Verteidigung im Verfahren verunmöglicht.

Den nicht wieder gutzumachenden Nachteil, welcher zur selbstständigen Anfechtbarkeit der Zwischenverfügung berechtige, sehen die Beschwerdeführerinnen im Umstand, dass - sofern ihnen am Ende eine Sanktion auferlegt werde - diese Bestrafung unter Verletzung elementarer verfassungs- und völkerrechtlicher Garantien erfolgen werde. Diese Verletzung könne in einem späteren Zeitpunkt nicht mehr geheilt werden.

Ein Aufschub für die Beantwortung des Fragebogens vom 19. Oktober 2004 sei geboten, da die gestellten Fragen weit über das hinaus gingen, was gemäss Eröffnung vom 16. Februar 2004 beziehungsweise Schlussbericht der Vorabklärung Gegenstand der Untersuchung sei. Im Übrigen sei es entgegen der Auffassung der Wettbewerbskommission praktisch kaum möglich, Fragen rein tatsächlicher Natur von solchen mit belastendem Charakter zu unterscheiden. Zudem sei eine unverzügliche Beantwortung des Fragebogens nicht notwendig.

Schliesslich seien keine überzeugenden Gründe für den Entzug der aufschiebenden Wirkung gegeben. Es gelte zu berücksichtigen, dass es sich um eine Grundsatzfrage handle, ob den Beteiligten an einem wettbewerbsrechtlichen Verfahren mit strafrechtlichem Charakter die besonderen Verfahrensgarantien nach BV, EMRK und UNO-Pakt II zustünden. Die Wettbewerbskommission habe zudem die Verlängerung der hier massgebenden Untersuchung massgeblich selber verursacht.

D. Die Wettbewerbskommission liess sich am 30. Mai 2005 zum Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung mit dem Antrag vernehmen, dieses sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei.

In der Vernehmlassung vom 3. Juni 2005 zur Hauptsache beantragt die Wettbewerbskommission, es sei auf die Beschwerden gegen die Zwischenverfügung der Wettbewerbskommission vom 9. Mai 2005 und gegen das Schreiben des Sekretariats vom 11. Mai 2005 nicht einzutreten. Eventuell seien diese abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Die Zwischenverfügung vom 9. Mai 2005 könne nicht Anfechtungsobjekt einer Verwaltungsbeschwerde sein, da die Ablehnung des Sistierungsgesuches für die Beschwerdeführerinnen keinen nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken könne. Ein solcher könne bestenfalls bestehen, wenn die den Beschwerdeführerinnen zustehenden Verteidigungsrechte effektiv verletzt würden. Entgegen den Behauptungen der Beschwerdeführerinnen werde die hier massgebende Untersuchung nicht ausschliesslich nach den Grundsätzen des VwVG geführt. Was die geltend gemachte Verletzung des Akkusationsprinzips angehe, hätten die Beschwerdeführerinnen einen diesbezüglichen nicht wieder gutzumachenden Nachteil nicht dargelegt. Im Übrigen gingen die im Auskunftsbegehren gestellten Fragen

nicht über den zu untersuchenden Sachverhalt - wie er im Schlussbericht vom 31. Januar 2004 beschrieben worden sei - hinaus.

In materieller Hinsicht hätten die Beschwerdeführerinnen nicht aufgezeigt, inwiefern das vor dem Bundesgericht hängige Verfahren betreffend eine allfällige Sanktionierbarkeit von Swisscom eine präjudizielle Wirkung auf das Endresultat der Untersuchung haben könne. Die Frage der anwendbaren Verfahrensordnung stelle sich zudem nur bei einzelnen Untersuchungshandlungen. Diese könnten einzeln bestritten und/oder aufgehoben werden. Deshalb rechtfertigt sich die Sistierung des gesamten Verfahrens nicht.

Dem Schreiben des Sekretariats komme sodann sowohl aus formalrechtlichen als auch aus inhaltsbezogenen Gründen kein Verfügungscharakter zu.

E. Mit Schreiben vom 4. Juli 2005 teilte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen den Beschwerdeführerinnen mit, dass keine öffentliche Verhandlung durchgeführt werde.

Mit Urteil vom 19. August 2005 (2A.287/2005) hiess das Bundesgericht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements gut und hob den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 18. März 2005 im angefochtenen Umfang auf. Das Bundesgericht stellte fest, dass das Schreiben der Beschwerdeführerinnen vom 7. April 2004 keine Meldung im Sinne der Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 darstelle.

Im Schreiben an die Beschwerdeführerinnen vom 7. September 2005 führte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen aus, gemäss ihrer Auffassung sei der geltend gemachte Sistierungsgrund dahin gefallen, weshalb das Beschwerdeverfahren im Hauptpunkt gegenstandslos geworden sei. Dieser Auffassung schlossen sich die Beschwerdeführerinnen im Schreiben vom 23. September 2005 an.

Auf die vorstehend genannten und weitere 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 die Verwaltungsbeschwerde einzutreten ist (REKO/WEF FB/2003-15 E. 1, publiziert in: RPW 2004/2, S. 625 E. 1, mit weiteren Hinweisen).

1.1. Gegen Verfügungen der Wettbewerbskommission oder ihres Sekretariates kann bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen Beschwerde erhoben werden (Art. 44 des Bundesgesetzes vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kartellgesetz, KG, SR 251, und Art. 44 ff. sowie Art. 71a des Bundesgesetzes vom 20.12.1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG, SR 172.021] i.V.m. Art. 20 ff. der Verordnung vom 3.2.1993 über Organisati-

on und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen, VRSK, SR 173.31).

Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und 52 Abs. 1 VwVG), die Rechtsvertreterin hat sich rechtsgenügend ausgewiesen (Art. 11 VwVG), und der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

1.2. Zur Verwaltungsbeschwerde ist berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Bst. a VwVG).

Schutzwürdig ist ein solches Interesse nur, wenn die Beschwerdeführerinnen nicht bloss bei Einreichung der Beschwerde, sondern auch noch im Zeitpunkt der Urteilsfällung über ein aktuelles und praktisches Interesse an der Beschwerdeführung beziehungsweise an der Überprüfung der von ihr erhobenen Rügen verfügt (BGE 123 II 285 E. 4, 118 Ia 488 E. 1, 116 Ia 149 E. 2a und 111 Ib 56 E. 2; ZIMMERLI/KÄLIN/KIENER, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts, Bern 2004, S. 105). Fällt das schutzwürdige Interesse im Verlaufe des Verfahrens dahin, so wird die Sache aus diesem Grund gegenstandslos und ist ohne Urteil als erledigt zu erklären und abzuschreiben (FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 326; ZIMMERLI/KÄLIN/KIENER, a.a.O., S. 132).

Nachdem das Bundesgericht mit Urteil vom 19. August 2005 (2A.287/2005) feststellte, das Schreiben der Beschwerdeführerinnen vom 7. April 2004 stelle keine Meldung im Sinne der Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 dar, ist der geltend gemachte Sistierungsgrund und damit der Hauptstreitgegenstand in diesem Verfahren weggefallen. Infolgedessen ist ein aktuelles, praktisches und damit schutzwürdiges Interesse der Beschwerdeführerinnen an einem Sachurteil über die Streitsache im Hauptpunkt zu verneinen. Demzufolge ist das Verfahren diesbezüglich als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

1.3. Wird ein Rechtsstreit gegenstandslos, entscheidet die Rekurskommission EVD nach Vernehmlassung der Parteien ohne weitere Parteiverhandlung mit summarischer Begründung über die Prozesskosten aufgrund der Sachlage vor Eintritt des Erledigungsgrundes (Art. 4 VwVG i.V.m. Art. 72 des Bundesgesetzes vom 4.12.1947 über den Bundeszivilprozess, BZP, SR 273; GYGI, a.a.O., S. 326; VPB 57.16 E. II./3.1). Bei der Beurteilung der Kosten- und Entschädigungsfolgen ist somit auf den mutmasslichen Ausgang des Prozesses abzustellen. Dabei geht es nicht darum, die Prozessaussichten im Einzelnen zu prüfen und dadurch weitere Umtriebe zu verursachen; vielmehr muss es bei einer knappen Beurteilung der Aktenlage sein Bewenden haben. Auf dem Weg über den Kostenentscheid soll nicht ein materielles Urteil gefällt und unter Umständen der Entscheid in einer heiklen Rechtsfrage präjudiziert werden. Lässt sich der mutmassliche Ausgang eines Verfahrens im konkreten Fall nicht ohne weiteres feststellen, ist auf allgemeine zivilprozessrechtliche Kriterien zurückzugreifen. Danach wird

in erster Linie jene Partei kosten- und entschädigungspflichtig, die das gegenstandslos gewordene Verfahren veranlasst hat oder bei der die Gründe eingetreten sind, die zur Gegenstandslosigkeit des Verfahrens geführt haben. Die Regelung bezweckt, denjenigen, der in guten Treuen Beschwerde erhoben hat, nicht im Kostenpunkt dafür zu bestrafen, dass die Beschwerde infolge nachträglicher Änderung der Umstände abzuschreiben ist, ohne dass ihm dies anzulasten wäre (vgl. BGE 118 Ia 488 E. 4a, mit Hinweisen).

Die Kosten sind daher so zu verlegen, wie es sich nach dem Stand der Streitsache vor der Gegenstandslosigkeit die Prozessaussichten darboten. Es ist summarisch zu beurteilen, wie die Beschwerde materiell zu entscheiden gewesen wäre (GYGI, a.a.O., S. 326).

2. Die nachfolgenden Erwägungen befassen sich vorab mit der angefochtenen Zwischenverfügung der Wettbewerbskommission vom 9. Mai 2005, mit welcher das Gesuch um Sistierung der Untersuchung "Telefoniedienstleistungen für Grosskunden" abgewiesen wurde (E. 2.1. ff.) und hernach mit dem ebenfalls angefochtenen Schreiben des Sekretariats vom 11. Mai 2005 (E. 4 ff.).

2.1. Nach dem VwVG ist eine Zwischenverfügung selbstständig mit Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen anfechtbar, sofern sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 45 Abs. 1 VwVG). Als selbstständig anfechtbare Zwischenverfügung gilt unter anderem auch eine Verfügung über die Sistierung des Verfahrens (Art. 45 Abs. 2 Bst. c VwVG). Der nicht wieder gutzumachende Nachteil muss aber auch in den in Artikel 45 Absatz 2 VwVG ausdrücklich genannten Fällen vorliegen (BGE 120 Ib 97 E. 1c; 116 Ib 344 E. 1c; KÖLZ/HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Zürich 1998, Rz. 517; RHINOW/KOLLER/KISS, *Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes*, Basel und Frankfurt a.M. 1996, Rz. 1238 ff.).

Nachfolgend bleibt deshalb summarisch zu klären, ob den Beschwerdeführerinnen mit der verweigerten Sistierung ein nicht wieder gutzumachender Nachteil hätte erwachsen kann.

2.2. Das besondere Rechtsschutzinteresse zur sofortigen Anfechtbarkeit einer Zwischenverfügung liegt im Nachteil, der entstände, wenn die Anfechtung erst zusammen mit der Beschwerde gegen die Endverfügung zugelassen wäre (vgl. GYGI, a.a.O., S. 142 f., mit Verweis auf Art. 45 Abs. 3 VwVG; vgl. auch: BGE 124 V 82 E. 4, mit weiteren Hinweisen auf die Praxis).

Der Nachteil braucht nicht rechtlicher Natur zu sein. Als "nicht wieder gutzumachenden Nachteil" anerkennt das Bundesgericht im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde in seiner konstanten Rechtsprechung auch ein bloss wirtschaftliches Interesse, sofern es einem Beschwerdeführer nicht lediglich darum geht, eine Verlängerung oder Verteuerung des Verfahrens zu verhindern. Der Nachteil muss jedoch in jedem Fall nicht wieder gutzumachen sein, damit das Interesse des Beschwerdeführers an der Aufhebung der Zwischenverfügung schutzwürdig ist (BGE 116 Ib

344 E. 1c, bestätigt in BGE 120 Ib 97 E. 1c). Nach der Praxis des Bundesgerichtes können jedoch Prozessökonomie, Gründe der Zweckmässigkeit oder das wohlverstandene Interesse der Gegenpartei Ausnahmen vom Eintretenserfordernis des nicht wieder gutzumachenden Nachteils gebieten. Dies trifft namentlich auf Zwischenverfügungen gerichtsorganisatorischer Art zu, die ihrer Natur nach endgültig zu erledigen sind, bevor das Verfahren weitergeführt werden kann - im Wesentlichen solche über die (sachliche oder örtliche) Zuständigkeit und die Zusammensetzung der entscheidenden Behörde (BGE 126 I 207 E. 1b, 124 I 255 E. 1b, mit Hinweisen; GYGI, a.a.O., S. 142).

2.3. Die Beschwerdeführerinnen machen zum nicht wieder gutzumachenden Nachteil unter anderem geltend, sie hätten bis zur rechtskräftigen Entscheidung der Frage, ob ihrer Meldung vom 7. April 2004 sanktionsbefreiende Wirkung zukomme, weiterhin mit einer Sanktion nach Artikel 49a Absatz 1 KG zu rechnen. Deshalb müsse die Untersuchung "Telefoniedienstleistungen Grosskunden" bereits jetzt entsprechend den Verfahrensgarantien von Artikel 29 ff. BV, Artikel 6 EMRK und Artikel 14 UNO-Pakt II geführt werden. Diese Rechte gingen zum Teil bedeutend weiter als dies das VwVG vorsehe, so beispielsweise hinsichtlich der Unschuldsvermutung und des Rechts zur Aussageverweigerung. Die Kenntnis über die ihnen zustehenden Verteidigungsrechte stelle ein schutzwürdiges Interesse dar. Würde die Untersuchung wie bis anhin ausschliesslich nach den Grundsätzen des VwVG weitergeführt und am Ende eine Sanktion auferlegt, so würde die Bestrafung unter Verletzung elementarer verfassungs- und völkerrechtlicher Garantien erfolgen. Diese Verletzung könne nicht zu einem späteren Zeitpunkt geheilt oder wieder gutgemacht werden. Die Missachtung von Verteidigungsrechten in einem früheren Abschnitt des Verfahrens könne die Fairness des gesamten Verfahrens in Frage stellen.

Die Wettbewerbskommission führt hinsichtlich eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils aus, ein solcher könne erst entstehen, wenn die den Beschwerdeführerinnen zustehenden Verteidigungsrechte effektiv verletzt würden, das heisst wenn sie trotz eines allfälligen Auskunftsverweigerungsrechts zu einer Auskunft verpflichtet würden.

2.4. Es ist zwar zutreffend, dass die in einem frühen Verfahrensabschnitt der Untersuchung nicht gewährten Verfahrensgarantien die Fairness des ganzen Verfahrens in Frage stellen können (MARK E. VILLIGER, *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention*, 2. Auflage, Zürich 1999, S. 302, Rz. 472, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Damit ist jedoch noch nicht erklärt, inwiefern eine allfällige Nichteinhaltung dieser Garantien zu einem nicht wieder gutzumachenden Nachteil führen muss, wenn die gegebenenfalls nicht gewährten Verfahrensgarantien erst in der Beschwerde gegen das Untersuchungsergebnis gerügt werden könnten. In der Beschwerde wird jedenfalls nicht stichhaltig begründet, inwieweit eine allfällige Verletzung der von den Beschwerdeführe-

rinnen dargelegten Verfahrensgarantien nicht zu einem späteren Zeitpunkt (allenfalls im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens in der Hauptsache) geheilt werden könnte.

2.5. Es steht den Beschwerdeführerinnen frei, einzelne Untersuchungshandlungen der Wettbewerbsbehörde entweder im Bestand oder im Umfang zu bestreiten. Will die Wettbewerbsbehörde sodann - trotz Bestreitens - an ihrer Aufforderung beispielsweise zur Erteilung bestimmter Auskünfte oder zur Vorlage gewisser Urkunden festhalten, so hat sie dies mittels Verfügung zu tun. Diese wäre nach Artikel 44 KG in Verbindung mit Artikel 39 KG und Artikel 45 Absatz 2 Buchstabe d VwVG selbstständig anfechtbar, sofern die Beschwerdeführerinnen nachweisen, dass ihnen daraus ein nicht wieder gutzumachender Nachteil entstehen könnte (STEFAN BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Freiburg 2002, S. 248 f., mit Hinweisen auf Literatur und Judikatur).

2.6. Grundsätzlich ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass die Feststellung, ob ein im Sinne des Kartellgesetzes unzulässiges Verhalten vorliegt, unabhängig von sich daraus allenfalls ergebenden Rechtsfolgen (z.B. Sanktionen) gemacht werden kann. Die Weiterführung der Untersuchung kann diesbezüglich nicht als nicht wieder gutzumachender Nachteil angesehen werden, zumal im heutigen Zeitpunkt offen ist, ob und allenfalls welche den Beschwerdeführerinnen zustehenden Verfahrensgarantien vom Sekretariat beziehungsweise von der Wettbewerbskommission bis zum Abschluss der Untersuchung effektiv nicht beachtet sein würden. Sodann ist wie bereits erwähnt nicht ersichtlich und von den Beschwerdeführerinnen auch nicht näher substantiiert, inwiefern allfällige Verletzungen von Verfahrensgarantien nicht ohne Nachteil mit Beschwerde gegen eine allfällige Sanktionsverfügung gerügt werden könnten. Immerhin gab die Wettbewerbskommission im Schreiben vom 11. Mai 2005 klar zum Ausdruck, dass sie die Verteidigungsrechte gemäss Artikel 29 ff. der schweizerischen Bundesverfassung (SR 101, BV), Artikel 6 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte (SR 0.101; EMRK) sowie insbesondere das Auskunftsverweigerungsrecht im Hinblick auf eine allfällige Sanktionierung respektieren werde. Andererseits scheinen die Beschwerdeführerinnen selbst auch nicht auszuschliessen, dass ein ihnen möglicherweise zustehendes Aussageverweigerungsrecht wird respektiert werden können (Ziff. 27 in fine der Beschwerde vom 20.5.2005). Im Übrigen kann kaum davon ausgegangen werden, dass das Bundesgericht im Rahmen des Entscheids über die Frage der sanktionsbefreienden Wirkung der Meldung vom 7. April 2004 (Verfahren 2A.287/2005) beziehungsweise in der Entscheidungsbegründung auch die Anwendbarkeit der von den Beschwerdeführerinnen im heutigen Verfahren geltend gemachten Verfahrensgarantien klären wird.

2.7. Zusammenfassend ergibt sich gestützt auf die summarische Prüfung, dass mangels eines nicht wieder gutzumachenden Nachteils nicht auf die Beschwerde gegen die Zwischenverfügung der Wettbe-

werbskommission vom 9. Mai 2005 hätte eingetreten werden können.

3. Selbst wenn ein nicht wieder gutzumachender Nachteil der Beschwerdeführerinnen anerkannt und auf die Beschwerde eingetreten worden wäre, wäre diese aus den nachfolgenden Gründen abzuweisen gewesen.

3.1. Für die Anordnung der Sistierung eines Verfahrens (Art. 45 Abs. 2 Bst. c VwVG) müssen hinreichende Gründe gegeben sein. Sie kann namentlich dann angezeigt und sinnvoll sein, wenn das Verfahren von einem künftigen Ereignis, beispielsweise von einem Entscheid in einem anderen Verfahren abhängt oder beeinflusst wird, und sich das Weiterführen des Verfahrens aus prozessökonomischen Gründen nicht rechtfertigen würde (BGE 123 II 1 E. 2b; 122 II 211 E. 3e). Eine allfällige Sistierung ist dabei unter Abwägung aller dafür und dagegen sprechenden Interessen zu beurteilen, zumal eine unnötige Sistierung auch eine Rechtsverzögerung bedeuten kann. Gegen eine Sistierung spricht insbesondere die Pflicht, ein behördliches Verfahren beförderlich durchzuführen. Beim Entscheid darüber, ob ein Verfahren sistiert werden soll, kommt den Verwaltungs- und Verwaltungsjustizbehörden allgemein ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu (BGE 119 II 386).

3.2. Es wird von den Beschwerdeführerinnen nicht näher dargetan, inwiefern die von ihnen als Grundsatzfrage aufgefasste Problematik, nämlich nach welchen Verfahrensgarantien das vorliegende Untersuchungsverfahren durchzuführen sei, bei der Abwägung der Interessen auf Weiterführung oder Unterbrechung der kartellrechtlichen Untersuchung zu berücksichtigen ist. Vom Entscheid des Bundesgerichts beziehungsweise von dessen Begründung ist wie erwähnt kaum eine Klärung hinsichtlich der von den Beschwerdeführerinnen angesprochenen Verfahrensgarantien zu erwarten.

Entgegen der Argumentation der Beschwerdeführerinnen könnte selbst der Umstand, dass das Bundesgericht im Verfahren 2A.287/2005 der Meldung vom 7. April 2004 sanktionsbefreiende Wirkung zuerkannt hätte, nicht als Sistierungsgrund anerkannt werden. Denn es wäre ohnehin unverhältnismässig, wenn das Sekretariat auf sämtliche Untersuchungshandlungen verzichten müsste, bis eine allfällige Sanktionierbarkeit der Beschwerdeführerinnen rechtskräftig feststünde, zumal sich die Frage der anwendbaren Verfahrensordnung hinsichtlich der zu gewährenden Verfahrensgarantien, wie die Vorinstanz zu Recht einwendet, nicht bei allen, sondern nur bei einzelnen Untersuchungshandlungen stellen dürfte.

4. Mit vorliegender Beschwerde ist ebenfalls das Schreiben des Sekretariats vom 11. Mai 2005 angefochten.

Die Wettbewerbskommission vertritt die Ansicht, es handle sich dabei um ein einfaches Erinnerungsschreiben, welches die vorgängig ergangene Aufforderung zur Auskunftserteilung sogar relativiere. Entsprechend könne dieses nicht als Verfügung im Sinne von Artikel 5 VwVG qualifiziert werden.

Für die Beschwerdeführerinnen stellt dieses Schreiben eine anfechtbare Zwischenverfügung dar. Sie verweisen diesbezüglich auf einen Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen.

Vorab gilt es, die Rechtsnatur dieses Schreibens summarisch zu prüfen.

4.1. Das vom Sekretariat der Wettbewerbskommission verfasste Schreiben vom 11. Mai 2005 ist weder als (Zwischen-)Verfügung bezeichnet noch mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen (vgl. Art. 35 VwVG). Es erging zwei Tage nach dem ablehnenden Entscheid über das Sistierungsgesuch und enthält nebst der Aufforderung zur Beantwortung des Fragebogens vom 19. Oktober 2004 auch die Aufforderung zur Begründung eines allfälligen Rechts zur Auskunftsverweigerung. Das Schreiben enthält keinen Verweis auf eine allfällige Auskunftspflicht nach Artikel 40 KG und auch keine Sanktionsandrohung nach Artikel 52 KG, für den Fall, dass die Fragen nicht beantwortet würden.

Im Entscheid *Swisscom Mobile AG gegen Wettbewerbskommission* vom 6. Februar 2004 betreffend Zuständigkeit der Wettbewerbskommission (FB/2003-12; publiziert in: RPW 2004/1, S. 204 ff., E. 2.2) hielt die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen fest, die erneute Zustellung eines Fragebogens (unter Weglassung von drei Fragen) stelle - nachdem ein Gesuch der *Swisscom Mobile AG* um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung in der Hauptsache gutgeheissen worden sei - eine anfechtbare Zwischenverfügung dar. Auch nach Auffassung von *STEFAN BILGER* sind Aufforderungen des Sekretariats im Rahmen seiner Untersuchungstätigkeit beziehungsweise der Verfahrensleitung zur Auskunftserteilung, zum Ausfüllen von Fragebogen oder zur Edition von Dokumenten, als verfahrensleitende Handlungen zu qualifizieren, denen Verfügungsqualität zukommt. Dabei kommt es auf die äussere Form der Verwaltungshandlung bei der Beurteilung der Verfügungsqualität nicht an (*BILGER*, a.a.O., S. 108).

4.2. Anders verhält es sich mit dem hier angefochtenen Schreiben des Sekretariats vom 11. Mai 2005. Darin werden keine neuen Fragen gestellt, sondern Hauptinhalt ist die neue Fristansetzung für die Beantwortung des Fragebogens vom 19. Oktober 2004. Diese erneute Fristansetzung ist jedoch als (notwendige) Folge des Abschlusses des Untersuchungsverfahrens betreffend Sistierung des Untersuchungsverfahrens zu betrachten, welchem im Übrigen inhaltlich neben der Aufforderung zur Auskunftserteilung vom 19. Oktober 2004 keine selbstständige Verfügungsqualität beizumessen ist. Auch wenn das Sekretariat in diesem Schreiben seine Interpretation des Umfangs einer allfälligen Auskunftspflicht präzisiert, kann der Vorinstanz gefolgt werden, wenn sie diesem Schreiben keine Verfügungsqualität im Sinne von Artikel 5 VwVG beimisst. Dies umso mehr, als den Beschwerdeführerinnen ausdrücklich die Möglichkeit eingeräumt wird, gewisse Fragen nicht zu beantworten beziehungsweise zu begründen, inwieweit Fragen den Grundsatz der Wahrung der Verteidigungsrechte oder den Anspruch auf einen fairen Prozess nicht zu genügen vermögen. Andernfalls würde es aus den gleichen Gründen wie der angefochtenen Verfügung betreffend Nichtgewährung der Sistierung am nicht wieder gutzumachenden Nachteil fehlen, weshalb diesbezüglich auf die vorstehenden Erwägungen verwiesen werden kann.

4.3. Nach summarischer Prüfung hätte somit auf die Beschwerde gegen das Schreiben des Sekretariats vom 11. Mai 2005 ebenfalls nicht eingetreten werden können.

5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass auf die vorliegende Verwaltungsbeschwerde nicht eingetreten worden wäre.

Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung erweist sich ebenfalls 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).

Entsprechend dem Ausgang dieses Verfahrens erscheint es angezeigt, dass das Sekretariat die den Beschwerdeführerinnen im Schreiben vom 11. Mai 2005 zur Beantwortung des Fragebogens gesetzte Frist nochmals ansetzt.

6. Die Beschwerdeinstanz auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Verfahrenskosten ermässigt. Ausnahmsweise können sie ihr erlassen werden (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Verfahrenskosten werden Vorinstanzen oder beschwerdeführenden und unterliegenden Bundesbehörden auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

Bei diesem Ausgang des Verfahrens gelten die Beschwerdeführerinnen als unterliegende Partei, weshalb ihnen die Verfahrenskosten aufzuerlegen sind. Diese werden mit dem am 30. Mai 2005 geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von CHF [...] verrechnet (Art. 5 Abs. 3 der Verordnung vom 10.9.1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren, Kostenverordnung, SR 172.041.0). Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

Demnach entscheidet die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen:

1. Die Beschwerde wird als gegenstandslos geworden abgeschlossen.
2. [Verfahrenskosten]
3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. [Rechtsmittelbelehrung]
5. [Eröffnung]

B 3	2. <i>Ticketcorner AG und Ticketcorner Holding AG/Weko, Good News Productions AG, Resaplus S.A., Swiss Music Promoters Association SMPA</i>
-----	--

Beschwerdeentscheid (Geschäfts-Nr. FB/2004-1) vom 27. September 2005 in Sachen Ticketcorner AG und Ticketcorner Holding AG (Beschwerdeführerin) (Verwaltungsbeschwerde vom 19.1.2004) gegen Wettbewerbskommission (Weko) (Vorinstanz) (Verfügung vom 1.12.2003), Good News Productions AG (Beschwerdegegnerin 1) Resaplus S.A. (Beschwerdegegnerin 2) Swiss Music Promoters Association SMPA (Beschwerdegegnerin 3) betreffend unzulässige Wettbewerbsbeschränkung

Es hat sich ergeben:

A. In Folge einer Fernsehsendung vom 1. Mai 2001, aus welcher hervorging, dass die Preise für Tickets im Ausland generell günstiger als in der Schweiz sind, beobachtete das Sekretariat der Wettbewerbskommission (Sekretariat) die Wettbewerbsverhältnisse im Bereich des Ticketverkaufs in der Schweiz. Dabei stellte es fest, dass die Beschwerdeführerin als spezialisiertes Ticketvertriebsunternehmen mit den Veranstaltern von Anlässen Exklusivverträge abschliesst. Die Standard-Verträge werden auf eine Dauer von erstmals drei Jahren abgeschlossen, mit Verlängerung um jeweils ein Jahr bei Nichtkündigung.

Die Verträge mit den Veranstaltern enthalten unter anderem folgende Bestimmungen:

"1.1. Grundsatz

Die Parteien vereinbaren, dass Ticketcorner exklusiv als einziger Agent im Namen und auf Rechnung des Veranstalters gegen Bezahlung von Gebühren gemäss Anhang 1 Tickets für alle Veranstaltungen des Veranstalters vertreibt.

3.2. Exklusivvertrieb

Der Veranstalter räumt Ticketcorner für seine Veranstaltungen das ausschliessliche Recht zum Vorverkauf der Tickets über Vorverkaufsstellen, Call-Center und Internet ein und stellt Ticketcorner alle Veranstaltungsplätze zum Verkauf zur Verfügung. Der Veranstalter verpflichtet sich insbesondere, seine Veranstaltungen in der Schweiz über kein anderes elektronisches Ticketvorverkaufssystem als dasjenige von Ticketcorner abzuwickeln. Kontingentierungen sind ausschliesslich gemäss separater, schriftlicher Vereinbarung möglich."

Am 17. Juli 2001 erhielt das Sekretariat eine Anzeige der Beschwerdegegnerin 2, ihrerseits eine Ticketvertriebsdienstleisterin, welche sich über die Monopolstellung der Beschwerdeführerin und die vertraglichen Exklusivitätsklauseln beklagte.

Am 14. August 2001 eröffnete das Sekretariat eine Vorabklärung, in deren Rahmen zirka 80 Veranstalter in der ganzen Schweiz und die Beschwerdeführerin selbst befragt wurden.

Gestützt auf die Ergebnisse der Vorabklärung eröffnete das Sekretariat am 15. April 2002 eine Untersuchung gegen die Beschwerdeführerin. Dabei wurden drei Konkurrentinnen (TicTec AG, Klicket AG, Resaplus AG) und vier Veranstalter (Good News Productions AG, Swiss Music Promoters Association [SMPA], Octagon Worldwide Limited, AG Hallenstadion Zürich) als Parteien in das Verfahren einbezogen. Im Rahmen der Untersuchung wurden die Konkurrenten der Beschwerdeführerin sowie Veranstalter von Anlässen befragt.

Mit Schreiben vom 16. Mai 2003 wurde der Beschwerdeführerin und den anderen Parteien Gelegenheit gegeben, zum Antrag des Sekretariats Stellung zu nehmen. Mit Schreiben vom 14. Juli 2003 beantragte die Beschwerdeführerin, es sei festzustellen, dass sie auf dem Markt für ***Ticketing*** (Vertrieb von Tickets aller Art) über keine marktbeherrschende Stellung verfüge. Eventualiter sei festzustellen, dass die mit den Veranstaltern vereinbarten Exklusivitätsklauseln keine unzulässige Verhaltensweise gemäss Artikel 7 des Kartellgesetzes darstellen.

Am 1. Dezember 2003 verfügte die Wettbewerbskommission Folgendes:

1. Ticketcorner verfügt im schweizerischen Markt für Ticketvertriebssysteme über eine marktbeherrschende Stellung.

2. Sowohl die Auferlegung von Exklusivitäten durch Ticketcorner für den Vertrieb von Tickets aller Veranstaltungen eines Organisers (Exklusivität A) als auch jene für alle Tickets jeder Veranstaltung (Exklusivität B) bilden eine unzulässige Verhaltensweise nach Artikel 7 Absatz 1 und Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c KG.

3. Ticketcorner wird untersagt, ihren Vertragspartnern eine oder beide Exklusivitäten gemäss Ziffer 2 des Dispositivs direkt oder indirekt aufzuerlegen oder ihnen gegenüber auf andere Weise durchzusetzen.

4. Es wird Ticketcorner untersagt, sich auf die Exklusivitätsklauseln im Sinne von Ziffer 2 des Dispositivs in den Verträgen, die zurzeit in Kraft sind, zu berufen.

5. Zuwiderhandlungen gegen diese Verfügung können mit Sanktionen gemäss Artikel 50 beziehungsweise 54 KG belegt werden.

6. Die Wettbewerbskommission behält sich vor, die Einhaltung der unter Ziffer 3 des Dispositivs statuierten Anordnungen zu kontrollieren und die hierfür erforderlichen Auskünfte und Unterlagen einzuholen.

7. Verfahrenskosten

(...)

Die Wettbewerbskommission begründete ihren Entscheid damit, die Beschwerdeführerin verfüge im sachlich relevanten Markt über eine beherrschende Stellung. Sie habe einen Marktanteil von über 70 Prozent. Selbst wenn man den Eigenvertrieb der Veranstalter zum relevanten Markt zählen würde, betrüge ihr Marktanteil noch über 40 Prozent, was ein Indiz für eine marktbeherrschende Stellung sei. Die restlichen Marktanteile verteilten sich auf etliche weitere kleine Unternehmen. Mit 220 Vorverkaufsstellen in der Schweiz, einem modernen *call center*, einem Internet- und einem WAP-Portal verfüge die Beschwerdeführerin als einzige Anbieterin über ein flächendeckendes Vertriebsnetz. Dieses sei für die meisten Nachfrager von Ticketvertriebsdienstleistungen der ausschlaggebende Grund einer Partnerschaft mit ihr. Gemäss den Aussagen der Veranstalter komme man für einen Anlass, bei dem eine landesweite Abdeckung erforderlich sei, nicht um die Beschwerdeführerin herum. Die auf regionaler Ebene konkurrierenden Unternehmen seien angesichts ihrer geringen Marktanteile nicht in der Lage, das Verhalten von der Beschwerdeführerin zu disziplinieren. Ein Veranstalter von Anlässen mit landesweiter Bedeutung, der auf die Zusammenarbeit mit der Beschwerdeführerin angewiesen sei, sei wegen der Exklusivitätsklauseln gezwungen, auch die Tickets aller nur regional bedeutsamen Anlässe über die Beschwerdeführerin vertreiben zu lassen, auch wenn dafür Alternativlösungen bestünden. Die regionalen Konkurrenten könnten ihre Marktanteile daher nur sehr schwer erhöhen. Die Marktgegenseite sei nur teilweise und nach harten Verhandlungen in der Lage, die Exklusivbindung zu beschränken. Es könnten nur marginale Kontingente vergeben werden. Der aktuelle Wettbewerb sei daher schwach. Auch der potenzielle Wettbewerb sei ungenügend. Die meisten Konkurrenten seien erst seit sehr kurzer Zeit auf dem Markt. Zwar müsse die Beschwerdeführerin in nächster Zeit mit stärkerer Konkurrenz rechnen. Die Konkurrenten könnten wegen den Exklusivbindungen aber nicht am Markt bestehen und sich vergrössern. Der Vertrieb von Tickets über das Internet werde in den nächsten Jahren nicht relevant zunehmen. Der Erfolg neuer Technologien (*print at home*-Verfahren) sei schwer abschätzbar. Beide Alternativen würden durch die Exklusivitätsklauseln beschränkt. Rasche Marktzutritte und Expansionen bestehender Unternehmen seien demnach nicht ausreichend wahrscheinlich.

Die Exklusivitätsklauseln würden bis auf wenige Ausnahmen erzwungen und durchgesetzt. Da die Beschwerdeführerin als einziges schweizweit tätiges Ticketingunternehmen ein unausweichlicher Partner im Eintrittskartenvertrieb sei, seien die Veranstalter gezwungen, die Exklusivitätsklausel zu akzeptieren und auf zusätzliche Vertriebspartner zu verzichten. Die Exklusivitätsklauseln benachteiligten daher die Marktgegenseite. Die meisten Veranstalter möchten ihre Eintrittskarten von weiteren Konkurrenten vertreiben lassen. Die Beschwerdeführerin behindere daher Konkurrenten bei der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs.

Die Marktdominanz sei für das wettbewerbsschädliche Verhalten kausal. Als sachliche Gründe für das Verhalten käme lediglich die Vermeidung von "Trittbrettfahrer-Verhalten" in Frage. Die praktischen Anliegen (Vermeiden von Mehrfachverkäufen der gleichen Eintrittskarte, Abwicklung der Rückerstattung des Preises bei Absage eines Anlasses) betreffen in erster Linie die Veranstalter und vermöchten eine Exklusivitätsklausel auf alle Anlässe eines Veranstalters nicht zu rechtfertigen. Das Argument, dank den Verträgen auf Zeit müsse nicht für jeden Anlass ein neuer Vertrag abgeschlossen werden, sei nicht stichhaltig, weil die Vertragsabschlusskosten beim Gebrauch von Standardverträgen gering seien. Eine sachliche Rechtfertigung scheide daher aus.

Das Ziel der Exklusivbindung (Bindung der Veranstalter an die Beschwerdeführerin) könne auch über weniger einschränkende Mittel erreicht werden. Da für die Exklusivitätsklauseln keine Gegenleistung erbracht werde, seien sie unverhältnismässig und missbräuchlich.

B. Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt [...], am 19. Januar 2004 Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen. Sie beantragte, die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 1. Dezember 2003 sei vollumfänglich aufzuheben, eventuell zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Ausserdem stellte sie folgende Verfahrensanträge:

1. Es sei der Beschwerdeführerin Gelegenheit zu geben, vor dem etwaigen Versand dieser Beschwerdeschrift an andere Verfahrensbeteiligte zu den Massnahmen zum Schutz ihrer Geschäftsgeheimnisse Stellung nehmen zu können.
2. Es sei die Wettbewerbskommission anzuweisen, die der Octagon Worldwide Limited und der Resaplus AG zugestellten Exemplare der angefochtenen Verfügung einzuverlangen und durch Exemplare zu ersetzen, welche die Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdeführerin wahren, und es seien die Angaben zum Marktvolumen und -anteil der Beschwerdeführerin in den Exemplaren in den Akten der Wettbewerbskommission abzudecken.

Zur Begründung führte die Beschwerdeführerin in formeller Hinsicht aus, die Wettbewerbskommission habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör sowie den Untersuchungsgrundsatz verletzt. In materieller Hinsicht rügte sie, die Wettbewerbskommission habe den relevanten Markt nicht rechtsgenügend bestimmt und die methodischen und verfahrensrechtlichen Standards nicht eingehalten. Die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes sei unzutreffend. Die Angebots-substituierbarkeit sei ausser Acht gelassen worden. Der räumlich relevante Markt erstreckte sich auf Europa, nicht nur die Schweiz. Der aktuelle Wettbewerb und ihre Marktstellung seien falsch beurteilt worden. Die Marktstrukturen hätten sich in der Zwischenzeit erheblich verändert. Der potenzielle Wettbewerb sei nicht oder zumindest ungenügend abgeklärt worden. Wichtige potenzielle Konkurrenten seien nicht ermit-

telt und der potenzielle Wettbewerb durch Veranstalter vernachlässigt worden. Das Fehlen von Marktzutrittsschranken sei nicht berücksichtigt worden. Der Stellung der Marktgegenseite, welche über Gegenmacht verfüge, sei nicht Rechnung getragen worden. Fehle es somit an einer beherrschenden Stellung, sei der Abschluss von Verträgen mit Exklusivitätsklauseln zulässig. Die Veranstalter seien trotz dieser Klauseln vollkommen frei, ihre Tickets im Eigenvertrieb abzusetzen. Mit Grossveranstaltern würden regelmässig Kontingente vereinbart, die von den Exklusivitätsklauseln ausgenommen seien. Die Grossveranstalter würden durch die Exklusivitätsklauseln nicht benachteiligt, da sie auf andere flächendeckend präsente Ticketvertriebsdienstleister ausweichen könnten. Für regionale Anlässe bestünden sogar nach Ansicht der Vorinstanz genügend Alternativen.

Selbst wenn man sie als marktbeherrschend auffassen wollte, wären die Exklusivitätsklauseln nicht als unzulässig zu qualifizieren. Sie stellten international einen Branchenstandard dar und seien auch in der Schweiz üblich. Zudem seien die Verträge auf erstmals drei Jahre mit Verlängerung um jeweils ein Jahr begrenzt. Die Exklusivitätsklauseln seien verhältnismässig, da sie für den Eigenvertrieb der Veranstalter nicht gelten würden, da für einen Drittvertrieb Kontingente vereinbart werden könnten und da die Exklusivitätsklauseln weder rechtlich noch faktisch durchgesetzt würden. In gewissen Fällen werde von den Exklusivitätsklauseln ganz abgesehen. Von einer Erzwingung und Durchsetzung der Exklusivitätsklauseln könne daher keine Rede sein. Das untersuchte Verhalten sei ökonomisch gerechtfertigt, weil es dem Schutz der Investitionen diene. Die Plattforminvestitionen (*hard-, software*) sowie das Vertriebsnetz erforderten ein minimales Umsatzvolumen. Die Gegenleistung für die Exklusivitätsklauseln bestehe in der stetigen Bereithaltung ausreichender Ressourcen.

C. Mit Schreiben vom 22. Januar 2004 lud die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die Resaplus AG, die AG Hallenstadion Zürich, die TicTec AG, die SMPA, die Klicket AG, die Octagon Worldwide Limited sowie die Good News Productions AG ein, allfällige Parteirechte anzumelden.

Hierauf beantragten die Resaplus AG mit Schreiben vom 27. Januar 2004, die SMPA mit Schreiben vom 3. beziehungsweise vom 19. Februar 2004 und die Good News Productions AG mit Schreiben vom 11. Februar 2004, als Parteien in das Verfahren einbezogen zu werden.

Am 17. Juni 2004 teilte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen der Resaplus AG, der SMPA sowie der Good News Productions AG mit, dass sie als Parteien in das Verfahren einbezogen würden.

D. Mit Vernehmlassung vom 5. April 2004 beantragt die Wettbewerbskommission die Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung führte sie aus, das rechtliche Gehör sei gewährt worden. Falls die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen eine Gehörsverletzung bejahen sollte, wäre diese heilbar. Der Untersuchungsgrundsatz sei nicht verletzt worden. Man habe

auf die aktuellsten Daten abgestützt und die Weiterentwicklung des Marktes berücksichtigt. Der relevante Markt sei nach dem schweizerischen Recht zu bestimmen, nicht nach dem europäischen, das höchstens als Auslegungshilfe dienen könne. Nach dem schweizerischen Recht werde auf das Konzept der funktionellen Austauschbarkeit abgestellt. Die Nachfragesubstituierbarkeit sei vertieft geprüft worden. Kino- und Messtickets gehörten nicht zum relevanten Markt, weil sie weder im Vorverkauf noch über eine Systemplattform, sondern im Eigenvertrieb verkauft würden. Die Transporttickets gehörten nicht zum relevanten Markt, und die kombinierten Transport- und Eventtickets seien berücksichtigt worden, soweit sie durch Konkurrenten der Beschwerdeführerin oder über die Verkaufsstellen der SBB durch die Beschwerdeführerin selber verkauft worden seien.

Die Argumente der Beschwerdeführerin zum aktuellen Wettbewerb bezögen sich nur auf die Berechnung der Marktanteile, welche nur ein Indiz für die Marktbeherrschung seien. Der Nachweis der marktbeherrschenden Stellung sei durch die Befragung der Vertragspartner der Beschwerdeführerin erbracht worden. Die Berechnung der Marktanteile durch die Beschwerdeführerin beziehe sich auf einen anderen Markt, der nicht der Abgrenzung in der Verfügung entspreche. Die von der Beschwerdeführerin genannten weiteren Konkurrenten seien im Verfügungszeitpunkt entweder nicht aktuelle Konkurrenten gewesen oder aber sie gehörten nicht zum relevanten Markt. Die Marktstruktur habe sich seit der Befragung der Konkurrenten kaum verändert. Der potenzielle Wettbewerb könne unabhängiges Verhalten nur verhindern, wenn er eine gewisse Wirkung entfalten könne. Aus dem Neueintritt von kleinen Unternehmen könne nicht auf eine Expansion des Marktes geschlossen werden. Der Aufbau eines Verkaufsstellenetzes stelle eine erhebliche Marktzutrittsschranke dar, und der Anschluss an ein call center sei aufwändig. Der Internetvertrieb sei erst schwach entwickelt, und weitere neue Technologien würden bisher kaum angewendet.

Die Exklusivitätsklauseln behinderten die Veranstalter beim Eigenvertrieb, da sie keine anderen elektronischen Ticketvorverkaufssysteme zuließen. Die Möglichkeit der Grossveranstalter, mit der Beschwerdeführerin Kontingente für den Drittvertrieb zu vereinbaren, sei zu relativieren. Regionale Veranstalter hätten diese Möglichkeit nicht, und Kontingente könnten nur aufgrund zäher Verhandlungen ausgehandelt werden. Veranstalter von landesweit bedeutsamen Anlässen könnten Alternativen bei regionalen Veranstaltungen wegen der Exklusivbindung nicht nutzen. Die Beschwerdeführerin sei der einzige schweizweit präsente Ticketvertriebsdienstleister und eine unausweichliche Partnerin für die Veranstalter. Daher müssten diese die Exklusivitätsklausel akzeptieren.

Exklusivitätsklauseln seien in der Schweiz nicht üblich. Die Einschränkungen der Exklusivitätsklauseln seien zu relativieren. Die Beschwerdeführerin mache zwar geltend, die Exklusivitätsklauseln in den Verträgen würden nicht durchgesetzt. Doch sei anzunehmen,

dass sich die Veranstalter aus Angst vor Prozessen an den Grundsatz der Vertragstreue hielten. Allfällige ökonomische Rechtfertigungsgründe habe die Beschwerdeführerin nicht substantiiert. Ein allfälliger ökonomischer Nutzen durch die Exklusivitätsklauseln wäre im Vergleich zur Beeinträchtigung des Wettbewerbs unverhältnismässig. Gegen die Verfahrensanhänge der Beschwerdeführerin habe sie nichts einzuwenden. Die Unzulässigkeit der untersuchten Verhaltensweise sei zu Recht festgestellt worden.

E. Mit Schreiben vom 16. August 2004 verzichtete die Beschwerdegegnerin 3 auf die Einreichung einer Stellungnahme.

Am 16. August 2004 liess sich die Beschwerdegegnerin 2 vernehmen. Sie beantragte, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen, in der Hauptsache sei die Beschwerde abzuweisen und die angefochtene Verfügung zu bestätigen. Zur Begründung machte sie im Wesentlichen geltend, die Beschwerdeführerin habe ihr Verhalten nach der Verfügung der Wettbewerbskommission nicht geändert. Sie, die Beschwerdegegnerin 2, habe gegenüber verschiedenen Veranstaltern ihr Interesse an einer Zusammenarbeit signalisiert. Die Beschwerdeführerin habe die Veranstalter danach auf laufende Verträge hingewiesen, die dem entgegenstünden. Die Veranstalter hätten sich einschüchtern lassen und wagten nicht, sich gegen das missbräuchliche Verhalten zur Wehr zu setzen. Die Leistungen der Beschwerdeführerin seien zwar gleich gut, aber sicherlich teurer als die Leistungen anderer Anbieter. Da der Beschwerdegegnerin 2 der Zugang zum Markt verwehrt sei, sei ihre finanzielle Situation prekär. Der relevante Markt sei der Markt für den Verkauf und Vertrieb von Tickets durch Dritte. Der Eigenvertrieb gehöre nicht dazu. Deswegen gehörten Kino-, Zirkus-, Messe- und Transporttickets nicht in den relevanten Markt.

Am 30. August 2004 teilte Good News mit, sie verzichte auf eine Stellungnahme.

F. Mit Zwischenverfügung vom 15. Oktober 2004 wies die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen das Gesuch der Beschwerdegegnerin 2 um Entzug der aufschiebenden Wirkung ab.

G. Mit Stellungnahme vom 23. November 2004 hielt die Beschwerdeführerin an den Anträgen der Beschwerde vollumfänglich fest und bezog Stellung zu den Vernehmlassungen der Wettbewerbskommission vom 5. April 2004 und der Beschwerdegegnerin 2.

Sie hielt im Wesentlichen fest, die Definition des relevanten Marktes durch die Vorinstanz sei sowohl in der Verfügung als auch in der Vernehmlassung verworren und unzureichend begründet. Die Wettbewerbskommission habe Gesamtmarkt und Marktanteil falsch berechnet und daran in der Vernehmlassung mit nicht nachvollziehbaren Begründungen festgehalten. Sie habe es unterlassen, repräsentative Umfragen und Datenerhebungen durchzuführen und die erhobenen Daten systematisch und nachvollziehbar zu analysieren. Sie sei zu Unrecht davon ausgegangen, der Markt habe sich in den letzten Jahren kaum verändert. Vielmehr seien in den letzten Jahren zahlreiche Un-

ternehmen in den Markt eingetreten und hätten sich dort etabliert. Im *Ticketing*-Markt herrsche heute wie in der Vergangenheit starker Wettbewerb. Markteintritte heute erfolgreicher Unternehmen seien entgegen der Behauptung der Vorinstanz beim potenziellen Wettbewerb nicht gewürdigt worden. Der technologische Wandel sei weiter fortgeschritten. Physische Verkaufsstellen würden immer unbedeutender. Das Internet sei aus dem Ticketvertrieb nicht mehr wegzudenken. Ihr Marktanteil und der beschränkte Effekt der Exklusivitätsklauseln behinderten weder aktuelle noch potenzielle Wettbewerber und benachteiligten die Marktgegenseite nicht. Die Exklusivitätsklauseln hätten nur eine sehr beschränkte Wirkung und beträfen den Eigenvertrieb in keiner Weise. Kontingentierungen würden nicht ausschliesslich mit Grossveranstaltern, sondern auch mit kleineren Veranstaltern vereinbart. Die Veranstalter könnten aus einem breiten Spektrum an Ticketingunternehmen frei wählen.

H. Mit Schreiben vom 18. Januar 2005 erklärte der Geschäftsführer der Beschwerdegegnerin 2, er habe nach seinem Schreiben von Anfang 2004 an die Veranstalter im Nachgang an die Verfügung der Vorinstanz an eine ruhigere Zeit für sein Unternehmen geglaubt. Der Verweis der Beschwerdeführerin auf die laufenden Verträge habe bewirkt, dass nun alle Veranstalter auf einen Entscheid warteten, dass sie ihre Vertragspartner frei wählen könnten.

In seinem Schreiben vom 19. Januar 2005 verwies der Rechtsanwalt der Beschwerdegegnerin 2 auf die Stellungnahme vom 16. August 2004 und hielt an den Hauptanträgen fest.

I. Mit Duplik vom 17. Januar 2005 liess sich die Vorinstanz erneut vernehmen und äusserte sich zu den formellen und materiellen Vorbringen der Beschwerdeführerin.

J. Mit Eingaben vom 13. April 2005 und 7. Juli 2005 informierte der Anwalt der Beschwerdeführerin die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen über weitere Entwicklungen des Ticketvertriebs.

Am 1. Juli 2005 wies der Geschäftsführer der Beschwerdegegnerin 2 die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen auf die aktuelle Situation in seinem geschäftlichen Umfeld hin. Mit Schreiben vom 17. August 2005 bekräftigte der Anwalt der Beschwerdegegnerin 2 diese Einschätzung. Zudem äusserte er sich zur Kostennote der Beschwerdeführerin.

Auf die einzelnen Vorbringen und die eingereichten Unterlagen wird, soweit sie für den Entscheid wesentlich sind, in den folgenden Erwägungen eingegangen.

K. Mit Schreiben vom 12. September 2005 teilte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen den Parteien mit, dass von einer öffentlichen Verhandlung abgesehen werde.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zieht in Erwägung:

1. Prozessvoraussetzungen

Ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und ob 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, 121 II 72 E. 1a, 120 Ib 97 E. 1; GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1983, S. 73).

Der Entscheid der Wettbewerbskommission vom 1. 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 KG (zit. in E. 2) im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege mit Beschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen angefochten werden (Art. 44 ff. und Art. 71a VwVG i.V.m. Art. 20 ff. der Verordnung vom 3.2.1993 über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen, VRSK, SR 173.31).

Die Beschwerdeführerin ist durch die angefochtene Verfügung berührt und hat ein als schutzwürdig anzuerkennendes Interesse an deren Aufhebung. Sie ist daher zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Bst. a VwVG). Ihr Vertreter hat sich rechtsgenüchlich 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. Gesetzesbestimmungen

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 und marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern (Art. 1 KG).

Das Kartellgesetz gilt für Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts, die Kartell- und 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^{bis} 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 Geschäftsbeziehungen, die Erzwingung unangemessener Preise und die gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen, die Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung sowie die an den Abschluss von Verträgen gekoppelte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen oder erbringen (vgl. Art. 7 Abs. 2 Bst. a.-f. 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). Die Behörde stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 12 VwVG). 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 Unterlagen 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 hört die Partei an, bevor sie verfügt (Art. 30 VwVG). Bevor sie verfügt, würdigt sie 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).

Der Beschwerdeführer kann mit der Beschwerde rügen: a. Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens; b. unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes; c. Unangemessenheit (Art. 49 VwVG).

Die Behandlung der Sache, die Gegenstand der mit Beschwerde angefochtenen Verfügung bildet, geht mit Einreichung der Beschwerde auf die Beschwerdeinstanz über (Art. 54 VwVG). Diese entscheidet in der Sache selbst oder weist sie ausnahmsweise mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück (Art. 61 Abs. 1 VwVG).

3. Präliminarien

3.1 Keine vorbehaltenen Vorschriften

Dem Kartellgesetz vorbehalten sind Vorschriften, welche 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 (Art. 3 Abs. 1 KG).

Vorliegend bestehen keine solchen Vorschriften. Der Praxis der Stadt Lausanne, nach welcher mit Blick auf die Abrechnung der Billetsteuer pro Anlass eine einzige Abrechnung erstellt werden muss, liegen keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 des Kartellgesetzes zugrunde (vgl. Ziffer 5.1.1).

3.2 Verfahrensanhtrag betreffend Geschäftsgeheimnisse in Beschwerde

Die Beschwerdeführerin beantragte, ihr sei vor der Zustellung der Beschwerde an andere Verfahrensbeitrübte Gelegenheit zu geben, sich zu Massnahmen zum Schutz ihrer Geschäftsgeheimnisse zu äussern.

Diesem Antrag wurde stattgegeben.

3.3 Verfahrensanhtrag betreffend Rückforderung von Verfügungsexemplaren mit Geschäftsgeheimnissen an andere Beteiligte

Die Beschwerdeführerin beantragte, die Vorinstanz sei anzuweisen, die der Octagon Worldwide Limited und der Resaplus SA zugestellten Exemplare der angefochtenen Verfügung einzuverlangen und durch Exemplare zu ersetzen, welche die Geschäftsgeheimnisse der Beschwerdeführerin wahren, und es seien die Angaben zu Marktvolumen und -anteil der Beschwerdeführerin in diesen Dokumenten in den Akten der Vorinstanz abzudecken.

Die Vorinstanz räumt ein, dass sie die Marktdaten in den genannten Dokumenten nicht abgedeckt hat, gibt aber zu bedenken, angesichts des Umstandes, dass die Beschwerdeführerin entsprechende Angaben für ein früheres Jahr auf ihrer Website publiziert habe, könne man sich fragen, ob sie ein Geschäftsgeheimnis darstellten.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen stellt fest, dass die Vorinstanz entsprechende Angaben der Konkurrenten in der Verfügung abgedeckt und damit als Geschäftsgeheimnisse behandelt hat. Ebenso hat sie die Zahlen zu Marktvolumen und -anteilen der Beschwerdeführerin in den Verfügungsexemplaren, die weiteren Beteiligten zugestellt wurden, behandelt.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen lässt offen, ob die genannten Marktdaten tatsächlich Geschäftsgeheimnisse darstellen. Unabhängig davon gilt angesichts des Gleichbehandlungsgrundsatzes, dass solche Daten hinsichtlich aller Beteiligten gleich zu behandeln sind. Dies wurde bei der Bekanntgabe der Daten der Beschwerdeführerin an die Octagon Worldwide Limited und die Resaplus AG nicht beach-

tet. Um eine Gleichbehandlung dieser Daten für die Zukunft sicherzustellen, wird die Vorinstanz angewiesen, die entsprechenden Angaben in ihren Akten abzudecken, falls sie sie als Geschäftsgeheimnisse wertet. Andernfalls sind die Marktdaten aller Konkurrenten offen zu legen.

Dem weiterführenden Verfahrensanhtrag (Rückforderung der Aktenstücke und Ersatz durch Exemplare ohne die Daten zu Marktvolumen und -anteil der Beschwerdeführerin) gibt die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen nicht statt, da dies nichts mehr daran zu ändern vermag, dass Octagon und Resaplus von den Daten Kenntnis erhalten haben und sich die erfolgte Ungleichbehandlung dadurch nicht mehr aus der Welt schaffen lässt.

In den bei ihr befindlichen Akten hat die Rekurskommission diese Marktdaten als Geschäftsgeheimnisse gekennzeichnet.

4. Formelles

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe Verfahrensfehler begangen, indem sie ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt habe.

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 (J.P. MÜLLER, Grundrechte in der Schweiz, Bern 1999, S. 509). Artikel 29 Absatz 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) fasst diese Verfahrensrechte unter dem Begriff des Anspruchs auf rechtliches Gehör zusammen. Die Garantien der verfahrensrechtlichen Kommunikation (zum Begriff vgl. J.P. 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 (J.P. MÜLLER, a.a.O., S. 510 f.; ferner U. HÄFELIN/W. HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 2005, Rz. 835 ff.; P. TSCHANEN/U. ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2005, S. 254, Rz. 35 f.; A. KÖLZ/I. HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, Zürich 1998, S. 45 f., Rz. 129; L. 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 Orientie-

rung 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 (J.P. 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 (M. 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 (J.P. 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. Sie 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 J.P. MÜLLER, a.a.O., S. 537 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 (M. ALBERTINI, a.a.O., S. 369, mit Verweisen auf Literatur und Rechtsprechung, und S. 404).

Weiter zählen zu den Garantien der verfahrensrechtlichen Kommunikation der Anspruch auf Akteneinsicht, der sicherstellen soll, dass die Rechtsunterworfenen die Entscheidungsgrundlagen kennen (J.P. MÜLLER, a.a.O., S. 525 ff.), sowie die hier nicht im Vordergrund stehenden Ansprüche auf einen Entscheid der richtig zusammengesetzten zuständigen Behörde und auf Ausschöpfung der Kognition (J.P. MÜLLER, a.a.O., S. 510).

Der Anspruch auf rechtliches Gehör bildet das individualrechtliche Korrelat zum Untersuchungsgrundsatz im Verwaltungsverfahren und dient wie dieser der Findung der materiellen Wahrheit (Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 30.6.2005 i.S. X. AG und Y. AG [FB/2004-2] E. 3.1). 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 E. 4a).

Der an die Behörde gerichtete Untersuchungsgrundsatz und das ihn ergänzende Parteirecht des Gehörsanspruchs sollen 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 (Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 30.6.2005 i.S. S. AG [FB/2004-2] E. 3.1).

4.1 Stellungnahme zu Änderungen des Verfügungsentwurfs

Die Beschwerdeführerin bringt vor, der Verfügungsantrag des Sekretariates der Wettbewerbskommission sei anschliessend an ihre Stellungnahme und an die Anhörung vom 6. Oktober 2003 in etlichen Punkten geändert worden. Betroffen seien nebst zahlreichen anderen Belangen (namentlich: Prozessgeschichte, Verzicht auf Unterteilung des Marktes nach Art, Grösse und Bedeutung eines Anlasses, Anzahl Verkaufsstellen von Tic Tec und Resaplus, nicht als Konkurrenten aufgefasste Unternehmen, Umschreibung des potenziellen Wettbewerbs, Nichtdurchsetzung der Exklusivitätsklauseln, Effizienz der Exklusivitätsklauseln, angebliche Quersubventionierung kleinerer Veranstaltungen) konkret die Marktangrenzung (Einbezug des Eigenvertriebs), das Marktvolumen (keine Anpassung der Marktdaten entsprechend dieser Neudefinition des relevanten Marktes) sowie der Marktanteil beziehungsweise dessen Neuberechnung aufgrund von Daten der Beschwerdeführerin. Dass sie sich zur geänderten materiellen Würdigung und zum neuen Dispositiv nicht erneut habe äussern können, verletze ihren Gehörsanspruch.

Der kartellgesetzliche Anspruch auf Stellungnahme zum Verfügungsentwurf (Art. 30 Abs. 2 KG) erweitert den verwaltungsverfahrenrechtlichen Gehörsanspruch (Art. 29 und Art. 30 VwVG) (vgl. Entscheid des Bundesgerichts vom 17.6.2003, [2A.492/2002] E. 3.4, publiziert in: RPW 2003/3, S. 695 ff.). Gemäss Lehre und Rechtsprechung besteht ein Anspruch auf eine zweite Stellungnahme, wenn sich die Verfügung und der Antrag des Sekretariates in Dispositiv und materieller Würdigung unterscheiden (vgl. REKO/WEF [99/FB-011] E. 4.4, publiziert in: RPW 2001/2 S. 381 ff.; RICHLI, *Kartellverwaltungsverfahren*, in: *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht* [Hrsg.:

VON BÜREN/DAVID], Band V/2: Kartellrecht, Basel/Genf/München 2000, S. 467; BORER, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1998, Art. 30, Rz. 5; CARRON, Art. 30, Rz. 5, 13 und 15, in: Droit de la concurrence, Commentaire Romand [Hrsg.: TERCIER/BOVET], Genf/Basel/München 2002; SCHMIDHAUSER, Art. 30, Rz. 8, in: Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz [Hrsg.: HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY]; BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zwischen kartellrechtlichem Sonderverfahrensrecht und allgemeinem Verwaltungsverfahrenrecht, Diss., Freiburg i. Ue. 2002, S. 275 und 277 f.).

In den oben angeführten Punkten hat sich die Vorinstanz mit Vorbringen der Beschwerdeführerin befasst. Indem sie die Vorbringen der Beschwerdeführerin verwarf, hat sie zwar den Verfügungstext geändert, nicht jedoch ihre materielle Würdigung. Diese lautet zusammenfassend nach wie vor: "Relevanter Markt ist der Markt für Vertriebsdienstleistungen spezialisierter TU, aktueller und potenzieller Wettbewerb sind ungenügend, unzulässige Verhaltensweise liegt vor". Der Anspruch auf rechtliches Gehör beinhaltet keinen Anspruch auf Übernahme der Auffassung der Beschwerdeführerin durch die Behörde. Hat diese die Vorbringen aus der Stellungnahme zum Antrag nach Auffassung der Beschwerdeführerin unzutreffend behandelt, betrifft dies weniger den Anspruch auf eine erneute Stellungnahme als die Frage der ernsthaften Prüfung von Parteivorbringen (vgl. Ziffer 4.4) sowie die materielle Würdigung.

Soweit das Verfügungsdispositiv geändert oder ergänzt wird und neue Erwägungen angestellt werden, stehen jedoch Änderungen einer Verfügung zur Diskussion, bei denen gemäss Lehre und Rechtsprechung eine erneute Anhörung angezeigt sein kann, soweit es dabei um wesentliche, nicht bloss die Kostenliquidation oder die Rechtsmittelbelehrung betreffende Elemente des Dispositivs geht (vgl. REKO/WEF [99/FB-011] E. 4.4, a.a.O.).

Was die Vorinstanz dagegen vorbringt, ist unzutreffend. Für das rechtliche Gehör beziehungsweise das Recht auf vorgängige Stellungnahme zur Verfügung ist irrelevant, ob die Verfügung im Untersuchungsverfahren vor dem Sekretariat oder im Entscheidungsverfahren geändert wird, und ob man die geänderte Fassung noch als Antrag beziehungsweise Verfügungsentwurf oder aber als Verfügung bezeichnet. Massgeblich ist allein, dass das untersuchte Unternehmen einen Anspruch hat, sich vor Erlass der Verfügung zu allen rechtserheblichen Punkten zu äussern (vgl. Art. 29 i.V.m. Art. 30 Abs. 1 VwVG) und zur Verfügung vorgängig Stellung zu nehmen (vgl. Art. 30 Abs. 2 KG). Wird der Entwurf nach der Anhörung im genannten Sinne ergänzt, ohne dass sich das untersuchte Unternehmen dazu äussern kann, sind diese Ansprüche verletzt. Folgt man der Auffassung der Vorinstanz, wäre es möglich, dass das Sekretariat eine oberflächliche oder Teiluntersuchung durchführt und die Verfügungsadressatin zum Ergebnis anhört, dass die Wettbewerbskommission anschliessend Nachbesse-

rungen anordnet und echte Änderungen vornimmt, und dass der Anspruch auf Äusserung zu allen rechtserheblichen Punkten und auf vorgängige Anhörung zur Verfügung so unterlaufen werden kann.

4.2 Zusätzliche Untersuchungshandlungen, abgeändertes Dispositiv und neue materielle Erwägungen

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe im Anschluss an die Anhörung vom 6. Oktober 2003 weitere Untersuchungshandlungen vorgenommen (telefonische und schriftliche Befragung der FNAC), die bestätigt hätten, dass Tickets parallel durch die Beschwerdeführerin und FNAC vertrieben würden. Ausserdem habe die FNAC mitgeteilt, die Beschwerdeführerin sei im Begriff, die Exklusivitätsklauseln durch Preisdifferenzierungen zu ersetzen. Einem dem Sekretariat anschliessend zugestellten Schreiben von Fri-Son sei dasselbe zu entnehmen gewesen, und dieser Veranstalter habe die Vorinstanz unter Hinweis auf "die neuen drastischen Vertragsbedingungen" aufgefordert, die Untersuchung schnellstmöglich abzuschliessen, da er ansonsten erneut einen Exklusivvertrag mit der Beschwerdeführerin abschliessen müsse. In der Folge habe die Vorinstanz

- die Verfügung in Randziffer 77 f. mit Erwägungen zu zulässigen und unzulässigen Rabatten (Mengenrabatte nach Massgabe von Skalenerträgen) und unzulässigen Treuerabatten (Rabatt nach Massgabe der Deckung sämtlicher Bezüge beim marktbeherrschenden Unternehmen)
- und Ziffer 3 des Verfügungsdispositivs im Sinn eines Verbots der direkten oder indirekten Auferlegung der Exklusivitätsklauseln oder der anderweitigen Durchsetzung der Exklusivitätsklauseln ergänzt.

Die Informationen von FNAC und Fri-Son hätten ungeprüft Eingang in die Verfügung gefunden, ohne dass sie sich dazu und zur behaupteten Gestaltung der neuen Vertragsbedingungen je habe äussern können.

Zudem sei ihr mit Dispositiv Ziffer 4 neu auch verboten worden, sich auf Exklusivitätsklauseln in bestehenden Verträgen zu berufen.

4.2.1 Befragung zum Parallelvertrieb

Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, sie hätte sich zu den Fragen betreffend Parallelvertrieb, welche FNAC gestellt worden seien und zu welchen sich Fri-Son ihrerseits geäussert habe, ebenfalls äussern können müssen, liegt keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor. Die Beschwerdeführerin hat anlässlich der Anhörung selber auf den Parallelvertrieb als Art der Nichtdurchsetzung der Exklusivitätsklauseln hingewiesen. Wenn die Vorinstanz diese Angaben überprüft und sie bestätigt findet, bedarf es keiner weiteren Anhörung der Beschwerdeführerin.

4.2.2 Änderung von Dispositiv Ziffer 3 und Ergänzungen in Randziffer 77 f. der Verfügung

Soweit die Vorinstanz jedoch Dispositiv Ziffer 3 und die materiellen Erwägungen ergänzte, hätte sie die Beschwerdeführerin zu diesen Punkten vor Erlass der Verfügung anhören müssen. Indem sie dies nicht ge-

tan hat, hat sie den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin verletzt.

Was die Vorinstanz dagegen vorbringt, ist unzutreffend. Dass die Angaben von FNAC und Fri-Son zur Ablösung der Exklusivitätsklauseln durch Preisdifferenzierungen keinen Bezug zu den Randziffern 77 f. der Verfügung hätten, ist unglaubwürdig, denn diese Ziffern beziehen sich auf die Zulässigkeit preislicher Differenzierungen. Sie sagen ausdrücklich, Mengenrabatte seien nur nach Massgabe von Skalenerträgen zulässig, und Rabatte, die darauf abstellten, dass ein Geschäftspartner seinen Bedarf beim Marktbeherrscher deckten, seien unzulässig. Diese neuen Erwägungen beziehen sich nicht auf die untersuchten Exklusivitätsklauseln. Das gibt die Vorinstanz implizit auch zu, wenn sie argumentiert, mit den Randziffern 77 f. habe man der Beschwerdeführerin die Grenzen einer *Alternativ*ösung zu den Exklusivitätsklauseln aufzeigen wollen. Im Übrigen hätte die Vorinstanz die Beschwerdeführerin zum geänderten Dispositiv und der ergänzten Würdigung auch dann anhören müssen, wenn diese keinen Zusammenhang mit der Befragung beziehungsweise der Interventionen von FNAC beziehungsweise Fri-Son gehabt hätten.

Steht fest, dass sich die neuen Ziffern und das ergänzte Dispositiv auf die Veränderung des Verhaltens der Beschwerdeführerin beziehen, ergibt sich, dass die Anpassung des Dispositivs nicht - wie von der Vorinstanz behauptet - eine geringfügige sprachliche Modifizierung ist. Die diesbezüglichen Äusserungen überschreiten den bisherigen Untersuchungsgegenstand. Es geht nicht an, dass sich die Vorinstanz "en passant" quasi im selben "Aufwasch" zu einer neuen Verhaltensweise äussert. Wenn sie deren Zulässigkeit beurteilen will, hat sie ihre Untersuchung auf den neuen Sachverhalt auszudehnen, diesen zu untersuchen und zu würdigen, und zwar unter Wahrung der Verfahrensgarantien.

Erledigt man die neue Verhaltensweise (Preiserhöhung für Veranstalter, die keine Exklusivitätsklausel wünschen und ergo Preisdifferenzierung gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. b KG, allenfalls Erzwingung unangemessener Preise gemäss Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG) als "indirekte Auferlegung einer Exklusivitätsklausel" oder "anderweitige Durchsetzung der Exklusivitätsklauseln", trägt dies dem Gebot der Bestimmtheit der Verfügung nicht Rechnung: Weder wird klar, welches Verhalten unzulässig ist, noch was allenfalls als Zuwiderhandlung gegen die Verfügung gelten und damit sanktioniert werden könnte (Dispositiv Ziff. 5). Die Androhung von Sanktionen setzt eine ausreichend klare Umschreibung des unzulässigen Verhaltens voraus.

4.2.3 Neue Dispositiv Ziffer 4

Was schliesslich die nachträglich in die Verfügung aufgenommene Ziffer 4 des Dispositivs betrifft, welche es der Beschwerdeführerin verbietet, sich auf die bereits in Kraft stehenden Exklusivitätsklauseln zu berufen, konnte sich die Beschwerdeführerin hierzu ebenfalls nicht vorgängig äussern. Um eine geringfügige sprachliche Modifikation handelt es sich nicht.

Denn der Verfügungsantrag enthielt in Dispositiv Ziffer 3 nur das Verbot, "exklusive oder sinngemässe Exklusivvereinbarungen abzuschliessen".

Die Beschwerdeführerin hat den Anspruch, sich vorgängig zur Verfügung äussern zu können. Eine Verfügung muss begründet werden. Der Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin wurde verletzt, weil sie sich zur neuen Dispositiv Ziffer 4 nicht äussern konnte. Diese Ziffer wird in der Verfügung zudem nicht begründet.

Was die Vorinstanz dagegen vorbringt, ist unbehelflich. Das Recht der Beschwerdeführerin auf vorgängige Stellungnahme bezieht sich nicht auf die Stellungnahmen anderer Verfahrensbeteiligter. Dass die Beschwerdeführerin diese Stellungnahmen vor der Anhörung erhalten hat, ist irrelevant, denn sie konnte nicht wissen, ob sich die diesbezüglichen Äusserungen der anderen Beteiligten in der Verfügung niederschlagen würden. Die Zustellung solcher Stellungnahmen ersetzt die Möglichkeit der Äusserung zum Verfügungsentwurf nicht.

4.3 Zustellung eines vervollständigten Aktenverzeichnisses

Die Beschwerdeführerin sieht eine Verletzung ihres Gehörsanspruchs darin, dass ihr die Vorinstanz betreffend die Akten, die nach der Anhörung eingeholt worden beziehungsweise eingegangen sind, kein vervollständigtes Aktenverzeichnis zugestellt hat.

Nach der Rechtsprechung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat der Verfügungsadressat einen Anspruch darauf, dass ihm mit dem Verfügungsentwurf ein Aktenverzeichnis zugestellt wird (RE-KO/WEF [98/FB-001] E. 3.2.2, publiziert in: RPW 1998/4, S. 655 ff.). Ist der Beschwerdeführerin eine abgeänderte Verfügung erneut zur Stellungnahme zu unterbreiten, ergibt sich, dass die Vorinstanz ihr bei dieser Gelegenheit auch ein aktualisiertes Aktenverzeichnis auszuhandigen hat. Die Eingaben von FNAC und Fri-Son betreffen die Abänderung einer Verhaltensweise (Preisdifferenzierung) und damit eine wesentliche Frage, weshalb das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt wurde dadurch, dass sie nicht nur den abgeänderten Entscheid, sondern auch das aktualisierte Aktenverzeichnis nicht vorgängig erhalten hat.

4.4 Behandlung wesentlicher Parteivorbringen

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe sich mit diversen Vorbringen nicht ernsthaft und sorgfältig auseinandergesetzt und ihren Entscheid in verschiedener Hinsicht nicht ausreichend begründet.

4.4.1 Nichtdurchsetzung der Exklusivitätsklauseln

Die Vorinstanz habe sich nicht mit dem von ihr angeführten Rechtfertigungsgrund auseinandergesetzt, dass sich die Veranstalter nicht an die Exklusivitätsklauseln hielten.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ist der Ansicht, dass der Gehörsanspruch insofern nicht verletzt wurde. Sie stimmt mit der Vorinstanz überein, dass sich die Entscheidbehörde nicht mit jedem denk-

baren Argument auseinandersetzen muss. Dass die Einhaltung oder Nichteinhaltung der Exklusivbindung durch die Veranstalter kein sachlicher Rechtfertigungsgrund sein kann, ist offensichtlich.

4.4.2 Marktabgrenzung und Marktstellung

Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Vorinstanz habe sich nicht mit ihrer Angabe auseinandergesetzt, dass sie stetig Veranstalter an die Konkurrenz verliere. Das betrifft die Frage der Marktbeherrschung und ist daher wesentlich. Die Vorinstanz hat sich mit der Abwanderung von Veranstaltern zur Konkurrenz zu Unrecht nicht auseinandergesetzt. Die Randziffern 42 f. der Verfügung gehen auf diese Frage entgegen der Angabe der Vorinstanz nicht ein. Die Verfügung beschäftigt sich auch sonst nirgends mit der Entwicklung von Gesamtmarkt und Marktanteilen, obwohl entsprechende Daten für die Zeit ab 1999 erhoben wurden, so dass möglicherweise Schlussfolgerungen dazu hätten gezogen werden können, ob der Markt wächst oder schrumpft, ob die Konkurrenten wachsen können und ob die Beschwerdeführerin Marktanteile verliert (zu Einzelheiten vgl. Ziff. 5.3.6).

Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, die Vorinstanz habe den Eigenvertrieb in der Verfügung zwar schliesslich teilweise dem relevanten Markt zugeordnet, daraus aber keine Folgerungen bezüglich Marktabgrenzung und Marktbeherrschung gezogen. Nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen genügt eine Verfügung, die ein Parteivorbringen widersprüchlich behandelt (vgl. Ziff. 5.2), den Anforderungen an die ernsthafte Behandlung dieser Vorbringen und an die Begründungspflicht nicht. Diese Anforderungen sind bezüglich der Bedeutung des Eigenvertriebs als Ausweichmöglichkeit für die Veranstalter und der Berücksichtigung konkreter Unternehmen unter dem Titel des potenziellen Wettbewerbs nicht erfüllt (zu Einzelheiten vgl. Ziff. 5.1.2, 5.2 sowie 5.3.7).

4.5 Schlussfolgerungen

Die Vorinstanz hat den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin dadurch verletzt, dass sie ihr die Ziffern 3 und 4 des Dispositivs sowie die Randziffern 77 f. vor dem Erlass der Verfügung nicht erneut zur Stellungnahme unterbreitet und ihr daher auch kein vervollständigtes Aktenverzeichnis zugestellt hat.

Ferner hat sie den Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin dadurch verletzt, dass sie Parteivorbringen nicht ernsthaft prüfte beziehungsweise ihrer Begründungspflicht nicht ausreichend nachkam. Das zeigt sich in der widersprüchlichen Behandlung des Eigenvertriebs bei der Abgrenzung des relevanten Marktes, der ungenügenden Berücksichtigung der Entwicklung der Marktdaten zum aktuellen Wettbewerb sowie der Hinweise zur potenziellen Konkurrenz.

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 (AL-

BERTINI, a.a.O., S. 449, mit Verweisen auf die Rechtsprechung).

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. Materielles

Der Verhaltenskontrolle gemäss Artikel 7 des Kartellgesetzes unterstehen nur marktbeherrschende Unternehmen. Eine marktbeherrschende Stellung nehmen Unternehmen ein, die sich auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können (Art. 4 Abs. 2 KG).

Die Frage, ob die Beschwerdeführerin eine beherrschende Stellung hat, setzt die Definition des relevanten Marktes voraus (Ziff. 5.2). Anschliessend wird ihre Möglichkeit zu im Wesentlichen unabhängigem Verhalten geprüft (Ziff. 5.3). Gegebenenfalls ist die Zulässigkeit der untersuchten Verhaltensweise zu beurteilen (Ziff. 5.4).

Vorab äussert sich die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen jedoch zu den Rügen betreffend Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes (Ziff. 5.1).

5.1 Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes

Die Beschwerdeführerin rügt unter dem Titel des rechtlichen Gehörs diverse Verletzungen des Untersuchungsgrundsatzes.

Der Untersuchungsgrundsatz betrifft die richtige und vollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes. Er verlangt Amtsermittlung (vgl. Art. 12 VwVG). Die urteilende Instanz soll in eigener Verantwortung beweismässig die tatsächlichen Geschehnisse und Gegebenheiten ermitteln, aus denen sich die Rechtsfolgen ergeben (GYGI, a.a.O., S. 206). Die Behörde hat nach der materiellen Wahrheit zu forschen (GYGI, a.a.O., S. 207). Der Untersuchungsgrundsatz mildert die Behauptungs- und Beweisführungslast der Parteien. In einem Verfahren, das sie durch ihr Begehren einleiten, sind die Parteien verpflichtet, an der Feststellung des Sachverhalts mitzuwirken (Art. 13 VwVG). Beteiligte an Abreden, marktmächtige Unternehmen und Beteiligte an Zusammenschlüssen haben den Wettbewerbsbehörden alle für deren Abklärungen erforderlichen Auskünfte zu erteilen und die notwendigen Urkunden vorzulegen (Art. 40 KG).

Die Parteien sind in die Sachverhaltsermittlung einzu beziehen, weil sie den tatsächlichen Begebenheiten näher stehen (GYGI, a.a.O., S. 209; vgl. auch ALBERTINI, a.a.O., S. 32). Aus den genannten Bestimmungen des Verwaltungsverfahren- und des Kartellgesetzes ergibt sich, dass ein Unternehmen, dessen Verhalten in einem kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren untersucht wird, bei der Mitwirkungs- und Auskunftspflicht insofern eine passive Rolle spielen darf, als es in erster Linie Fragen der für die Sachverhaltsermittlung und Beweisführung verantwortlichen Behörde beantwortet.

ten und nicht selber aktiv für die Sachverhaltsermittlung sorgen muss.

Die Behörde trägt also die Verantwortung dafür, dass der rechtserhebliche Sachverhalt richtig und vollständig abgeklärt wird. Sie darf sich nur auf Sachumstände stützen, von deren Vorhandensein sie sich selbst überzeugt hat. Sie darf auch Sachumstände heranziehen, die von keiner Partei erwähnt werden (vgl. RHINOW/KOLLER/KISS, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel/Frankfurt a.M. 1996, Rz. 905). Unrichtig ist die Sachverhaltsfeststellung namentlich, wenn der Verfügung falsche, aktenwidrige Tatsachen zugrunde gelegt worden oder wenn Beweise falsch gewürdigt worden sind, unvollständig etwa, wenn nicht alle entscheiderelevanten Tatsachen erhoben oder nicht alle erhobenen Tatsachen einer Beweiswürdigung unterzogen worden sind (ZIMMERLI/KÄLIN/KIENER, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts, Bern 2004, S. 85).

Im Gegensatz zum Anspruch auf rechtliches Gehör, dessen Verletzung eine formelle Frage ist, auch wenn der Anspruch wegen des engen Zusammenhangs mit dem Untersuchungsgrundsatz oft mit materiellen Komponenten verbunden ist, ist die Rüge betreffend die Sachverhaltsermittlung stets eine materielle Frage (vgl. ALBERTINI, a.a.O., S. 261, S. 370 ff.). Soweit ein Zusammenhang mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör besteht, sind entsprechende Folgerungen in den Ziffern 4.4.2 und 4.5 bereits gezogen worden. Die Einzelheiten zur Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes werden im Folgenden vorab geprüft. Dies rechtfertigt sich, weil die entsprechenden Rügen die Art und Weise der Verfahrensführung und damit methodische Fragen betreffen, und weil dies eine transparente Behandlung der Vorbringen der Beschwerdeführerin erlaubt.

5.1.1 Keine repräsentative Auswahl der Veranstalter?

Die Beschwerdeführerin rügt, die Auswahl der Veranstalter durch die Vorinstanz (alle Veranstalter im Kanton Waadt, ein Teil der Mitglieder des SMPA) sei nicht repräsentativ. Beide Erhebungen seien methodisch falsch und führten zu unzutreffenden Ergebnissen. Die SMPA-Mitglieder seien fast nur im Segment Pop/Rock/Festivals tätig. Wenn man zuverlässige Angaben über den Ticketvertrieb bei Grossanlässen erreichen wolle, müsse man auch solche in den Bereichen Sport, Theater, Kino, Messen, Zirkus und Ausstellungen ausserhalb des Kantons Waadt erfassen. Der Kanton Waadt sei für Grossanlässe nicht repräsentativ: Die hohe Billettsteuer (14%) bewirke, dass weniger solche Anlässe durchgeführt würden. Es gebe keine grosse gedeckte Konzerthalle. Weil der Kanton keinen grossen Fussballclub mehr habe und die Infrastruktur mangelhaft sei, würden auch weniger nationale oder internationale Sportveranstaltungen durchgeführt. Die Praxis der Stadt Lausanne, für jeden Anlass eine einzige Billettsteuer-Abrechnung zu verlangen, bewirke, dass der Veranstalter für einen Anlass nicht mehrere Ticketingunternehmen beauftrage. Davon sei die Mehrheit der Veranstalter betroffen, da die meisten Anlässe in Lausanne durchgeführt würden.

Diese Rügen sind berechtigt:

Die Mitglieder der SMPA mögen für die Verhältnisse im Bereich Pop/Rock/Festivals repräsentativ sein, da sie gemeinsam 80% der in diesem Bereich verkauften Tickets generieren, aber nicht für die anderen Segmente des Ticketvertriebs. Dieser auf einen Teil der Realität eingeschränkte Blickwinkel beeinflusst die Erkenntnisse zu den Ausweichmöglichkeiten der Veranstalter und zu Möglichkeit und Bedeutung des Eigenvertriebs bei Grossanlässen.

Dass im Kanton Waadt wegen der Billettsteuer weniger Grossanlässe stattfinden, lässt sich aufgrund der Akten nicht definitiv festhalten, erscheint jedoch nicht unplausibel. Das Fehlen einer gedeckten Konzerthalle spricht ebenfalls dafür, dass hier weniger Grossanlässe stattfinden. Verlangt die Stadt Lausanne eine einzige Abrechnung pro Anlass, muss die Billettsteuer vorgängig abgeliefert werden (bei Rückerstattung für nicht verkaufte Billetts) und haften Veranstalter und Vertriebsdienstleister solidarisch, führt dies faktisch dazu, dass die Veranstalter ein einziges Vertriebsunternehmen wählen, auch wenn keine entsprechende gesetzliche Vorschrift besteht. Schon aus diesen Gründen sind die Verhältnisse im Kanton Waadt kaum repräsentativ.

Gemäss Verfügung wählte die Vorinstanz diesen Kanton, weil die Befragung sämtlicher Veranstalter von Anlässen in der Schweiz kaum zu bewältigen gewesen wäre (mit ihren Worten: aus "Effizienzgründen"). Bei der zu untersuchenden Region wurde auf folgende Kriterien abgestellt: Durchführung aller Arten von Veranstaltungen, Existenz mindestens eines Konkurrenten der Beschwerdeführerin, Existenz einer Liste aller Veranstaltungen innerhalb eines bestimmten Zeitraums. Der Kanton Waadt verfügt - wohl im Zusammenhang mit der dort erhobenen Billettsteuer - über eine solche Liste. Letztlich dürfte dies das ausschlaggebende Kriterium für die Wahl des Kantons Waadt gewesen sein. Eine Untersuchung in einem Kanton kann für die Verhältnisse in der ganzen Schweiz jedoch kaum je repräsentativ sein, vor allem dann nicht, wenn man die Argumentation zu einem so grossen Teil auf Grossveranstaltungen von landesweiter Bedeutung stützt, wie die Vorinstanz dies getan hat.

Die Übungsanlage (Befragung aller Veranstalter in einem Kanton - Befragung der Mitglieder des SMPA als Beispiel für Grossveranstalter) erweist sich unter dem Strich als wenig reflektiert. Sie hat bei der Abgrenzung des relevanten Marktes zu erheblichen Widersprüchen und Unklarheiten geführt (vgl. Ziff. 5.2). Die Auffassung der Beschwerdeführerin, das gewählte Vorgehen sei methodisch mangelhaft und kaum ziel führend gewesen, wird dadurch bestätigt.

Die Vorinstanz bezeichnet die Rüge der mangelhaften Repräsentativität der befragten Veranstalter als verspätet und rechtsmissbräuchlich. Die Beschwerdeführerin hätte sie bei der Stellungnahme zum Verfügungsentwurf oder in der Anhörung vorbringen müssen. Das ist unzutreffend. Die Möglichkeit, sich im Rahmen des rechtlichen Gehörs zu äussern, schränkt

die Rüge der unzutreffenden Erhebung des rechtserheblichen Sachverhalts im Rechtsmittelverfahren in keiner Weise ein.

5.1.2 Unzutreffende Würdigung der Untersuchungsergebnisse?

Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Schlussfolgerung in der Verfügung, nach welcher die Veranstalter keine Alternative zu ihren Dienstleistungen hätten und daher zwingend auf sie angewiesen seien, lasse sich nicht auf die Ergebnisse der Untersuchung im Kanton Waadt stützen, der gemäss Angabe der Vorinstanz für die Verhältnisse in der Schweiz repräsentativ sei. Die Überprüfung der Akten zeige, dass nur 22 der 83 Veranstalter in diesem Kanton (27%) einen Vertrag mit der Beschwerdeführerin hätten. 75 Veranstalter (ca. 90%) vertrieben ihre Tickets ganz oder teilweise selber, und 22 würden auch mit anderen Ticketingunternehmen arbeiten.

Laut der Vernehmlassung der Vorinstanz hat die Befragung im Kanton Waadt ergeben, dass Veranstalter von Anlässen mit einem Publikum aus der ganzen Schweiz ihre Tickets über die Beschwerdeführerin vertreiben würden. Andere Veranstalter, die ihre Tickets nicht im Vorverkauf absetzten, sondern nur an der Abendkasse, und die daher keine Vertriebsdienstleistungen benötigten, seien nicht Marktgegenseite.

Die Vorinstanz stützt ihre Folgerungen einerseits nicht auf die Angabe aller Veranstalter im Kanton Waadt, andererseits nicht nur auf die Angaben dieser Veranstalter, sondern auch auf diejenigen der Mitglieder der SMPA. Aus dem Umstand, dass die Befragung sämtlicher Veranstalter im Kanton Waadt mit den Schlussfolgerungen der Vorinstanz nicht übereinstimmt, kann daher nicht geschlossen werden, die Untersuchungsergebnisse seien falsch und aktenwidrig.

Unbefriedigend ist allerdings, dass die Folgerungen, die die Vorinstanz aus der Befragung im Kanton Waadt für die Definition der Marktgegenseite und damit die Marktabgrenzung offenbar gezogen hat, in der Verfügung keinen Niederschlag finden beziehungsweise dort widersprüchlich dargestellt werden (vgl. Ziff. 5.2).

5.1.3 Veraltete Datenbasis

Die Beschwerdeführerin beanstandet, die Vorinstanz habe für die Bemessung des Marktvolumens und ihres Marktanteils auf veraltete Daten abgestellt. Dieselbe Rüge wurde im Zusammenhang mit dem aktuellen Wettbewerb geäussert. Daher verweist die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen auf Ziffer 5.3.4.

5.1.4 Fehlende Ermittlung von Rechtfertigungsgründen

Schliesslich beanstandet die Beschwerdeführerin, dass sich die Vorinstanz nicht mit dem sie entlastenden Argument befasst habe, dass die Exklusivitätsklauseln von ihr nicht durchgesetzt würden und dass sowohl Konkurrenten wie Veranstalter dies bestätigt hätten. Wenn die Klauseln nicht umgesetzt würden, könne auch keine unzulässige Verhaltensweise vorliegen.

Diese Rüge ist unbegründet. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen verweist diesbezüglich auf die Ziffern 4.4.1 und 5.4.1.

5.1.5 Schlussfolgerung

Die von der Vorinstanz gewählte Methode der Sachverhaltsermittlung beschränkt die Problemanalyse auf einen Teil der Realität. Sie ist mangels Repräsentativität der befragten Veranstalter nicht geeignet, den Vertrieb von Tickets insbesondere bei Grossanlässen korrekt zu erfassen, und führt daher zu einer nicht nachvollziehbaren Marktabgrenzung. Die Tendenz der Wettbewerbsbehörden zu einer engen Marktabgrenzung, mit ihren Folgen für eine schnellstmögliche Annahme einer marktbeherrschenden Stellung (vgl. ZACH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 2005, S. 261, Rz. 537; kritisch dazu SCHMIDHAUSER, a.a.O., Art. 4, Rz. 57) wird dadurch übersteigert.

5.2 Relevanter Markt

5.2.1 Grundsätzliches zum sachlichen Markt

Unternehmen, die Leistungen anbieten, zu denen sich die Endkunden mittels eines Tickets Zutritt verschaffen (im Folgenden "primäre Leistung" genannt), können diese Tickets grundsätzlich entweder selber verkaufen (direkter Kundenkontakt) oder diese Aufgabe Dritten übertragen (kein direkter Kundenkontakt). Im ersten Fall ist der Ticketvertrieb vertikal in das Unternehmen integriert, das die primäre Leistung erbringt. Im zweiten Fall wird ein Händler, Intermediär oder Vertriebsdienstleister zwischen dieses und die Endkunden geschaltet und so eine weitere Marktstufe geschaffen. Die die primäre Leistung anbietenden Unternehmen und die Intermediäre können somit auf dem Endkundenmarkt als Konkurrenten auftreten.

Für gewisse Anbieter primärer Leistungen wird nur der Eigenvertrieb in Frage kommen, für andere ausschliesslich oder doch im Wesentlichen der Vertrieb über Dritte, und für eine dritte Gruppe werden beide Varianten in Frage kommen. Unterschiede können sich weiter daraus ergeben, welche konkreten Kanäle (*call centers*, vernetzte oder nicht vernetzte Verkaufsstellen, Internet etc.) oder welchen Mix dieser Kanäle die Veranstalter für ihre Zwecke für austauschbar befinden. Grundsätzlich können sowohl der Eigen- wie der Fremdvertrieb im Vorverkauf, unmittelbar vor der Inanspruchnahme der primären Leistung ("Abendverkauf", Kassenverkauf) oder kombiniert stattfinden und kann sowohl der Eigen- wie der Fremdvertrieb mit traditionellen oder technisch höher entwickelten Mitteln organisiert werden.

Der sachlich relevante Markt umfasst alle Waren oder Leistungen, die von der Marktgegenseite hinsichtlich ihrer Eigenschaften und ihres vorgesehenen Verwendungszwecks als substituierbar angesehen werden (Art. 11 Abs. 3 Bst. a der Verordnung vom 17.6.1996 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, VKU, SR 251.4; Konzept der funktionellen Austauschbarkeit bzw. Bedarfsmarktkonzept). Entsprechend dieser Definition setzt dessen Abgrenzung die Klärung der Fragen voraus, wer Marktgegenseite

ist und wie diese die Austauschbarkeit der Vertriebskanäle beurteilt.

Die Beschwerdeführerin ist ein spezialisiertes Ticketvertriebsunternehmen (im Folgenden: TU) mit einer diverse Vertriebskanäle umfassenden Systemplattform (Verkaufsstellen [*points of sale*, im Folgenden: POS], *call center*, Internet, WAP). Sie offeriert den Anbietern primärer Leistungen Vertriebsdienstleistungen. Marktgegenseite sind Anbieter primärer Leistungen, die solche Vertriebsdienstleistungen nachfragen. Entsprechend steht vorliegend die Austauschbarkeit der Vertriebskanäle für Tickets aus der Sicht der Anbieter primärer Leistungen im Zentrum.

Die Beschwerdeführerin bietet den Anbietern primärer Leistungen zudem die Möglichkeit des Eigenvertriebs über ihre Plattform. Als Marktgegenseite fallen daher grundsätzlich auch Anbieter primärer Leistungen in Betracht, welche Eigenvertriebslösungen nachfragen.

5.2.2 Bedeutung von Nachfrage- und Angebotssubstituierbarkeit sowie potenziellem Wettbewerb für die Marktabgrenzung

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe den relevanten Markt unzulänglich abgegrenzt, indem sie die Angebotssubstituierbarkeit gar nicht und den potenziellen Wettbewerb sowie die Nachfragesubstituierbarkeit ungenügend veranschlagt habe.

Bei der Nachfragesubstituierbarkeit geht es um die Frage, ob tatsächlich Alternativangebote existieren, auf welche die Marktgegenseite ausweichen kann. Diese bilden den sachlich relevanten Markt. Die Angebotssubstituierbarkeit beziehungsweise Angebotsumstellungsflexibilität betrifft die Frage, ob andere Unternehmen ihr Angebot kurzfristig und ohne spürbare Zusatzkosten und Risiken erweitern könnten. Wettbewerbsdruck erwächst dem zu beurteilenden Unternehmen diesfalls zwar nicht aus aktuell bestehenden Alternativen, aber doch aus dem Umstand, dass es solcher Konkurrenz Rechnung tragen muss, will es seine Stellung nicht erschweren oder gefährden. Der sachlich relevante Markt schliesst unter Umständen auch solche Angebote ein, und zwar selbst dann, wenn sie aus der Sicht der Endkunden nicht austauschbar sind. Beim potenziellen Wettbewerb geht es um die Frage, ob andere Unternehmen in der Lage sind, in absehbarer Zeit und mit ausreichendem Gewicht auf den Markt zu treten, um die Stellung des zu beurteilenden Unternehmens angreifen zu können. Der Unterschied zwischen Angebotsumstellungsflexibilität und potenziellem Wettbewerb liegt in Fristigkeit, Kosten und Risiko von Angebotserweiterung beziehungsweise Marktzutritt (vgl. ZÄCH, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, in: Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [Hrsg.: VON BÜREN/DAVID], Band V/2: Kartellrecht, Basel/Genf/München 2000, S. 161 ff.).

Ist der relevante Markt aus der Sicht der Marktgegenseite abzugrenzen und bilden Anbieter primärer Leistungen, die Vertriebsdienstleistungen spezialisierter TU nachfragen, Marktgegenseite, ist gemäss VKU si-

cher die Nachfragesubstituierbarkeit für die Marktabgrenzung massgeblich (Frage: welche Vertriebskanäle sind aus ihrer Sicht austauschbar?). Die Angebotssubstituierbarkeit beziehungsweise die Frage, ob andere Unternehmen ihrerseits kurzfristig Vertriebskanäle zur Verfügung stellen könnten, ist in erster Linie bei der Strukturkontrolle (Unternehmenszusammenschlüsse) von Bedeutung, bei der es um eine abstrakte Prognose künftiger Marktverhältnisse geht (ZÄCH, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, a.a.O., S. 164; vgl. auch CLERC, in: Droit de la concurrence, Commentaire Romand [Hrsg.: TERCIER/BOVET], Genf/Basel/München 2002, Rz. 6, 55 f. und 58 zu Art. 4 KG). Entsprechend hat die Vorinstanz die Angebotssubstituierbarkeit im *Ticketing*-Bereich im Zusammenhang mit einem Unternehmenszusammenschluss seinerzeit veranschlagt und bereits 1997 festgestellt, etwa Swisscom und die SBB könnten ihre Aktivitäten im Ticketvertrieb ohne weiteres ausbauen, da sie bereits über geeignete Verkaufsstellen verfügten (RPW 1997/4, S. 575). Dass die Angebotssubstituierbarkeit bei Fällen gemäss Artikel 7 des Kartellgesetzes weniger zentral ist, erscheint im Licht der zitierten Bestimmung der VKU auch deshalb richtig, weil eine theoretische, auch kurzfristig mögliche Alternative für die Marktgegenseite nicht ohne weiteres eine effektive aktuelle Ausweichmöglichkeit darstellt.

Zwar kann die Angebotsumstellungsflexibilität bei der Marktabgrenzung ein sinnvolles Kriterium sein, wenn es um Wettbewerbsbeschränkungen geht, von denen nicht nur ein bestimmtes, sondern alle Unternehmen der Marktgegenseite betroffen sind (ZÄCH, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, a.a.O., S. 165 [eine Begründung für diese Unterscheidung nennt der Autor nicht]). Sie wird auch als zusätzliches Kriterium der Marktabgrenzung bezeichnet, wenn sie dieselbe disziplinierende Wirkung hat wie die Nachfragesubstitution (CLERC, a.a.O., Art. 4, Rz. 64). Doch argumentiert die Lehre hier eher mit der Beschränkung der Möglichkeit zu unabhängigerem Verhalten. Diese wird bei der beherrschenden Stellung im Anschluss an die Marktabgrenzung geprüft.

Was schliesslich den potenziellen Wettbewerb angeht, ist dieser nicht bei der Bestimmung des relevanten Marktes, sondern bei der Prüfung einer beherrschenden Stellung zu berücksichtigen. Das ergibt sich aus der oben angeführten Umschreibung des potenziellen Wettbewerbs umso mehr als bei der Angebotssubstituierbarkeit und entspricht im Übrigen auch der Praxis der EG-Kommission (ZÄCH, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, a.a.O., S. 163; CLERC, a.a.O., Art. 4, Rz. 59).

Daraus ergibt sich, dass der sachlich relevante Markt in Fällen gemäss Artikel 7 des Kartellgesetzes primär gestützt auf die Nachfragesubstituierbarkeit abzugrenzen ist. Angebotsumstellungsflexibilität und potenzieller Wettbewerb brauchen hier nicht veranschlagt zu werden. Etwas anderes ergibt sich weder aus der für die Schweiz massgeblichen VKU noch aus der schweizerischen Lehre, die die Nachfragesubstituierbarkeit als das zentrale Kriterium der Marktabgrenzung auffasst (CLERC, a.a.O., Art. 4, Rz. 60; ZÄCH,

Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, a.a.O., S. 149 ff., S. 161, S. 164 f.). Wenn allerdings ausreichender potenzieller Wettbewerb genügt, um im Wesentlichen unabhängiges Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens auszuschliessen, muss dies für die (aktuellere, kaum kosten- und risikobehaftete) Angebotsumstellungsflexibilität grundsätzlich umso mehr gelten. Inwiefern die Vorinstanz diese Aspekte korrekt gewürdigt hat, ist daher bei der Beurteilung der Marktbeherrschung zu prüfen.

Was nun die Nachfragesubstituierbarkeit angeht, bilden Angebote von Unternehmen eine Ausweichmöglichkeit, die hinsichtlich der Eigenschaften, des Verwendungszwecks und der Preise als gleichartig oder austauschbar angesehen werden. Dabei ist die Sicht tatsächlicher und möglicher Geschäftspartner einzu beziehen (ZÄCH, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, a.a.O., S. 147). Zur Klärung der Frage, ob tatsächlich Alternativangebote bestehen, wird in methodischer Hinsicht etwa abzuschätzen versucht, ob und in welchem Mass die Marktgegenseite bei einer geringfügigen, aber dauernden Preiserhöhung von 5%-10% auf andere Angebote ausweichen kann (*small but significant non transitory increase in price* Test oder SSNIP-Test; vgl. CLERC, a.a.O., Art. 4, Rz. 63). Ist ein solches Ausweichen möglich oder anzunehmen, was sich durch Befragung der Nachfrager klären lässt, bestehen tatsächlich Substitutionsgüter, die als Alternativangebote zum relevanten Markt gehören (ZÄCH, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, a.a.O., S. 162). Den Ausführungen von ZÄCH lässt sich nicht entnehmen, dass der SSNIP-Test zwingend anzuwenden wäre. Derselbe Schluss ergibt sich aus dem *Commentaire Romand*, gemäss dem die Nachfragesubstituierbarkeit geklärt werden kann mittels Befragung der Marktteilnehmer, Prüfung der Kreuzpreiselastizität oder - entsprechend dem amerikanischen *antitrust*-Recht - mit dem SSNIP-Test, welcher auch in der Praxis der EG-Kommission Anwendung findet (CLERC, a.a.O., Art. 4, Rz. 30 und 60 ff.).

Die Vorinstanz selber hat den SSNIP-Test mindestens in einem Fall angewendet, in welchem ihre Marktabgrenzung - wie im vorliegenden Untersuchungsverfahren - von den Parteien als zu eng kritisiert worden war (vgl. RPW 2001/2, S. 243 ff., mit weiteren Verweisen). Daraus lässt sich noch nicht folgern, im Interesse der Gleichbehandlung und einer kohärenten Praxis wäre dasselbe auch in allen übrigen Fällen zu tun, in denen die Marktabgrenzung umstritten ist. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen bezweifelt, dass der SSNIP-Test in einem dynamischen Umfeld wie dem *Ticketing* aussagekräftige Ergebnisse zu liefern vermöchte und ob er Erkenntnisse bringen könnte, die sich nicht auch mittels korrekter Befragung der Marktgegenseite und einer zutreffenden Beurteilung ihrer Ausweichmöglichkeiten gewinnen lassen.

Wie die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen bereits verschiedentlich festgehalten hat, ist die Marktabgrenzung eine methodisch und verfahrensrechtlich anspruchsvolle Aufgabe, an welche hohe Anforderungen zu stellen sind (vgl. RPW 1998/4, S.

674; vgl. auch den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 30.6.2005 i.S. X. AG und Y. AG [FB/2004-2] E. 5.1.3). Das gilt nicht zuletzt mit Blick auf die Vermeidung unnötiger Beschwerdeverfahren. Vorliegend sind diese Anforderungen nicht erfüllt, auch wenn man von der Durchführung des SSNIP-Tests absehen konnte. Das ergibt sich erstens daraus, dass die Verfügung nicht klar macht, welche Anbieter primärer Leistungen als Marktgegenseite aufgefasst werden, aus deren Sicht der Markt abzugrenzen wäre: Einerseits nennt sie - ohne Differenzierung - die Veranstalter von Anlässen (Rz. 28), andererseits beschränkt sie die Marktgegenseite implizit auf Veranstalter, welche TU-Vertriebsdienstleistungen nachfragen (Rz. 26 f.), und möglicherweise gar auf Veranstalter von Grossanlässen mit schweizweiter Bedeutung (Rz. 29 f.). Zweitens ergibt sich die ungenügende Marktabgrenzung daraus, dass nicht erläutert wird, wie die Marktgegenseite die Austauschbarkeit der Vertriebskanäle beurteilt: Die Verfügung erläutert weder, welchen Gruppen von Veranstaltern mit welchen Tätigkeitsfeldern (z.B. nur Veranstaltungen von gesamtschweizerischer Bedeutung, nur lokal oder regional bedeutsame Veranstaltungen, Mix beider Arten) welche Vertriebskanäle, -dienstleistungen und -produkte mit welchen Preisen offen stehen beziehungsweise welche Vertriebsmöglichkeiten aus ihrer Sicht für austauschbar aufgefasst werden, noch erfährt man, ob es Veranstalter gleichartiger Anlässe gibt, die diese Frage unterschiedlich beurteilen, und was für die Marktabgrenzung daraus zu folgern wäre. Drittens ergibt sich die ungenügende Marktabgrenzung daraus, dass die Fragebogen bezüglich der Nachfragesubstituierbarkeit nicht zweckdienlich formuliert sind ("Haben Sie bereits mit anderen Vertriebsunternehmen zusammengearbeitet oder dies erwogen?"). Entsprechend erlauben die Antworten der Veranstalter keine Schlüsse für die Bestimmung der Ausweichmöglichkeiten.

Tatsächlich stützt die Vorinstanz ihre Marktabgrenzung auf die Kriterien der Wahl eines spezialisierten TU:

- Randziffer 26: die Art des Anlasses ist kein Kriterium für die Wahl eines TU.
- Randziffer 27: Bedeutung und Grösse eines Anlasses können bei der Wahl eines TU eine Rolle spielen, eine Marktabgrenzung nach Grösse und Bedeutung erübrigt sich jedoch (die Feststellung in dieser Ziffer, nur landesweit tätige TU bildeten immer ein Substitut für regional tätige TU, spricht jedoch für die gegenteilige Schlussfolgerung: Wenn regional tätige TU keine Ausweichmöglichkeit sind für landesweit bedeutsame Anlässe, ist der Markt zu unterteilen und sind regional tätige TU keine aktuellen Konkurrenten der Beschwerdeführerin).
- Randziffer 29: Vertriebsdienstleistungen der TU haben bei Grossveranstaltungen bestimmte Vorteile (Erfolg oder Misserfolg abschätzen, Beantwortung der Frage, ob noch Werbung nötig ist, Bezifferung des Personalaufwandes, Schlechtwetterversicherung bei *open air*-Veranstaltungen, Verhinderung von

Wartezeiten als kundenfreundliche Dienstleistung, Ticket- und Sitzplatzgarantie für Weithergereiste).

- Randziffer 30: Existenz einer alle Vertriebskanäle integrierenden Systemplattform ist ein Kriterium der Wahl eines TU.

Aus dem Kriterium für die Wahl eines TU lässt sich hinsichtlich der für die Marktabgrenzung massgeblichen Frage ("wie beurteilt die Marktgegenseite die Austauschbarkeit der Vertriebskanäle") jedoch nichts ableiten. Wählt ein Veranstalter ein spezialisiertes TU, bedeutet das zunächst vor allem, dass dieses eine gute Dienstleistung anbietet. Schliesst man aus diesem Kriterium direkt auf einen Markt für Vertriebsdienstleistungen spezialisierter TU, läuft dies darauf hinaus, den relevanten Markt abzugrenzen, bevor geklärt ist, ob Ausweichmöglichkeiten bestehen, die zu diesem Markt zu zählen sind.

Hätte die Vorinstanz die Ergebnisse der Befragung im Kanton Waadt, die wohl als eine Art Pilotstudie zu betrachten ist, und ihre Bedeutung für die Marktabgrenzung transparent gemacht, und hätte sie zu den Anlässen von landesweiter Bedeutung nicht nur SMPA-Mitglieder, sondern auch Veranstalter anderer Grossanlässe befragt, hätten sich für die Austauschbarkeit der Vertriebswege echte Erkenntnisse ergeben.

Unter dem Strich ist festzuhalten, dass die angefochtene Verfügung keine nachvollziehbare Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes aus der Sicht der Marktgegenseite enthält. Das zieht in den weiteren Überlegungen der Vorinstanz Widersprüche nach sich und erweckt den Eindruck, die Vorinstanz habe den Markt weniger aus der Sicht der Marktgegenseite als direkt aus der Tätigkeit der Ticketingunternehmen (bzw. aus einem Teil dieser Tätigkeit) abgegrenzt.

Ob die Vorinstanz - wie von der Beschwerdeführerin geltend gemacht - auch gewisse "Schockereignisse" wie den Marktaustritt eines TU und seine Folgen oder eine Preiserhöhung der Beschwerdeführerin hätte veranschlagen müssen, mag angesichts der im Verhältnis zum Gesagten untergeordneten Bedeutung dieser Elemente hier offen bleiben. Dass sich daraus für Marktabgrenzung und -stellung wesentliche Schlüsse ergeben können, liegt jedoch auf der Hand.

5.2.3 Vertriebsdienstleistungen oder Vertriebssysteme?

Die Beschwerdeführerin macht geltend, in der Verfügung werde verschiedentlich zu Unrecht der Markt für Ticketingvertriebssysteme als sachlich relevanter Markt bezeichnet. Ticketingvertriebssysteme dienen der elektronischen Verwaltung von Zutrittsberechtigungen für Veranstaltungen und seien nur Mittel zum Zweck des Vertriebs von Eintrittskarten. Vorliegend gehe es um den Vertrieb von Eintrittskarten. Da die Vorinstanz immer wieder andere Umschreibungen verwende (Markt für den Vertrieb von Tickets, Ticketvertriebssystem, Vertriebssystem, Markt für Ticketvertriebssysteme, Markt für den Vertrieb von Tickets, Vertrieb von Ticketingvertriebssystemen, Vertrieb von Eintrittskarten mittels Ticketingvertriebssystemen,

Ticketingvertriebssysteme, Vertrieb von Eintrittskarten), sei fraglich, ob sie sich im Klaren darüber sei, um welchen relevanten Markt es gehe.

Die Vorinstanz bestreitet nicht, dass ihre zusammenfassende Formulierung der Marktabgrenzung in Dispositiv Ziffer 1 und Randziffer 33 der Verfügung am Kern der Sache vorbeigeht. Es gehe um den Markt für den Vertrieb von Eintrittskarten mittels Ticketingvertriebssystemen (zur Unklarheit dieser Marktabgrenzung vgl. Ziff. 5.1.1 und 5.1.2). Dies ergebe sich trotz der beanstandeten Formulierung aus den Erwägungen.

Die Verfügung umschreibt in Randziffer 31, was die Vorinstanz unter dem Begriff "Vertriebssystem" versteht, nämlich ein Bündel von verschiedenen Vertriebskanälen, bestehend aus Vorverkaufsstellen, *call centers*, Internet und WAP, die über eine gemeinsame Plattform vernetzt sind, so dass unabhängig vom Absatzkanal, den die Endkunden benützen, jederzeit klar ist, wie viele Tickets oder welche Plätze verkauft sind. Der Begriff "Vertriebssystem" mag unglücklich gewählt sein, weil er auch für die beim Ticketvertrieb verwendete Technologie (Hard- und Softwarelösung) stehen kann. Inhaltlich bestehen diesbezüglich jedoch keine Differenzen zwischen Beschwerdeführerin und Vorinstanz, auch wenn letztere terminologisch nicht ausreichend differenziert.

5.2.4 Eigenvertrieb als Vertriebsalternative?

Die Beschwerdeführerin argumentiert, der Eigenvertrieb mittels geeigneter Mittel stelle für die Veranstalter eine Ausweichmöglichkeit dar, weshalb er zum relevanten Markt zu zählen sei.

Die Verfügung führt zu dieser Frage einerseits aus, der Eigenvertrieb sei nur komplementär zum Vertrieb durch spezialisierte Dritte. Denn die Veranstalter verfügten nicht über Infrastruktur (Vertriebsnetz, Personal) und *Know-how* zum ausschliesslichen Absatz der Tickets mittels Eigenvertrieb. Die Zusammenarbeit mit TU sei effizienter, kostengünstiger und weniger zeitaufwändig als der Aufbau eines eigenen Verkaufsstellennetzes. Andererseits hält sie fest, der Eigenvertrieb könne nicht ganz aus dem relevanten Markt ausgeschlossen werden. Soweit er im Vorverkauf und über eine Systemplattform erfolge, gehöre er zum relevanten Markt.

Die Vorinstanz beurteilt die Substituierbarkeit somit bereits in der Verfügung widersprüchlich. In ihren Schriftsätzen finden sich weitere sich widersprechende Ausführungen ("Eigenvertrieb gehört klar nicht zum relevanten Markt" und "für Veranstalter, die nicht auf spezialisierte TU angewiesen sind, ist der Eigenvertrieb eine Alternative"). Diese Widersprüche lassen darauf schliessen, dass die Frage, ob der Eigenvertrieb für die Marktgegenseite eine Ausweichmöglichkeit darstellt, nicht zu Ende gedacht worden ist. Das wiederum ist darauf zurückzuführen, dass die Verfügung nicht definiert, wer Marktgegenseite ist, nicht konkretisiert, wie diese die Ausweichmöglichkeiten beurteilt, die Sicht von (Gross-)Veranstaltern, die ihre Tickets im Eigenvertrieb absetzen, nicht einbe-

zieht und keine klaren Schlüsse zieht, wie der relevante Markt abzugrenzen ist.

Bei der Prüfung, ob der Eigenvertrieb zum sachlich relevanten Markt gehört, kann man folgenden Argumentationslinien folgen:

- Entweder fasst man entsprechende Veranstalter nicht als Marktgegenseite auf, weil sie keine Vertriebsdienstleistungen spezialisierter TU nachfragen (vgl. ZÄCH, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, a.a.O., S. 148, nach welchem sich die Marktabgrenzung in der Regel auf eine Marktstufe der Wertschöpfungskette konzentriert). Daraus kann aber noch nicht geschlossen werden, dass sich der Vertriebsdienstleister vom Veranstalter im Wesentlichen unabhängig verhalten kann. Die Möglichkeit des Eigenvertriebs muss in dieser Argumentationslinie mindestens bei der Prüfung der beherrschenden Stellung veranschlagt werden. Das hat die Vorinstanz nicht getan.
- Oder man zählt Veranstalter, die ihre Tickets im Eigenvertrieb verkaufen und die Anlässe organisieren, welche nach Art, Grösse und Bedeutung vergleichbar sind mit denjenigen von Veranstaltern, die Vertriebsdienstleistungen spezialisierter TU nachfragen, als mögliche Geschäftspartner zur Marktgegenseite (vgl. ZÄCH, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, a.a.O., S. 147, nach dem die für die Beurteilung der Ausweichmöglichkeiten die Sicht tatsächlicher und möglicher Geschäftspartner massgeblich ist). Diesfalls ist bei der Marktabgrenzung zu prüfen, ob der Eigenvertrieb mit Blick auf Verwendungszweck, Eigenschaften und Kosten dieser Lösung mit der Vertriebsdienstleistung austauschbar ist. Das hat die Vorinstanz ebenfalls nicht getan.

Die Frage der Austauschbarkeit von Eigen- und Fremdvertrieb muss somit in beiden Argumentationslinien geprüft werden. Blosser Behauptungen, der Eigenvertrieb gehöre nicht zum relevanten Markt oder er verursache Zusatzkosten, sind nicht ausreichend. Wird die Austauschbarkeit von Veranstaltern gleichartiger Anlässe unterschiedlich beurteilt, ist die Sicht derjenigen, die es enger sehen, wohl entsprechend zu relativieren. Solange die Vorinstanz auf eine Marktabgrenzung nach Grösse und Bedeutung des Anlasses verzichtet (Rz. 27 der Verfügung), kann sie für die Frage der Austauschbarkeit von Eigen- und Fremdvertrieb mit höher entwickelten technischen Mitteln jedenfalls nicht auf einen Teil der Veranstalter mit möglicherweise gesteigerten Bedürfnissen (Veranstalter von Grossanlässen) abstellen, zum Beispiel mit dem Argument, nur der Fremdvertrieb durch spezialisierte TU garantiere ein flächendeckendes Verkaufsstellenetz. Gibt es im Übrigen (Gross-)Veranstalter, die ihre Tickets im Eigenvertrieb absetzen, zeigt dies, dass Eigenvertrieb und Vertriebsdienstleistung der TU weitgehend austauschbar sind beziehungsweise dass der Eigenvertrieb unabhängiges Verhalten des TU stark einschränkt.

Die Beschwerdeführerin liefert zahlreiche Beispiele dafür, dass selbst Veranstalter von Grossanlässen aus

dem Bereich der Marktsegmente *Sport/events* und "andere" auf ihre Dienste verzichten können und dies auch tun. Das gilt bereits für die Zeit vor Erlass der Verfügung und dürfte sich seither wesentlich akzentuiert haben, wie die aktuelle Werbung für Grossveranstaltungen verschiedener Art zeigt. Das spricht auch bei einer engeren Abgrenzung des Marktes (Ticketvertrieb bei Grossveranstaltungen) für den Eigenvertrieb als Vertriebsalternative beziehungsweise als Element, das unabhängiges Verhalten nicht gestattet.

Was die Vorinstanz gegen den Einbezug des Eigenvertriebs in den relevanten Markt vorbringt, überzeugt nicht:

Ihres Erachtens scheidet ein Veranstalter, der sich für den Eigenvertrieb entscheidet, aus dem Markt aus, wie auch ein Konsument aus dem Markt scheidet, der seine Mahlzeiten selber kocht, wenn das Restaurant zu teuer sei. Die Eigenproduktion von Mahlzeiten zuhause ist jedoch im Gegensatz zum Eigenvertrieb von Tickets eine Form der Subsistenzwirtschaft. Der Eigenvertrieb mittels geeigneter Instrumente bleibt eine marktbezogene Tätigkeit. Der Veranstalter benötigt die Tickets nicht für seinen eigenen Bedarf, wie die Beschwerdeführerin zu Recht argumentiert. Trefender wäre zum Beispiel ein Vergleich mit einem Landwirt, der seine Produkte direkt vermarktet und so auf einen anderen, für ihn einträglicheren Absatzkanal ausweicht.

Sodann will die Vorinstanz den Eigenvertrieb ausschliessen, weil der Veranstalter bei den diversen Formen des Eigenvertriebs auf Infrastruktur und *Know-how* Dritter angewiesen sei. Nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen spricht dies nicht gegen die Substituierbarkeit von Fremd- und Eigenvertrieb, sondern bestätigt allenfalls, dass der Eigenvertrieb eine marktbezogene Tätigkeit bleibt: Der Veranstalter kauft, anstatt den Ticketvertrieb einem TU zu übertragen, von einem der vielen Anbieter von Ticketvertriebssystemen *Software* zum Eigenvertrieb ein (bzw. deren Benutzung in Zusammenarbeit mit einem solchen Anbieter). Ein Produkt ersetzt eine Dienstleistung. Der Eigenvertrieb mittels geeigneter Instrumente kann daher eine Vertriebsalternative darstellen, die auf derselben Marktstufe anzusiedeln ist. Zum relevanten Markt würden Ticketvertriebsdienstleistungen und -systeme gehören, letztere mit entsprechendem Support. Die Beschwerdeführerin bietet im Übrigen beides an, was zeigt, dass für sie auch Veranstalter Marktgegenseite sind, die ihre Tickets im Eigenvertrieb absetzen wollen.

Betreffend Effizienz, Kosten- und Zeitaufwand des Eigenvertriebs ist festzuhalten, dass die Verfügung weder die Preise der Vertriebsdienstleistungen von TU noch die Kosten des Eigenvertriebs beziffert. Die Aussage, der Eigenvertrieb sei zeit- und kostenaufwändiger, ist somit nicht belegt und von der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen nicht überprüfbar.

Was schliesslich die nach der Auffassung der Vorinstanz marginale Bedeutung des Eigenvertriebs angeht, ist vorauszuschicken, dass dessen Ausmass nicht untersucht wurde. Wenn der Eigenvertrieb der Veran-

stalter über die Plattform der Beschwerdeführerin nahezu die Hälfte der Ticketzahl erreicht, welche die Beschwerdeführerin im Drittvertrieb absetzt, erscheint der Eigenvertrieb jedenfalls nicht als marginal.

Die unklare Marktabgrenzung und die Aktenlage erlauben keine abschliessende Beurteilung der Frage, ob der Eigenvertrieb mittels geeigneten Mitteln zum relevanten Markt gehört oder mindestens bei der Möglichkeit zu unabhängigem Verhalten zu berücksichtigen ist. Die Vorinstanz wird diese Frage im Sinne der Erwägungen neu prüfen, dies jedenfalls dann, wenn sie eine beherrschende Stellung nicht bereits aufgrund des veränderten aktuellen Wettbewerbs im engstmöglichen Markt für Vertriebsdienstleistungen spezialisierter TU bei Grossanlässen von schweizweiter Bedeutung ausschliesst (vgl. Ziff. 5.3.2 ff.).

5.2.5 Nur Vorverkauf über eine Systemplattform?

Nach Auffassung der Vorinstanz gehört nur der Vorverkauf in den sachlichen Markt, und dies nur soweit, als er über eine Systemplattform erfolge.

Die Beschwerdeführerin bemängelt, die Vorinstanz definiere den Begriff des Vorverkaufs nicht, und die zeitliche Abgrenzung sei unhaltbar und künstlich. Gerade bei grösseren Veranstaltungen werde sowohl der Vorverkauf wie der "Nicht-Vorverkauf" über eine Systemplattform abgewickelt. Es bleibe unklar, ob der Ticketkauf wenige Stunden vor der Veranstaltung noch unter den Vorverkauf falle oder dem Abendverkauf zuzuordnen sei, und wie es sich bei telefonischen Reservationen und beim Ticketvertrieb über das Internet mit Ausdruck des Tickets auf dem eigenen Drucker verhalte, bei welchem Verfahren der Ticketverkauf bis unmittelbar vor Beginn der Veranstaltung möglich sei. Wenn sowohl der Vor- wie der Abendverkauf über POS laufe, liessen sich diese Vertriebsarten auch mittels des gewählten Vertriebsweges nicht unterscheiden.

Diese Differenz erscheint der Rekurskommission von untergeordneter Bedeutung. Wenn die Vorinstanz den Markt für Vertriebsdienstleistungen spezialisierter TU untersucht (zu den Unklarheiten der Marktabgrenzung vgl. Ziff. 5.1.1-5.1.3), unterscheidet sie wohl selber nicht nach dem Zeitpunkt des Verkaufs eines Tickets.

Es trifft zu, dass die Terminologie der Vorinstanz auch in dieser Frage undifferenziert ist. Vorverkauf ist nicht nur im Fremd-, sondern auch im Eigenvertrieb möglich, und er kann nicht nur mittels vernetzender Systemplattformen, sondern auch auf traditionelle Weise oder mittels einzelner Verkaufskanäle erfolgen. Die Vorinstanz verwendet den Begriff "Vorverkauf" jedoch quasi als Synonym für "Vertriebsdienstleistung mittels Systemplattform" und beschreibt damit die Tätigkeit der spezialisierten TU.

Dass die Beschwerdeführerin den Begriff "Vorverkauf" in der ersten Stellungnahme selber eingeführt und als Verkauf bis wenige Tage vor Durchführung eines Anlasses definiert habe, heisst nicht, dass die für die Beurteilung der Marktstellung zuständige Vorinstanz nicht gehalten wäre, selber für eine nachvoll-

ziehbare Marktabgrenzung besorgt zu sein. Dazu gehört nicht zuletzt die Klärung der Begrifflichkeit. Dabei wird die Vorinstanz auch präzisieren, wie der Umstand einzuordnen ist, dass Systemplattformen nicht nur die Vorverkaufsstellen der Beschwerdeführerin vernetzen, sondern auch diese mit den Abendkassen der Veranstalter.

5.2.6 Ausschluss von Kino- und Messtickets?

Die Verfügung schliesst den Vertrieb von Kino- und Messe-, eventuell Ausstellungstickets vom relevanten Markt aus (Rz. 39, Fn. 2 der Verfügung). Dies steht im Widerspruch zur Aussage, nach welcher in den Marktsegmenten "Events/Sport" und "andere" (Kino, Theater, Entertainment etc.) keine Unterteilung des Marktes vorzunehmen sei (Rz. 26 f. der Verfügung). Bezüglich des Ausschlusses von Kino- und Messtickets enthält die Verfügung keine Begründung, es sei denn, die Vorinstanz verweise auf ihre Begründung des Ausschlusses von Transporttickets (vgl. Ziff. 5.2.7).

Nach Auffassung der Beschwerdeführerin gehören auch Kino- und Messtickets sowie die Tickets für die Expo 02 zum relevanten Markt. Diese Tickets würden gleich vertrieben wie die Tickets von Sportveranstaltungen oder Konzerten, nämlich im Vorverkauf und über diverse Vertriebskanäle (Internet, *call centers*, POS), was laut der Verfügung das entscheidende Kriterium der Marktabgrenzung sei. Die spezialisierten TU vertrieben auch Tickets für Messen, bedeutende Ausstellungen, *open air*-Kinos und Kinofestivals, wofür die Beschwerdeführerin etliche Beispiele nennt.

Die Vorinstanz entgegnet in ihrer Vernehmlassung, Kino- und Messtickets würden weder im Vorverkauf noch über eine Systemplattform verkauft; entsprechende Umsätze seien daher nicht erfasst worden. Ihr Ausschluss sei kein Versehen, sondern eine Folge der Marktdefinition. Die Expo 02, deren Tickets durch das Verkaufstellennetz der SBB verkauft worden seien, sei im Übrigen keine Messe.

Diese Auseinandersetzung bringt weitere Konsequenzen der unklaren Marktabgrenzung und Terminologie zu Tage:

Zu den Kinotickets ist vorab zu sagen, dass sie zwar vielfach im Vorverkauf und über eine Systemplattform abgesetzt werden. Praktisch bei jedem Kino können Tickets für bestimmte Plätze im Vorverkauf (über Internet, telefonisch, Vorverkauf an der Kasse) erworben oder reserviert werden und werden Systemplattformen verwendet, um Doppelbelegungen zu vermeiden. Geht man von einem Markt für Vertriebsdienstleistungen spezialisierter TU aus (was von der Vorinstanz noch zu überprüfen sein wird), werden solche Dienstleistungen im "Kinsonormalbetrieb" nicht erbracht. Daher kann man argumentieren, dass die Kinos wenigstens zurzeit nicht Marktgegenseite der spezialisierten TU sind (vgl. Ziff. 5.2.4), auch wenn die Beschwerdeführerin sie als Teil der Marktgegenseite auffasst, weil sie diversen Kinoketten Angebote für den Ticketvertrieb unterbreitet hat.

Hinsichtlich "spezieller" Kinoveranstaltungen wie Festivals, *open air*-Kinos etc. präsentiert sich die Lage

insofern anders, als spezialisierte TU hier bereits im Ticketvertrieb engagiert sind, und als die von der Vorinstanz aufgezählten Vorteile des Vorverkaufs hier in gleicher Weise zutreffen wie bei anderen Anlässen. Daher ist nicht ersichtlich, wieso der diesbezügliche Ticketvertrieb nicht zum relevanten Markt gehören sollte, umso weniger, als die Vorinstanz eine Unterteilung des relevanten Marktes nach Art, Grösse und Bedeutung eines Anlasses ausdrücklich für nicht erforderlich bezeichnet hat. Selbst wenn man einen Markt für Vertriebsdienstleistungen bei Grossveranstaltungen abgrenzen wollte (was noch zu überprüfen sein wird und was die Vorinstanz nicht ausdrücklich, implizit aber mindestens teilweise dennoch tut), wären Anliegen wie besseres Management, gezielte Werbung, Abschätzen des Erfolgs, kundenfreundliche Dienstleistung, Vermeidung von Wartezeiten beim Absatz einer grossen Zahl von Tickets, Sitzplatzgarantie für zugereiste Gäste und eventuell Schlechtwetterversicherung gerade bei solchen Anlässen ebenso berechtigt und zentral wie bei grossen Konzertveranstaltungen.

Dasselbe gilt für Messen und grosse Ausstellungen, für die die Beschwerdeführerin und andere TU wie RailAway ebenfalls Tickets verkaufen. Ob die Expo 02 im Übrigen eine Messe ist oder eine Landesausstellung, tut dabei nichts zur Sache. Sie war auf jeden Fall ein Grossanlass von schweizweiter Bedeutung.

Entsprechend ist mindestens der Ticketvertrieb für spezielle Kinoveranstaltungen, Messen, grosse Ausstellungen, die Landesausstellung etc. zum sachlich relevanten Markt zu rechnen, jedenfalls solange die Vorinstanz gestützt auf eine klare Marktabgrenzung und transparente Beurteilung der Austauschbarkeit der Vertriebskanäle aus Sicht der zu definierenden Marktgegenseite nicht überzeugende Argumente für einen gegenteiligen Schluss vorbringt.

5.2.7 Ausschluss von Transport- und Kombitickets?

a) Transporttickets

Die angefochtene Verfügung schliesst das Segment "Transporte" vom relevanten Markt aus. Als Grund wird angegeben, der Ticketvertrieb unterscheide sich von demjenigen in den anderen beiden Segmenten: Er erfolge meist nicht im Vorverkauf, werde von den Transportunternehmen grösstenteils im Eigenvertrieb abgewickelt und spezialisierte TU seien hier nicht oder nur in geringem Mass tätig.

Das erste Argument (kein Vorverkauf) der Vorinstanz ist unzutreffend. Vorverkauf findet auch bei reinen Transporttickets statt (Fern-, Geschäfts-, Gesellschaftsreisen, Schlafwagen, General- und andere Abonnemente etc.).

Bezüglich des zweiten Arguments (Eigenvertrieb) ist festzuhalten, dass es bei der Marktabgrenzung darum geht festzustellen, wie die Marktgegenseite die Austauschbarkeit der Vertriebsmöglichkeiten beurteilt. Ob der Eigenvertrieb zum relevanten Markt gehört, muss geprüft werden, bevor man Transportdienstleistungen mit dem Verweis auf den Eigenvertrieb davon ausschliesst (vgl. Ziff. 5.2.4).

Das dritte Argument (keine oder geringe Tätigkeit der TU) ist insofern problematisch, als der relevante Markt nicht aus der Sicht des zu untersuchenden Unternehmens abgegrenzt wird. Er ergibt sich nicht direkt aus dessen Tätigkeitsfeld.

Dass die von der Vorinstanz angeführten Gründe wenig tragfähig sind, zeigt sich auch daran, dass sie in der Vernehmlassung und in der Duplik jeweils neue Gründe für den Ausschluss reiner Transportdienstleistungen aus dem relevanten Markt anführt:

So argumentiert sie, zwischen Transport- und Veranstaltungstickets bestehe keine Substitutionsbeziehung. Transporte seien ein Mittel zum Zweck und keine Freizeitbeschäftigung, weshalb es an der funktionellen Austauschbarkeit fehle. Dies ist aber weder zutreffend noch massgeblich, wie die Beschwerdeführerin zu Recht sagt: Transportdienstleistungen können sehr wohl eine Freizeitbeschäftigung sein (Schulreisen, Sonntagsausflüge, Seniorenreisen etc.), und die funktionelle Austauschbarkeit ist nicht aus der Sicht der Endkunden zu beurteilen, da es um die Austauschbarkeit der Vertriebskanäle geht.

Weiter bringt die Vorinstanz vor, die Identität des Vertriebssystems der SBB mit demjenigen der Beschwerdeführerin reiche für den Einbezug in den sachlichen Markt nicht, da die TU zur Kundenberatung im Bereich Transporte fachlich nicht kompetent seien. Das zeige sich daran, dass die Beschwerdeführerin den Zuschlag zum Betrieb eines *call centers* aus dem Verkehrsbereich nicht erhalten habe. Dieses Argument ist ebenfalls nicht stichhaltig. Dass sich die Beschwerdeführerin um solche Leistungen bewirbt, zeigt, dass sie Transportdienstleister als mögliche Geschäftspartner und damit als Teil der Marktgegenseite versteht. Aus dem Umstand, dass ein Unternehmen in einem bestimmten Fall den Zuschlag nicht erhält, kann jedenfalls nicht auf seine Fachkompetenz geschlossen werden. Im Übrigen ist die Fachkompetenz eines Unternehmens kein Kriterium der Marktabgrenzung.

Ob die Beschwerdeführerin die SBB selber als Konkurrentin angeführt hat, ist angesichts des Untersuchungsgrundsatzes im Verwaltungsverfahren unerheblich. Dass sie dies nicht getan hätte, ist unzutreffend. Wenn die Veranstalter die SBB nicht als Konkurrentin, sondern als Partnerin der Beschwerdeführerin beim Ticketvertrieb wahrnehmen, ist dies jedenfalls kein Argument, sie zum Ticketvertrieb nicht zu befragen.

Schliesslich argumentiert die Vorinstanz, Transportunternehmen unterlägen nicht denselben Einschränkungen wie die Veranstalter von Anlässen (Effizienzmängel bei Ticketkontingenten an verschiedene Verkaufsstellen, Unmöglichkeit, an einem einzigen Anlass eine Vielzahl von Tickets zu verkaufen, Ticketgarantie für Zugereiste), weshalb der Ticketvertrieb bei Transportleistungen und Veranstaltungen nicht vergleichbar sei. Mindestens für reservierte Plätze trifft dieses Argument nicht zu. Da die Verfügung auf eine Marktabgrenzung nach Grösse und Bedeutung der primären Leistung ausdrücklich verzichtet und da die Vor-

teile der TU-Dienstleistungen auch für die Veranstalter nicht immer im selben Mass zentral sind, vermag ein allfälliger solcher Unterschied den Ausschluss der Transportdienstleistungen aus dem relevanten Markt im Übrigen nicht zu rechtfertigen.

Der Ausschluss dieses Marktsegments aus der Untersuchung scheint eher historische als sachliche Gründe zu haben. Es wurde bereits in der Vorabklärung nicht berücksichtigt. Dennoch ist die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen der Auffassung, dass reine Transportdienstleistungen nicht zum relevanten Markt gehören, wenigstens soweit nicht, als die Transportunternehmen mindestens zurzeit nicht Marktgegenseite der TU sind.

Anders verhält sich dies immerhin in demjenigen Teilbereich, in dem spezialisierte TU Vertriebsdienstleistungen für Transportunternehmen übernommen haben (z.B. von der Beschwerdeführerin genannter Vertrieb von Skipässen und Schifffahrten). Will die Vorinstanz diesen Bereich aus dem relevanten Markt ausschliessen, ist dies nur insoweit möglich, als sie eine nachvollziehbare Abgrenzung des Marktes nach Art, Grösse und Bedeutung der primären Leistung vornimmt.

b) Kombitickets

Transportunternehmen als Anbieter primärer Leistungen fallen nicht nur in ihrer Eigenschaft als Marktgegenseite der TU in Betracht, sondern auch als Konkurrenten beim Vertrieb von Tickets. Insofern macht die Beschwerdeführerin geltend, kombinierte Transport-/Eventtickets gehörten zum relevanten Markt. Solche Tickets, etwa aus den Bereichen Sport, Ausstellungen, Messen, Konzerte und Musicals, würden sowohl durch die SBB wie auch durch die TU vertrieben. Die SBB täten dies teilweise im Rahmen eines nicht exklusiven *Franchising*-Vertrags unter dem *Label* der Beschwerdeführerin, teilweise mittels der *Software* von Vision One in eigenem Namen oder aber über ihre Tochter RailAway. Bei den kombinierten Tickets seien Transportunternehmen und spezialisierte TU direkte Konkurrenten. RailAway vertreibe zudem zunehmend reine Eventtickets.

Die Vorinstanz bestreitet in ihrer Vernehmlassung nicht, dass Kombitickets zum relevanten Markt zählen, übrigens auch nicht bezüglich der Messe- und Ausstellungstickets. Sie argumentiert, die entsprechenden Marktvolumina seien bei der Berechnung der Marktanteile berücksichtigt worden, soweit sie durch die Beschwerdeführerin, andere TU oder über die von der Beschwerdeführerin betriebenen SBB-Verkaufsstellen verkauft worden seien. Dies entspricht aber nur einer teilweisen Berücksichtigung der Kombitickets. Wenn Kombitickets und von RailAway oder anderen TU vertriebene reine Eventtickets zum relevanten Markt gehören, müssen konsequenterweise auch die Anteile dieser Konkurrenten veranschlagt werden. Daher ist zu prüfen, welche anderen Transportunternehmen ebenfalls Kombi- oder Eventtickets vertreiben und ist sicherzustellen, dass entsprechende Vertriebstätigkeiten richtig zugeordnet werden (dem Plattformlieferanten? dem Vertriebsdienstleister?) Die

buchhalterische Behandlung in den Unternehmen kann diesbezüglich Aufschlüsse geben.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz die Marktabgrenzung auch hinsichtlich des Vertriebs eines Teils der Transport- sowie der Kombitickets zu überprüfen hat.

5.2.8 Räumlich relevanter Markt

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).

Die Vorinstanz hat als räumlich relevanten Markt die Schweiz abgegrenzt, weil die Veranstalter als Marktgegenseite der Beschwerdeführerin Anlässe in der Schweiz organisierten und das Zielpublikum sich in der Schweiz befinde. Für Veranstaltungen im Ausland werde nur ein marginaler Teil der Tickets vertrieben.

Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, der Markt für den Vertrieb von Tickets umfasse mindestens Europa, da überall dieselben Systemplattformen eingesetzt würden. Die hiesigen TU böten ihre Dienstleistungen auch im Ausland an, und ausländische TU wie FNAC und CTS Eventim könnten und würden auch in der Schweiz tätig werden. Der Standort des TU werde mit dem technologischen Wandel (Internet, *print at home*, *call centers*, elektronische Tickets auf *mobile phones* etc.) immer unwichtiger. Soweit der Anschluss an Verkaufsstellen in Zukunft noch nötig sei, sei er in der Schweiz ohne weiteres möglich. Der räumliche Markt sei nicht durch die Befragung der Marktteilnehmer geklärt worden. Die Existenz von Marktzutrittsschranken (Notwendigkeit einer Gebietspräsenz, Zugang zu Vertriebswegen, Kosten eines Verkaufsstellennetzes, regulatorische Schranken) sei nicht abgeklärt worden.

Zwar bringt die Beschwerdeführerin richtigerweise vor, für die Marktabgrenzung sei irrelevant, ob sich das Zielpublikum von inländischen Anlässen in der Schweiz oder auch im Ausland befindet. Die Vorinstanz wendet jedoch zu Recht ein, dass der relevante Markt aus der Sicht der Marktgegenseite abzugrenzen ist. Marktgegenseite der TU seien Veranstalter von in der Schweiz stattfindenden Anlässen; diese hätten schweizerische oder ausländische TU mit POS in der Schweiz gewählt. Dass allenfalls auch ausländische Konkurrenten der Beschwerdeführerin den schweizerischen Markt bearbeiten können, bedeutet nicht, dass die Vorinstanz einen europäischen Markt für Ticketvertriebsdienstleistungen (oder je nach der Marktabgrenzung auch für Vertriebsdienstleistungsprodukte bzw. Ticketvertriebssysteme im eigentlichen Sinn) abgrenzen und untersuchen müsste. Für den räumlichen Markt ist ebenfalls nicht entscheidend, ob die in- und ausländischen TU überall dieselben Systemplattformen einsetzen, inwiefern Zutrittsschranken existieren und ob diese durch neue Technologien herabgesetzt werden. Inwiefern diese Unternehmen als Konkurrenten auf dem schweizerischen Markt in Betracht fallen, ist beim aktuellen und potenziellen Wettbewerb zu prüfen (vgl. Ziff. 5.3).

Die Vorinstanz hat den räumlich relevanten Markt daher korrekt abgegrenzt.

5.2.9 Schlussfolgerungen

Die Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes ist unklar und widersprüchlich, weshalb Nachbesserungen unumgänglich sind, soweit eine beherrschende Stellung der Beschwerdeführerin im von ihr abgegrenzten Markt für Vertriebsdienstleistungen spezialisierter TU nicht bereits angesichts der aktuellen Konkurrenz ausscheidet. Diese Nachbesserungen betreffen vor allem die Definition der Marktgegenseite und der aus ihrer Sicht austauschbaren Vertriebskanäle. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ist nicht in der Lage, den sachlichen Markt im Rahmen des Beschwerdeverfahrens an Stelle der Vorinstanz zu definieren, es sei denn mit folgenden Hinweisen: Die Abgrenzung eines Marktes für Vertriebsdienstleistungen setzt die Klärung der Frage voraus, ob und zu welchen Kosten Eigen- und Fremdvertrieb austauschbar sind. Der Eigenvertrieb ist mindestens bei der Beurteilung der Möglichkeit der Beschwerdeführerin zu unabhängigem Verhalten zu veranschlagen. Lässt sich ein Markt für Vertriebsdienstleistungen spezialisierter TU abgrenzen und nimmt man keine nachvollziehbare Unterteilung des Marktes etwa nach Grösse und Bedeutung des Anlasses vor, gehören auch die Tickets für Messen, Ausstellungen, spezielle Kinoveranstaltungen, Kombitickets sowie ein Teil der Transporttickets zum relevanten Markt.

Möglicherweise geht die Vorinstanz entgegen ihrer Aussage in Randziffer 26. f der Verfügung faktisch nicht von einem Markt für Vertriebsdienstleistungen spezialisierter TU unabhängig von Art, Grösse und Bedeutung der primären Leistung aus, sondern von einem Markt für Vertriebsdienstleistungen spezialisierter TU bei Grossveranstaltungen von landesweiter Bedeutung. Mindestens argumentiert sie immer wieder mit den Besonderheiten solcher Veranstaltungen und hat Tendenz, daraus für den Ticketvertrieb insgesamt verallgemeinernde Schlüsse zu ziehen.

Die Abgrenzung eines solchen Teilmarktes muss materiell nicht in jedem Fall unzutreffend sein. Ist der Vertrieb mittels einer bestimmten Art von Dienstleistungen von TU angesichts der Eigenschaften und des Verwendungszwecks aus den von der Vorinstanz genannten Gründen für einen Teil der Veranstalter effektiv nicht austauschbar mit anderen Vertriebsarten, was zu klären bleibt (vgl. Ziff. 5.2.4), könnte ein solcher Teilmarkt abgegrenzt werden. Diesem wären alsdann die für ihn massgeblichen Marktdaten im entsprechenden Gebiet (Grossanlässe von landesweiter Bedeutung in der ganzen Schweiz) zugrunde zu legen.

5.3 Marktstellung

Angesichts der Ungereimtheiten in der Abgrenzung des relevanten Marktes muss sich die Überprüfung der Marktstellung der Beschwerdeführerin durch die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen auf den von der Vorinstanz abgegrenzten Markt für Vertriebsdienstleistungen spezialisierter TU beschränken.

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).

Laut der angefochtenen Verfügung sind der aktuelle und der potenzielle Wettbewerb vorliegend so schwach, dass sie nicht disziplinierend auf die Beschwerdeführerin zu wirken vermögen. Die Beschwerdeführerin argumentiert demgegenüber, die Vorinstanz habe den aktuellen Wettbewerb nicht zutreffend gewürdigt: Sie habe nicht alle aktuellen Konkurrenten berücksichtigt und den Gesamtmarkt sowie ihren Marktanteil falsch berechnet. Seit Erlass der Verfügung seien zudem neue Konkurrenten in den Markt eingetreten, und die technologische Entwicklung sei weiter geschritten. Die Vorinstanz habe sodann den potenziellen Wettbewerb unzutreffend eingeschätzt. Sie definiere diesen unzutreffend, habe das Fehlen von Marktzutrittsschranken ausser Acht gelassen und die Angebotssubstituierbarkeit vernachlässigt. Schliesslich habe sie der Stellung der Marktgegenseite, die über Gegenmacht verfüge, nicht Rechnung getragen.

Im Folgenden wird zunächst geprüft, ob die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen auf die Verhältnisse im Verfügungszeitpunkt oder diejenigen im Zeitpunkt ihres Entscheids abzustellen hat (Ziff. 5.3.1), dann werden der aktuelle (Ziff. 5.3.2-5.3.6) und der potenzielle Wettbewerb (Ziff. 5.3.7) geprüft, und schliesslich wird auf weitere Elemente hingewiesen, die die Vorinstanz bei einem neuen Entscheid zu berücksichtigen haben wird (Ziff. 5.3.8).

5.3.1 Echte und unechte Noven

Die Beschwerdeführerin argumentiert in tatbeständlicher Hinsicht einerseits, die Vorinstanz habe nicht auf den im Verfügungszeitpunkt massgeblichen Sachverhalt abgestellt, indem sie diverse aktuelle Konkurrenten und ihre Marktanteile nicht berücksichtigt habe, andererseits bringt sie neue Sachverhaltelemente vor, indem sie auf Konkurrenten hinweist, die nach Erlass der Verfügung in den Markt eingetreten sind. Sie beruft sich im Rechtsmittelverfahren somit auf unechte und auf echte Noven. Basis des Entscheides der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen sei der zutreffende aktuelle Sachverhalt, weshalb unechte wie echte Noven zu berücksichtigen seien.

Die Vorinstanz argumentiert bezüglich der bei Verfügungserlass bereits auf dem Markt tätig gewesenen weiteren TU, die Beschwerdeführerin hätte diese in der Antwort zum Fragebogen nicht genannt und sie somit selber nicht als Konkurrenten betrachtet. Unternehmen, die ihren Markteintritt damals erst angekündigt hätten, seien nicht aktuelle Konkurrenten gewesen, ebenso wenig wie Unternehmen, die sich aus dem Markt zurückgezogen hätten. Unternehmen, die ihre Geschäftstätigkeit 2003 aufgenommen hätten, befänden sich noch in der Aufbauphase und müssten am Markt bestehen können; als solche seien sie in der Entscheidungsfindung berücksichtigt worden.

Diejenigen Unternehmen, welche ihre Tätigkeit nach Erlass der Verfügung aufgenommen hätten, seien im Rahmen der Beurteilung der potenziellen Konkurrenz berücksichtigt worden. Ihr Marktzutritt stelle daher keine neue Tatsache dar, die im Rechtsmittelverfahren berücksichtigt werden könne. Selbst wenn es sich um neue Tatsachen handeln würde, könnten sie angesichts der kartellgesetzlichen Konzeption der Sanktionierung unzulässiger Verhaltensweisen im Rechtsmittelverfahren nicht berücksichtigt werden. Entscheidend seien die Marktverhältnisse im Verfügungszeitpunkt (Dezember 2003). Andernfalls müsste der Entscheid der Wettbewerbskommission und die damit verbundene Sanktionsandrohung aufgehoben werden, wenn das betreffende Unternehmen sein Verhalten seit dem Entscheid angepasst habe oder die Marktumstände sich verändert hätten. Massgeblich müsse daher sein, ob im Verfügungszeitpunkt eine beherrschende Stellung und eine unzulässige Verhaltensweise vorgelegen hätten. Das ändere sich auch durch eine nachträgliche Veränderung des Marktes nicht.

Dass unechte Noven im Rechtsmittelverfahren zu berücksichtigen sind, ergibt sich bereits aus dem Beschwerdegrund der unrichtigen oder unvollständigen Sachverhaltsfeststellung und wird von der Vorinstanz nicht bestritten. Solche Noven sind nur ausgeschlossen (bzw. unter erschwerten Bedingungen zugelassen), wenn die Sachverhaltsüberprüfung durch die Kognition der Beschwerdeinstanz eingeschränkt ist (GYGI, a.a.O., S. 258 f.). Die diesbezüglichen Argumente der Vorinstanz werden bei der aktuellen Konkurrenz zu veranschlagen sein.

Bezüglich der echten Noven argumentiert die Vorinstanz zweigleisig: Einerseits beansprucht sie, die nach Erlass der Verfügung eingetretenen Änderungen (Marktzutritte, technologische Weiterentwicklung) beim potenziellen Wettbewerb berücksichtigt zu haben; neue Tatsachen lägen somit nicht vor. Inwiefern dies tatsächlich der Fall ist, wird beim potenziellen Wettbewerb zu prüfen sein. Andererseits argumentiert die Vorinstanz, neue Sachverhaltselemente könnten im Rechtsmittelverfahren nicht geltend gemacht werden. Für den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen seien nur die Marktverhältnisse im Zeitpunkt des Verfügungserlasses massgeblich. Diese Frage ist vorab zu klären.

Die Vorinstanz stützt ihre Auffassung, echte Noven seien im Kartellverwaltungsbeschwerdeverfahren nicht zu berücksichtigen, auf BILGER, Das Verwaltungsverfahren zur Untersuchung von Wettbewerbsbeschränkungen, Freiburg 2002, S. 402. Dieser Autor will jedoch nur solche Sachverhaltsänderungen von der Berücksichtigung ausschliessen, die im Einflussbereich des eines unzulässigen Verhaltens überführten Unternehmens selber liegen: Dieses soll nach Erlass der Verfügung nicht sein Verhalten ändern, alsdann auf dem Beschwerdeweg die Aufhebung der Verfügung erreichen und so einer Sanktionsandrohung entgehen können. Gegen die Berücksichtigung von Veränderungen der übrigen Marktverhältnisse lässt sich dar-

aus entgegen der Auffassung der Vorinstanz, die den Autor unzutreffend zitiert, nichts ableiten.

Das Novenrecht betrifft in erster Linie das Verwaltungsgerichts-, weniger das Verwaltungsbeschwerdeverfahren, da dieses der Sache nach ein erstinstanzliches Justizverfahren ist und teilweise Officialprinzip gilt (GYGI, a.a.O., S. 255). Nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung dürfen im Verwaltungsbeschwerdeverfahren im Rahmen des Streitgegenstandes bisher noch nicht gewürdigte bekannte wie noch nicht gewürdigte neue Sachverhaltsumstände, die sich vor dem Rechtsmittelverfahren oder erst in dessen Lauf zugetragen haben, denn auch vorgebracht werden (vgl. MOSER/UEBERSAX, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel 1998, S. 74). Dies ist im Sinne der Untersuchungsmaxime, nach welcher die entscheidende Behörde den Sachverhalt von sich aus abzuklären hat (vgl. Art. 12 VwVG; KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 105), sowie im Sinne des Grundsatzes der Rechtsanwendung von Amtes wegen (vgl. Art. 62 Abs. 4 VwVG; KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 112). Entsprechend hat sich die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen bisher für die Berücksichtigung echter Noven ausgesprochen, wenn sie ausschlaggebend erscheinen, und zwar selbst dann, wenn sie verspätet eingehen (vgl. REKO/WEF [99/FB-012] E. 3.2.4, publiziert in: RPW 2000/3, S. 461 ff., mit weiteren Hinweisen).

Implizit vertritt die Vorinstanz die Meinung, die Möglichkeit von Sanktionsandrohungen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen bewirke, dass Sachverhaltsänderungen nach Erlass der Verfügung (und damit die aktuellen Marktverhältnisse und das aktuelle Verhalten) im Rechtsmittelverfahren im Gegensatz zum Normalfall des Verwaltungsbeschwerdeverfahrens nicht geprüft werden dürften. Sie seien vielmehr erst von ihr selber im Sanktionenverfahren nach Artikel 50 und 54 des Kartellgesetzes zu veranschlagen. Dass Sachverhaltsänderungen zwischen Verfügung und Sanktionenverfahren eine Sanktionierung ausschliessen können, zieht die Vorinstanz nicht in Zweifel. Das war nach der Sanktionsregelung gemäss Artikel 50 und 54 des Kartellgesetzes hinzunehmen und bildete im Übrigen einen der Gründe für die Novellierung der Sanktionsordnung in Artikel 49a des Kartellgesetzes (vgl. den an das Bundesgericht weitergezogenen Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 9.6.2005 i.S. Telekurs Multipay AG [FB/2003-4] E. 6.2.5, abrufbar unter www.reko.admin.ch).

Die Vorinstanz verkennt mit ihrer Argumentation die Bedeutung des Streitgegenstandes. Dieser wird primär durch das Verfügungsdispositiv bestimmt; er ist das in der angefochtenen Verfügung geregelte oder zu regelnde, im Beschwerdeverfahren noch streitige Rechtsverhältnis (GYGI, a.a.O., S. 46). Entsprechend bilden im vorliegenden Verfahren die Fragen Streitgegenstand, ob die Beschwerdeführerin eine marktbeherrschende Stellung hat (Dispositiv Ziff. 1), ob eine unzulässige Verhaltensweise vorliegt (Dispositiv Ziff. 2) und ob der Beschwerdeführerin für die Zukunft verboten werden kann, die Exklusivitätsklauseln in ihre Verträge aufzunehmen beziehungsweise sich auf

bestehende solche zu berufen (Dispositiv Ziff. 3 und 4).

Bei der Beurteilung dieser Fragen verfügt die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen über volle Kognition. Beantwortet sie diese Fragen positiv, können Zuwiderhandlungen nach Artikel 50 und 54 des Kartellgesetzes sanktioniert werden (vgl. Dispositiv Ziff. 5), und zwar ab dem Zeitpunkt, in welchem ein entsprechender Entscheid in Rechtskraft erwächst. Andernfalls sind Sanktionsandrohungen nach diesen Bestimmungen obsolet und erübrigt sich ein Sanktionsverfahren. Die angefochtene Verbotsverfügung ist daher darauf zu untersuchen, ob sie für die Zukunft Bestand hat. Aus der kartellgesetzlichen Möglichkeit der Androhung von Sanktionen nach Artikel 50 und 54 des Kartellgesetzes kann nicht gefolgert werden, dass die Beschwerdeinstanz ihre Befugnis, ihrem Entscheid den aktuellen Sachverhalt zugrunde zu legen, verlieren würde. Dass der Gesetzgeber mit der Sanktionsmöglichkeit eine Änderung der Kognition bewirken wollte, kann ausgeschlossen werden. Auch verfahrensökonomisch ist es nicht sinnvoll, einem veränderten Sachverhalt erst in einem nachfolgenden Sanktionsverfahren Rechnung zu tragen; dies würde Anlass zu weiteren Verfahren setzen (vgl. GYGI, a.a.O., S. 258). (Bei den neurechtlichen Sanktionen nach Artikel 49a des Kartellgesetzes dürfte sich dies insofern ändern, als die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen für die in der Verfügung angeordnete direkte Sanktion auf den Sachverhalt im Verfügungszeitpunkt, für grundsätzliche zukunftsgerichtete Fragen wie das Verbot einer Verhaltensweise auf die Verhältnisse im Zeitpunkt ihres Entscheides abzustellen haben wird [vgl. das diesbezügliche *obiter dictum* im Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 9.6.2005 i. S. Telekurs Multipay AG [FB/2003-4] E. 6.2.5, a.a.O.).

Vorliegend sind die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten echten (und unechten) Noven für den Ausgang des Verfahrens ausschlaggebend. Sie führen nicht zu einer Ausweitung oder qualitativen Veränderung des Streitgegenstandes (BILGER, a.a.O., S. 401 f.), was eine Einschränkung echter Noven rechtfertigen könnte. Angesprochen sind vielmehr Aspekte, die bereits in der Untersuchung der Vorinstanz umstritten waren und die in der Beschwerde enthaltene Begehren begründen. Die echten Noven sind daher im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu berücksichtigen. Eine gesonderte Überprüfung der angefochtenen Verfügung nach unechten und echten Noven erübrigt sich.

5.3.2 Allgemeines zum aktuellen Wettbewerb

Verfügen die Geschäftspartner des zu untersuchenden Unternehmens über sachlich, räumlich und zeitlich zumutbare Ausweichmöglichkeiten oder können sich die Konkurrenten einer Behinderung in zumutbarer Weise entziehen, liegt keine Marktbeherrschung vor (vgl. ZÄCH, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, a.a.O., S. 140). Ist der aktuelle Wettbewerb ausreichend, kann davon abgesehen werden, die potenzielle Konkurrenz zu prüfen.

Die aktuellen Wettbewerber, der Gesamtmarkt und der Marktanteil der Beschwerdeführerin lassen sich erst nach der Bereinigung der Marktabgrenzung definitiv bezeichnen. Das betrifft nicht zuletzt den Eigenvertrieb: Ob weitere Unternehmen als Konkurrenten mit ihren Produkten zum Markt gehören und wie sich Gesamtmarkt und Marktanteil der Beschwerdeführerin dadurch verändern, lässt sich heute nicht sagen. Sollte die Vorinstanz zum Schluss kommen, der Eigenvertrieb gehöre nicht zum relevanten Markt, weil entsprechende Veranstalter nicht zur Marktgegenseite der Beschwerdeführerin gehörten, bleibt bei der Beurteilung einer allfälligen beherrschenden Stellung der Beschwerdeführerin dennoch zu prüfen, inwiefern die Möglichkeit des Eigenvertriebs ein von den Veranstaltern im Wesentlichen unabhängiges Verhalten ausschliesst. Fakt ist, dass etliche Veranstalter, auch solche, die Anlässe von landesweiter Bedeutung durchführen, ihre Tickets im Eigenvertrieb absetzen (*Website*, Telefonnummern, Postversand etc.). Das spricht gegen die Möglichkeit der Beschwerdeführerin, sich von den Veranstaltern im Wesentlichen unabhängig zu verhalten.

Im Folgenden geht es erstens um die aktuellen Konkurrenten im Bereich von Ticketvertriebsdienstleistungen spezialisierter TU (Ziff. 5.3.3), zweitens um Fragen der Methodik in der Bemessung von Gesamtmarkt und Marktanteilen (Ziff. 5.3.4) und drittens um die Möglichkeit der Beschwerdeführerin, sich von Veranstaltern und Konkurrenten im Wesentlichen unabhängig verhalten zu können (Ziff. 5.3.5 und 5.3.6).

5.3.3 Aktuelle Konkurrenten bei Vertriebsdienstleistungen spezialisierter TU

Die Vorinstanz hat bei der Bezifferung von Gesamtmarkt und Marktanteilen nicht alle Konkurrenten der Beschwerdeführerin berücksichtigt. Dass die Beschwerdeführerin selber keine weiteren Konkurrenten aufgezählt hätte, ist weder zutreffend noch massgeblich - unzutreffend, weil sie solche in der Befragung und der Stellungnahme zum Antrag erwähnt hat, irrelevant, weil die Ermittlung des Sachverhalts der Vorinstanz obliegt. Seit Erlass der Verfügung sind zudem weitere Konkurrenten in den Markt für Vertriebsdienstleistungen eingetreten und haben sich neue Vertriebsttechnologien weiter entwickelt.

Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen geht mit der Vorinstanz einig darin, dass Unternehmen, die ihren Marktzutritt vor Erlass der Verfügung erst angekündigt haben, nicht als aktuelle Konkurrenten behandelt werden können. Denn sie weisen noch keine Tätigkeit aus, die sich bei der Berechnung von Gesamtmarkt und Marktanteilen erfassen liesse. Angekündigte Markteintritte sind jedoch sicher bei der Beurteilung der potenziellen Konkurrenz zu würdigen.

Die Verfügung lässt nicht erkennen, welche Anforderungen die Vorinstanz an ein Unternehmen stellt, das Konkurrent der Beschwerdeführerin ist. Einerseits spricht sie von einem Markt für Vertriebsdienstleistungen spezialisierter TU mit einer alle Vertriebskanäle

le vernetzenden Systemplattform, andererseits führt sie in Randziffer 40 der Verfügung auch Konkurrenten auf, die nur einzelne Vertriebskanäle angeboten haben. Einerseits bezeichnet sie sodann für Veranstaltungen von landesweiter Bedeutung ein Vertriebsunternehmen mit flächendeckender Präsenz der POS als "notwendig" und nicht austauschbar mit Vertriebsdienstleistungen regional tätiger TU, andererseits umfasst ihre Auflistung der Konkurrenten vor allem regional tätige TU.

Da die Vorinstanz darauf verzichtet hat, eine Markt-Abgrenzung nach Grösse und Bedeutung der Veranstaltungen vorzunehmen, geht die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen im Folgenden davon aus, auch regional präsekte Vertriebsdienstleister seien Konkurrenten (in einem Markt für Vertriebsdienstleistungen für landesweit bedeutsame Grossveranstaltungen wären nur TU aufzuführen, die in der ganzen Schweiz oder doch in einem grossen Teil davon tätig sind). Weiter wird vorerst angenommen, dass physisch existierende POS für den Ticketvertrieb wesentlich sind, da je nach Art der Veranstaltung beziehungsweise nach der Zusammensetzung des Publikums mehr oder weniger Endkunden diesen Kanal einer Bestellung und Bezahlung über das Internet oder der Bestellung über ein *call center* gegen Rechnung und mit Postversand etc. vorziehen, auch wenn die technologische Entwicklung des *Ticketings* spektakulär verläuft und der Anteil der mittels solcher Technologien vertriebener Tickets künftig stark wachsen dürfte (inwiefern dies tatsächlich der Fall ist, wird die Vorinstanz unter Einbezug derjenigen (Gross-) Veranstalter, die ihre Tickets ausschliesslich im Eigenvertrieb absetzen, zu überprüfen haben).

Entsprechend diesen Kriterien existieren zahlreiche weitere aktuelle Konkurrenten:

Bei denjenigen mit einem schweizweiten Vertriebsnetz sind zusätzlich zu den von der Vorinstanz veranschlagten zu berücksichtigen: RailAway (POS mit Vision One/ShoWare an 210 Bahnhöfen), Star Ticket (mit über 100 POS) und Ticketino (120 POS bei Kuoni und Helvetic Tours). Einen grossen Teil der Schweiz decken sodann (die in der Verfügung einzeln aufgeführten) TicTec und Resaplus gemeinsam ab, ebenfalls mit einer grossen Anzahl Verkaufsstellen.

Sodann gibt es etliche von der Vorinstanz nicht veranschlagte regional tätige Konkurrenten wie zum Beispiel ZüriTicket, TicinoCard, Billet Service Zug, Südostschweiz und Inszene-Tickets.

Zu bedenken ist weiter, dass Veranstalter, die ihre Tickets im Eigenvertrieb über eine Systemplattform verkaufen und die über diese Plattform für andere Veranstalter den Ticketvertrieb durchführen, zu Konkurrenten der TU werden. Das Argument der Vorinstanz, dies sei unerheblich, weil der Eigenvertrieb nicht zum relevanten Markt gehöre, ist schon deshalb falsch, weil es hier um Fremdvertrieb geht.

Schliesslich wird die Vorinstanz bei Erlass einer neuen Verfügung prüfen, inwiefern ausländische Ticketvertriebsdienstleister wie Ticket Online und CTS Eventim oder mit ihnen zusammenarbeitende POS im

schweizerischen Markt aktiv sind, und inwiefern sie möglicherweise selbst als TU auftreten.

Im Zusammenhang mit neuen Vertriebsformen wird die Vorinstanz berücksichtigen, dass der Verkauf über das Internet heute zum Standard gehört und hinsichtlich Platzauswahl, Bestellung, Bezahlung und Ticketbezug in unzähligen Varianten angeboten wird. Bei den neuen Vertriebsformen wird sie prüfen, ob auch die Migros mit Tickets über die Cumulus-Karte, Swisscom/TicTec mit Tickets auf *mobile phones*, Swatch mit Tickets auf die Uhr, KABA mit Vision One sowie die Beschwerdeführerin gemeinsam mit der Post mit Tickets auf die PostCard zu veranschlagen sind.

Steht somit fest, dass weitere aktuelle Konkurrenten mit landesweitem und regionalem Vertriebsnetz den Markt für Vertriebsdienstleistungen bearbeiten, erweist sich die Darstellung der aktuellen Konkurrenz durch die Vorinstanz als unzutreffend. Für die Marktstellung der Beschwerdeführerin können folgende Schlussfolgerungen gezogen werden:

1. Der von der Vorinstanz festgestellte Marktanteil der Beschwerdeführerin ist unzutreffend (zu weiteren Mängeln in dessen Bemessung vgl. Ziff. 5.3.4). Aus dem Marktanteil sich ergebende Indizien für eine beherrschende Stellung der Beschwerdeführerin sind aufgrund der Aktenlage nicht belegt.

2. Aus der Tatsache, dass weitere, auch schweizweit tätige Vertriebsdienstleister mit einer hohen Zahl von POS am Markt tätig sind, folgt, dass die Veranstalter über Ausweichmöglichkeiten verfügen, dies nicht nur in einem regionale und landesweite Veranstaltungen umfassenden Markt, sondern auch in einem allfälligen engeren Markt für Vertriebsdienstleistungen bei Grossveranstaltungen von landesweiter Bedeutung.

5.3.4 Bemessung von Gesamtmarkt und Marktanteilen

a) Wahl der Masseinheit

Ausgehend von einem sachlichen Markt für Ticketvertriebsdienstleistungen spezialisierter TU bemisst die Vorinstanz Marktvolumen und -anteile aufgrund der Gesamtumsätze der von ihr berücksichtigten TU. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin hätten der Gesamtmarkt und die Marktanteile stattdessen aufgrund der Anzahl Tickets oder der Margenumsätze berechnet werden sollen.

Die Verfügung begründet nicht, weshalb auf die Gesamtumsätze abgestellt wurde. In der Vernehmlassung bezeichnet die Vorinstanz dieses Vorgehen als verlässlicher und gebräuchlicher als ein Abstellen auf die Anzahl Tickets, ohne dies allerdings zu substantizieren. Eine Begründung kann auch nicht indirekt aus ihrem weiteren Argument abgeleitet werden, die Anzahl Tickets bilde zufolge unterschiedlicher Ticketpreise keinen geeigneten Indikator. Denn die unterschiedlichen Ticketpreise wirken sich auch beim Abstellen auf die Grösse "Gesamtumsätze" aus.

Untersucht die Vorinstanz den Markt für Vertriebsdienstleistungen, nicht den nachgelagerten Endkundenmarkt, erschiene es an sich nahe liegend, auf die Umsätze abzustellen, die in diesem Markt generiert

werden (Ticketzahl x Margen bzw. Dienstleistungsentgelte der TU). In ihrer Vernehmlassung bezeichnet die Vorinstanz diese Berechnung als problematisch, weil die TU unterschiedliche Margen und Rabatte verrechnen würden. Dazu ist einerseits zu sagen, dass sich solche Verfälschungen auch bei den anderen Kriterien ergeben können, und andererseits, dass es der Vorinstanz nicht verwehrt ist, unterschiedliche Entgelte der Vertriebsdienstleistung zu erfassen und in die Interpretation ihrer Daten einfließen zu lassen (Relativierung der resultierenden Marktanteile entsprechend der allenfalls unterschiedlichen Preisgestaltung der TU, wobei der Marktanteil von TU mit teuren Dienstleistungen tendenziell zu hoch wäre). Dass die Beschwerdeführerin nicht konkretisiert, inwiefern ein Abstellen auf die Margen zu einem anderen Resultat führen würde, heisst nicht, dass diese Art der Bemessung unbeachtlich ist. Dies zu ermitteln ist angesichts des Untersuchungsgrundsatzes Sache der Vorinstanz. Die Beschwerdeführerin vermöchte dies auch gar nicht, da die Konkurrenten ihr nicht zur Auskunft verpflichtet sind.

Auch die Bemessung von Gesamtmarkt und Marktanteil anhand der Anzahl Tickets bezieht sich direkt auf die Tätigkeit der spezialisierten TU. Wie die Beschwerdeführerin dartut, geben viele TU sowie Unternehmen, die Ticketingsoftware vertreiben, die Grösse des Marktes mittels der Anzahl Tickets an. Diese Grösse erscheint für die Bezifferung von Gesamtmarkt und Marktanteilen daher grundsätzlich ebenso geeignet wie die von der Vorinstanz gewählte. Dass die Ticketpreise unterschiedlich sind, wie sie in der Vernehmlassung schreibt, ist insofern irrelevant, als die TU alle Arten von Tickets vertreiben. Der Hinweis der Vorinstanz auf das extreme Beispiel unterschiedlicher Preise von Bus- und Operntickets ist insofern inkonsequent, als sie Sporttickets vom relevanten Markt selber ausgeschlossen hat.

Was die Bemessung anhand der Gesamtumsätze angeht, spricht grundsätzlich nichts dagegen, Gesamtmarkt und Marktanteile - wie die Vorinstanz - auch mittels einer grösseren Einheit zu bestimmen, die sich nicht direkt auf die Tätigkeit der TU bezieht. Dies gilt jedenfalls dann, wenn sichergestellt ist, dass die TU die Daten auf gleiche Weise bestimmen. Vorliegend wird nicht klar, ob die befragten TU den Begriff "Marktvolumen" (Anzahl Tickets x Ticketpreis) alle gleich verstanden haben, konkret ob sie den Ticketpreis einschliesslich oder exklusiv ihre Margen berechnet haben. Der Fragebogen enthält dazu keine Präzisierung. Der Endkunde bezahlt dem TU einen Preis, der die Vertriebsdienstleistung einschliesst. Die Beschwerdeführerin hat ihren Umsatz exklusive Gebühren berechnet. Ihrem Vorbringen in der Beschwerde, die Verfügung stelle auf Bruttopreise ab, widerspricht die Vorinstanz nicht. Aufgrund der Akten wird somit nicht klar, ob die Gesamtumsätze von den TU einheitlich ermittelt wurden. Zudem bleibt unklar, ob ein allfälliger Eigenvertrieb der Veranstalter über die Plattformen der TU in den Gesamtumsätzen enthalten ist. Bei den Umsätzen der Beschwerdeführerin ist dies nicht der Fall. Auch hierzu äussert sich die Vorinstanz nicht. Weitere, wenn auch angesichts

der beschränkten diesbezüglichen Umsätze nicht sehr gewichtige Unklarheiten betreffen die Frage, in welchem Ausmass die im Umsatz der Beschwerdeführerin veranschlagten Sporttickets und Tickets von in der Schweiz verkauften Plätzen an Veranstaltungen im Ausland zu einem überhöhten Marktanteil führen. Selbst wenn die Gesamtumsätze der TU nach einheitlichen Kriterien bestimmt werden, sind die Zahlen insofern interpretationsbedürftig, als der Vertrieb teurer Tickets zu einem tendenziell überhöhten Marktanteil führen kann. Aus diesen Gründen erweist sich die Ermittlung der Marktdaten durch die Vorinstanz als mindestens ebenso problematisch wie eine Bestimmung aufgrund der Ticketzahlen oder der Leistungsentgelte der TU.

Unter dem Strich ist festzuhalten, dass sich Marktvolumen und Marktanteile grundsätzlich anhand unterschiedlicher Parameter bemessen lassen. Allen sind bestimmte Vor- und Nachteile eigen. Deshalb ist sorgfältig abzuwägen und zu begründen, weshalb welches Kriterium gewählt wird. Wenn verschiedene Kriterien zu unterschiedlichen Gesamtmarkt- und Marktanteilsdaten führen, sollte nicht nur eines veranschlagt werden, will man eine einigermaßen verlässliche Einschätzung erreichen. Dass der Marktanteil lediglich ein Indiz für eine beherrschende Stellung ist, ändert daran nichts. Wenn man Marktvolumen und -anteile bemisst, hat dies auch mit der erforderlichen Sorgfalt und Differenzierung zu geschehen und ist zu beachten, dass die Ergebnisse interpretationsbedürftig sind. Die angefochtene Verfügung ist daher bezüglich der Bemessung von Gesamtmarkt und Marktanteilen ungenügend.

b) Eventualargumentation der Vorinstanz betreffend Einbezug des Eigenvertriebs

Die Beschwerdeführerin beanstandet die Aussage, selbst wenn man den Eigenvertrieb im Vorverkauf über eine Systemplattform zum relevanten Markt schlagen wollte, betrüge ihr Marktanteil noch über 40%, was die Indizien für eine beherrschende Stellung bestätige. Diese Rüge ist berechtigt. Das ergibt sich schon daraus, dass die Vorinstanz bei der Referenzgrösse für den Gesamtmarkt nur die Bereiche Kultur und Sport veranschlagte, unter Ausschluss von Sporten, Messen, Ausstellungen, Kino etc., zur Bestimmung des Anteils der Beschwerdeführerin jedoch sämtliche Tickets anrechnet (inkl. solche für Messen, Transporte, Kino, internationale Veranstaltungen etc.). Veranschlagt man für den Gesamtmarkt nur schon die Bereiche Kultur, Sport und Ausstellungen, sinkt der Marktanteil der Beschwerdeführerin auf mehr oder weniger deutlich unter 20%, je nachdem, ob man ihr nur den Dritt oder auch den Eigenvertrieb der Veranstalter über ihre Plattform anrechnet. Diese Werte berücksichtigen noch nicht, dass die Beschwerdeführerin auch Kinogrossveranstaltungen, Kombitickets und Skipässe vertreibt, weshalb ihr Marktanteil bei entsprechender Erhöhung der Gesamtmarktdaten noch tiefer ausfiele. Bei diesem korrigierten Ergebnis kann man zwar nicht von einer Bestätigung von Indizien einer beherrschenden Stellung sprechen. Allerdings bedeutet es auch nicht automatisch das Gegen-

teil, weil eine Aussage über die relative Stellung der Beschwerdeführerin gegenüber den anderen TU fehlt. Im Übrigen sind die Zahlen der Beschwerdeführerin zum Gesamtmarkt ihrerseits nicht transparent.

Umso unverständlicher ist jedoch, dass sich die Vorinstanz bei der Erhebung der Marktdaten mit den Angaben der von ihr befragten TU zufrieden gegeben und selber keine weiteren Zahlen erhoben hat. Die Beschwerdeführerin schätzt das Marktvolumen auf 103,8 Mio. Tickets pro Jahr, in welcher Zahl wichtige Anlässe wie das Eidgenössische Schwingerfest mit 100'000 Sitzplätzen nicht enthalten seien. Vorschlägt man, dass ELCA/Secutix den Markt auf 120 Mio. Tickets (inkl. Transporttickets) schätzt, erscheint die Angabe der Beschwerdeführerin nicht unplausibel. Aus dem Umstand, dass ELCA nicht Vertriebsdienstleistungen, sondern eine Software zum Ticketvertrieb anbietet, kann jedenfalls nicht geschlossen werden, dass dieses Unternehmen nicht in der Lage sein sollte, die Zahl der insgesamt verkauften Tickets zuverlässig zu schätzen, wie die Vorinstanz anzunehmen scheint.

c) Vergleich von Daten pro 2001 und 2002

Die Beschwerdeführerin beanstandet die Marktanteilsberechnung durch die Vorinstanz insofern, als ihre Umsätze aus dem Jahr 2002 mit denjenigen der Konkurrenten aus dem Jahr 2001 verglichen worden seien. Für einen Vergleich müssten bei allen TU Daten aus dem gleichen Jahr verwendet werden. Diese Kritik ist berechtigt. Zwar hätte bei der Beschwerdeführerin für 2001 ein höherer Marktanteil resultiert, wenn man auf ihre Umsätze aus dem Jahr 2001 abgestellt hätte. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Vorinstanz fälschlicherweise auf verschiedene Zeiträume abgestellt hat. Wie sich der Marktanteil der Beschwerdeführerin im Jahr 2002 entwickelt hätte, lässt sich aufgrund der Akten nicht sagen, da für die Folgejahre von den Konkurrenten keine Daten erhoben wurden.

d) Veraltete Marktdaten

Schliesslich beanstandet die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe auf veraltete Daten abgestellt. Ihr angeblicher Marktanteil von über 70% betreffend das Jahr 2001 sei von der Vorinstanz beziehungsweise ihrem Sekretariat bereits im Juli 2000 ermittelt worden. Seither habe sich der Markt verändert. Dazu ist zu sagen, dass der Marktanteil der Beschwerdeführerin noch über dem von der Vorinstanz genannten Wert gelegen hätte, wenn sie auf dieselben Zeiträume abgestellt hätte. Entsprechend hätte sich 2001 gegenüber 2000 eine Veränderung ergeben. Grundsätzlich trifft zu, dass sich Verfügungen der Vorinstanz auf die bei Erlass der Verfügung aktuellen Verhältnisse stützen sollten. Es kann jedoch nicht gefordert werden, dass der Sachverhalt rollend stets neu zu erheben ist. Störender ist, dass die Vorinstanz entgegen ihren Aussagen in Vernehmlassung und Duplik die Entwicklung des Marktes nicht berücksichtigt hat. Jedenfalls lässt sich der Verfügung diesbezüglich nichts entnehmen. Ist ein Markt von wesentlichen technologischen Veränderungen geprägt, gibt es Anhaltspunkte dafür, dass er wachsen oder schrumpfen

könnte oder macht das untersuchte Unternehmen unter Hinweis auf seine Umsätze geltend, dass sein Marktanteil sinkt, sei es wegen stärkerem Wachstum der Konkurrenten, sei es wegen zunehmender Bedeutung des Eigenvertriebs, ist dies in die Beurteilung der Marktverhältnisse einzubeziehen.

5.3.5 Von den Veranstaltern unabhängiges Verhalten

Verfügen die Veranstalter über Ausweichmöglichkeiten bei anderen TU mit Systemplattformen und flächendeckendem Vertriebsnetz (vgl. Ziff. 5.3.3), kann sich die Beschwerdeführerin von den Veranstaltern selbst in dem von der Vorinstanz mitunter genannten engsten Markt kaum unabhängig verhalten. Nebst solchen Vertriebsdienstleistern steht ihnen als Ausweichmöglichkeit ferner der Eigenvertrieb offen, wie zahlreiche aktuelle Beispiele zeigen (vgl. statt vieler: www.vevefestival.ch).

Die Argumentation der Vorinstanz in Randziffer 44 der Verfügung ist insofern überholt, als die Beschwerdeführerin gerade bei *open air*-Konzertveranstaltungen in letzter Zeit oft nur noch Kontingente vertreibt und als der Vertrieb bei solchen Veranstaltungen vielfach parallel durch mehrere TU betreut wird (vgl. z.B. Heitere *open air* Zofingen, www.heitere.ch, mit Ticketvertrieb durch Ticketoffice, Helloyellow, Ticketcorner und RailAway). Für den Endkunden herrscht Transparenz, indem die *Websites* solcher Veranstaltungen ausweisen, was sie für die Tickets bei welchem TU beziehungsweise bei Benutzung welcher Vertriebskanäle bezahlen müssen (vgl. statt vieler: www.montsoleil.ch). Gibt es sodann Veranstalter, welche mit der Beschwerdeführerin keinen Vertrag abschliessen, weil sie zur Unterzeichnung der Exklusivitätsklauseln nicht bereit sind (z.B. Konzertfabrik Z7), ihre Tickets aber dennoch über die Beschwerdeführerin vertreiben, kann kaum zutreffen, dass die Beschwerdeführerin diese Klauseln gegen den Willen der Marktgegenseite durchzusetzen vermag. Die Vielfalt der Regelungen in den Verträgen (Abweichungen in der Vertragsdauer, Vereinbarung von Kontingenten) zeigt im Übrigen, dass die von der Vorinstanz untersuchten Klauseln bei weitem nicht in allen Verträgen stehen. Eine diesbezügliche Bestandaufnahme hat die Vorinstanz offenbar nicht gemacht (bzw. von der der Beschwerdeführerin im Rahmen der Auskunftspflicht einverlangt); jedenfalls ist der Verfügung dazu nichts zu entnehmen.

Die Auffassung der Vorinstanz, nur diejenigen Veranstalter hätten bei den Vertriebsdienstleistungen Ausweichmöglichkeiten, die ausschliesslich lokale oder regionale Veranstaltungen durchführten, und soweit diese Veranstaltungen in Regionen stattfänden, in welchen ein Konkurrent vorhanden sei, ist somit unzutreffend. Auch Veranstalter von landesweit bedeutsamen Grossveranstaltungen haben Ausweichmöglichkeiten.

Angesichts der genannten Ausweichmöglichkeiten verzichtet die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen darauf zu prüfen, ob sich die Beschwerdeführerin von den Veranstaltern deshalb nicht unabhängig verhalten kann, weil diese über eine Gegenmachtpositi-

on verfügen. Die Vorinstanz wird darauf - je nach überarbeiteter Marktabgrenzung sowie neu bemessenen Marktanteilen - gegebenenfalls zurückzukommen haben.

5.3.6 Von den Konkurrenten unabhängiges Verhalten

Da sich die Konkurrenzsituation anders als von der Vorinstanz angenommen präsentiert, ist der Schlussfolgerung, die Konkurrenten hätten nicht das erforderliche Gewicht, um disziplinierend auf die Beschwerdeführerin zu wirken, der Boden entzogen. Zwar bleibt zu bestimmen, wie sich die Marktanteile im neu festzulegenden relevanten Markt und unter Berücksichtigung der darin tätigen Konkurrenten verteilen, doch führt bereits die Existenz weiterer TU mit flächendeckendem Verkaufstellennetz zum Schluss, dass ernst zu nehmende Konkurrenten, die die Handlungsspielräume der Beschwerdeführerin beschränken können, selbst in einem allfälligen Markt für Vertriebsdienstleistungen für Grossveranstaltungen von landesweiter Bedeutung vorhanden sind. Eine gegenteilige Folgerung würde voraussetzen, dass das Preis-Leistungs-Verhältnis dieser Angebote ungünstiger ist als bei der Beschwerdeführerin.

Verschiedene TU konnten ihr Verkaufstellennetz in vergleichsweise kurzer Zeit stark ausbauen (Beispiel: Star Ticket weist auf der *Website* gegenwärtig über 100 POS aus, im Zeitpunkt der Stellungnahme der Beschwerdeführerin zum Verfügungsentwurf im Juli 2003 waren es erst 12 POS), ihre Absätze wesentlich steigern (Beispiel: die Verkaufszahlen von TicTec haben im ersten Halbjahr 2004 gegenüber Vorjahr um 30% zugenommen, das verfügbare Ticketvolumen ist um ein Vierfaches gewachsen) oder den Ticketvertrieb für Grossveranstaltungen gewinnen (Beispiel: Gampel, das grösste *open air*-Festival, vertreibt reine Eventwie auch vergünstigte Kombi-Tickets über SBB/RailAway, während StarTicket, Helloyellow, RailAway und Ticketcorner den *online*-Vertrieb übernehmen). Demgegenüber sind die Umsätze der Beschwerdeführerin zurückgegangen und hat sie den Vertrieb für etliche Veranstaltungen verloren beziehungsweise kann sie für diese nur noch Ticketkontingente vertreiben. Die Folgerung der Vorinstanz, die Exklusivitätsklauseln stünden der Entwicklung der Konkurrenten im Wege, ist daher fraglich.

5.3.7 Potenzieller Wettbewerb

Ist der aktuelle Wettbewerb ausreichend, erübrigt sich die Prüfung des potenziellen Wettbewerbs an sich. Im Rahmen dieses Beschwerdeverfahrens ist dennoch zu prüfen, ob die Vorinstanz den potenziellen Wettbewerb korrekt beurteilt hat, und wie er aus der Sicht der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zu beurteilen ist.

Potenzieller Wettbewerb ist zu bejahen, wenn andere Unternehmen in der Lage sind, in absehbarer Zeit und mit ausreichendem Gewicht auf den Markt zu treten, um die Stellung des zu beurteilenden Unternehmens angreifen zu können. Dies ist dann der Fall, wenn keine Marktzutrittschranken bestehen, vor allem gesetzlicher beziehungsweise regulatorischer Art oder in Form von *sunk costs*, so dass im Falle eines nicht

erfolgreichen Marktzutritts mit hohen Verlusten zu rechnen wäre. Sodann werden neue Wettbewerber nur auftreten, wenn Aussicht auf Gewinn besteht (vgl. ZÄCH, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, a.a.O., S. 163; ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, a.a.O., Rz. 13 ff.; THOMAS VON BALLMOOS, Marktbeherrschende Stellung und Möglichkeit der Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs, in: AJP 3/1999, S. 298). In zweiter Linie und zur Bestätigung eines Befunds aufgrund struktureller Schranken (bzw. zur Klärung der Situation, wenn diese keine klare Schlussfolgerung erlauben) kann auch auf Marktzutrittschranken abgestellt werden, die im Verhalten des untersuchten Unternehmens begründet sind (vgl. CLERC, a.a.O., Art. 4, Rz. 105).

Die Vorinstanz bestreitet nicht, dass potenzieller Wettbewerb geeignet ist, auf ein marktmächtiges Unternehmen disziplinierend einzuwirken, und dass er auch in Fällen gemäss Artikel 7 des Kartellgesetzes zu veranschlagen ist. Andernfalls hätte sie den potenziellen Wettbewerb gar nicht erst in ihre Überlegungen einbezogen. Wenn sie die disziplinierende Wirkung möglicher Marktzutritte mit ausreichendem Gewicht innert einem beschränkten Zeitraum grundsätzlich bejaht, muss sie dieselbe Wirkung grundsätzlich umso mehr bejahen, wenn es anderen Unternehmen kurzfristig und ohne wesentliche Kosten und Risiken möglich ist, ihr Angebot so zu erweitern, dass sie für die Kunden eines marktmächtigen Unternehmens als alternative Absatzkanäle einspringen können (Angebotsumstellungsflexibilität).

Diese Elemente werden im Folgenden geprüft.

a) Regulatorische Schranken

Regulatorische Schranken (z.B. Konzessionen, Bewilligungspflichten etc.) bestehen vorliegend nicht. Die Vorinstanz behauptet zwar nicht das Gegenteil, hat dem Fehlen solcher Schranken bei ihrer Beurteilung der potenziellen Konkurrenz jedoch auch nicht Rechnung getragen. Der Verfügung lässt sich dazu jedenfalls nichts entnehmen. In ihren Eingaben macht die Vorinstanz keine regulatorischen Zutrittschranken geltend.

b) sunk costs

Ebenfalls keine Aussagen enthält die Verfügung zu den Kosten eines Marktzutritts beziehungsweise zu allfälligen hohen Verlusten im Falle eines Misserfolgs. Die Beschwerdeführerin argumentiert zu Recht, dass die für den Ticketvertrieb erforderliche *Software* angesichts etlicher Anbieter verfügbar ist, dass der Aufbau eines Verkaufstellennetzes beziehungsweise eine Zusammenarbeit mit bestehenden Unternehmen (z.B. SBB, Grossverteiler, Post, Swisscom, Kioske), die bereits ein grosses Verkaufstellennetz haben, ohne weiteres möglich ist, dass freier Zugang zu *call centers* besteht oder neue solche gegründet werden können, und dass all dies nicht mit hohen Kosten verbunden ist. Was die Vorinstanz dagegen vorbringt, überzeugt nicht. Der Ticketvertrieb kann nicht als typisches Beispiel für einen Markt mit hohen *sunk costs* im Sinne einer Zutrittschranke herangezogen werden. Dass der Markteintritt mit einem "gewissen Aufwand"

verbunden ist, wie die Vorinstanz in der Vernehmlassung ausführt, trifft zwar sicher zu, gilt aber für jeden Marktzutritt und ist mit *sunk costs* im Sinne einer Marktzutrittsschranke nicht gleichzusetzen. Weiter dürfte zutreffen, dass ein flächendeckender Markteintritt POS in allen Kantonen erfordert und dass Vertragsverhandlungen geführt werden müssen, doch heisst auch dies nicht, dass hierin eine Zutrittsschranke zu erblicken wäre, zumal eine Zusammenarbeit mit Unternehmen möglich ist, die bereits schweizweit mit Verkaufsstellen vertreten sind. Der Verhandlungsaufwand ist daher beschränkt. In diesem Sinne sind keine "kontinuierlichen erheblichen finanziellen und zeitlichen Investitionen" erforderlich, wie die Vorinstanz in der Duplik schreibt. Der Anschluss an ein bestehendes oder die Schaffung eines neuen *call centers* schliesslich erscheint ebenfalls nicht als so aufwändig, dass darin eine Marktzutrittsschranke zu erblicken wäre.

c) Gewinnaussichten

Die Vorinstanz vertritt sodann weder in der Verfügung noch in ihren Schriftsätzen die Meinung, fehlende Gewinnaussichten im relevanten Markt würden weiteren - auch ausreichend gewichtigen - Marktzutritten entgegenstehen. Die Entwicklung der letzten Jahre (Markteintritte, Wachstum der POS-Netze und der Absätze der TU) zeigt denn auch, dass diverse Unternehmen solche Aussichten offenbar bejahen (bzw. sich aus einer Tätigkeit im Ticketing andere Vorteile erhoffen). Würde man trotz dieser Entwicklung von fehlenden Gewinnaussichten ausgehen, wäre - bei fehlenden Zutrittsschranken - nicht anzunehmen, dass ein bestehender grosser Anbieter eine Monopolrente abschöpft. Dann bestünde jedoch auch kaum Anlass für kartellrechtliche Interventionen. Wenn kleinere, nur regional tätige TU der Beschwerdeführerin gegenüber teilweise möglicherweise keinen leichten Stand haben, ist dies nicht unbedingt auf einen Missbrauch einer beherrschenden Stellung zurückzuführen, sondern möglicherweise darauf, dass deren Unternehmensmodelle nicht marktkonform oder die Preise zu hoch sind, oder dass sie für Anlässe von landesweiter Bedeutung mangels flächendeckender Präsenz schlicht keine Ausweichmöglichkeit darstellen, wie die Vorinstanz in Randziffer 27 der Verfügung durchblicken lässt, allerdings ohne daraus Folgerungen für die Marktabgrenzung zu ziehen.

d) Angebotssubstituierbarkeit

Was schliesslich die Angebotsumstellungsflexibilität angeht, hat die Vorinstanz diese nicht berücksichtigt. Hätte sie das getan, hätte sie realisiert, dass ihre Argumentation zum potenziellen Wettbewerb mangelhaft ist, und gesehen, dass nicht in erster Linie zu prüfen ist, ob bestehende regional tätige Konkurrenten wachsen können, sondern vielmehr, ob Konkurrenten z.B. zusammen mit Unternehmen mit einer bestehenden Vertriebsstruktur kurzfristig und ohne wesentliche Kosten und Risiken in den Markt eintreten können (was in der Zwischenzeit denn auch geschehen ist; vgl. Ziff. 5.3.3). Dies hätte sie umso mehr berücksichtigen sollen, als sie selber bereits 1997 auf die Existenz von für den Ticketvertrieb geeigneten Verkaufs-

stellennetzen hingewiesen hat (vgl. RPW 1997/4, S. 575). Dass Angebotssubstituierbarkeit gegeben ist, geht nicht zuletzt auch daraus hervor, dass die Beschwerdeführerin speziell für Endkunden, die nicht über einen Internetanschluss verfügen (bzw. die traditionelle POS bevorzugen), gemeinsam mit der Post für die Zeit ab 2006 die Aufnahme des Ticketvertriebs über die Poststellen plant. Unter diesem Titel oder beim potenziellen Wettbewerb sind schliesslich etwa die Pläne von Elca/Secutix und Naville beziehungsweise von Vision One und Valora, ins Ticketing-Geschäft einzusteigen, zu nennen.

e) Prüfung der Vorinstanz: Entfaltungsmöglichkeit aktueller Konkurrenten

Die Vorinstanz argumentierte zur Begründung mangelhaften potenziellen Wettbewerbs zunächst damit, bereits existierende regional tätige TU wie Klicker, In-Szene Tickets und Resaplus könnten auf dem Markt nicht bestehen und sich vergrössern (Rz. 48 der Verfügung). Diesbezüglich moniert die Beschwerdeführerin, die Expansion bestehender Konkurrenten entspreche nicht der Definition des potenziellen Wettbewerbs. Das ist insofern unzutreffend, als nach der Lehre auch die Möglichkeit aktueller Konkurrenten, sich zu entwickeln, beim potenziellen Wettbewerb zu prüfen sei (ZACH, Schweizerisches Kartellrecht, a.a.O., S. 286, Rz. 584). Geht man aber davon aus, dass die regional tätigen TU bei den Grossanlässen von landesweiter Bedeutung an sich nicht Konkurrenten der Beschwerdeführerin sind, da sie die Voraussetzungen einer erfolgreichen Tätigkeit nicht erfüllen, hat dieses Element nur untergeordnete Bedeutung.

Die Vorinstanz nennt die abstrakten Kriterien des potenziellen Wettbewerbs in der Duplik zwar zutreffend. Was sie in der Verfügung geprüft hat, stimmt damit jedoch nicht (bzw. nur sehr partiell) überein. Das weitere Argument der Vorinstanz, sie hätte die von der Beschwerdeführerin genannten Konkurrenten (etwa RailAway, Star Ticket und Ticketino) im Rahmen des potenziellen Wettbewerbs gewürdigt, trifft nicht zu. Jedenfalls lässt sich der Verfügung diesbezüglich nichts entnehmen.

f) Prüfung der Vorinstanz: Exklusivitätsklauseln als Marktschranken

Die Vorinstanz beruft sich zur Begründung mangelhaften potenziellen Wettbewerbs im Wesentlichen auf die Exklusivitätsklauseln in den Verträgen der Beschwerdeführerin mit den Veranstaltern, in welchen sie eine unüberwindliche Zutrittsschranke erblickt, die nicht nur anderen TU den Markterfolg verunmögliche, sondern auch die Entwicklung neuer Technologien verhindere (Rz. 48 ff. der Verfügung).

Marktzutrittsschranken können nicht nur in staatlichen Regulierungen, hohen Anfangsinvestitionen, entsprechenden sunk costs sowie fehlenden Gewinnaussichten begründet sein, sondern auch im Verhalten eines marktmächtigen Unternehmens. Solche Schranken sind jedoch in der Regel im Verhältnis zu strukturellen Schranken von zweitrangiger Bedeutung und dienen vor allem der Bestätigung des Befunds aus der Strukturanalyse (CLERC, a.a.O., Art. 4, Rz. 105; zu Bei-

spielen für strategische oder Verhaltensschränken vgl. CLERC, a.a.O., Art. 4, Rz. 130). Entsprechend sind sie nicht nur pauschal, sondern seriös und mit der erforderlichen Differenziertheit zu prüfen.

Diese Anforderung ist vorliegend nicht erfüllt. Die Vorinstanz hat sich nicht damit auseinandergesetzt, dass die Dauer der vertraglichen Bindung der Veranstalter an die Beschwerdeführerin beschränkt ist. Geht man für den Normalfall von erstmaligen dreijährigen Verträgen mit einjähriger Verlängerung aus und berücksichtigt man, dass die dreijährige Bindung bei einem grossen Teil der Geschäftspartner bereits abgelaufen ist, gibt es laufend Veranstalter, unter welchen aktuelle und potenzielle Konkurrenten ihre Kundenschaft akquirieren können. Sollten praktische Probleme bestehen, weil sich mögliche bald frei werdende Geschäftspartner nicht identifizieren lassen, könnten die Konkurrenten über die Verbände an die Veranstalter gelangen, um ihr Angebot zu einem baldigen Wechsel zu unterbreiten. Die Vorinstanz wird sich mit dieser Thematik noch zu befassen haben, falls sie an ihrer Auffassung, die Beschwerdeführerin habe eine beherrschende Stellung, festhält. Erhellend dürfte diesbezüglich eine Befragung derjenigen aktuellen Konkurrenten sein, die in letzter Zeit stark wachsen konnten.

g) Schlussfolgerung

Nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen trifft für den Ticketvertrieb zu, was für Dienstleistungsmärkte als Regelfall anzunehmen ist, nämlich dass der Marktzugang für potenzielle Konkurrenten in der Regel leicht ist (vgl. ZÄCH, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, a.a.O., S. 181), im Gegensatz etwa zu Bereichen der Industrie, welche höhere Investitionen erfordern. Können andere Unternehmen ihr Angebot im Sinne der Angebotssubstituierbarkeit erweitern und sind Markteintritte mangels echter Zutrittsschranken möglich, finden sie aber dennoch nicht statt, bedeutet dies, dass Unternehmen vorhanden sind, welche unabhängiges Verhalten eines marktmächtigen Unternehmens verhindern (vgl. ZÄCH, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, a.a.O., S. 165 f.).

Deshalb und in Anbetracht der oben stehenden Überlegungen kommt die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zum Schluss, dass die Vorinstanz gestützt auf eine unzulängliche Prüfung folgerte, potenzieller Wettbewerb sei zu verneinen. Angesichts der Mängel dieser Prüfung erstaunt nicht weiter, dass ihre Einschätzung durch die seitherige Entwicklung widerlegt worden ist. Hat die Vorinstanz wesentliche Faktoren nicht oder nicht mit der nötigen Differenzierung geprüft, führt auch der Verweis auf den ihr zustehenden Ermessensspielraum nicht weiter. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen verfügt über dieselbe Kognition und ist im Übrigen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung verpflichtet, diesen auszuschöpfen (BGE 130 II 449 E. 4.1, mit Hinweisen).

5.3.7 Weitere Elemente der Beurteilung der Marktstellung

Nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ist die Vorinstanz als erstinstanzliche Behörde gehalten, bei der Prüfung der Marktstellung möglichst alle sachdienlichen Elemente zu veranschlagen, und sich nicht auf diejenigen zu beschränken, welche schnellstmöglich zur Feststellung einer beherrschenden Stellung führen, wie dies in der Literatur teilweise vertreten wird.

Angesichts des Zeitablaufs und der nun einige Jahre dauernden Entwicklung der Konkurrenzverhältnisse im Ticketingbereich wird es der Vorinstanz bei der Neubeurteilung der Marktstellung der Beschwerdeführerin nun möglich sein, weitere Elemente von Marktstruktur, -verhalten und -ergebnis zu veranschlagen und ihre Einschätzung so abzurunden (vgl. z.B. ZÄCH, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, a.a.O., S. 172 ff.; SCHMIDHAUSER, a.a.O., Art. 4, Rz. 65 ff.; zu den Elementen des Marktergebnistests ferner etwa SCHLUEP, "Wirksamer Wettbewerb" - Schlüsselbegriff des neuen schweizerischen Wettbewerbsrechts, Bern 1987, S. 85).

Nebst der Grösse des Gesamtmarktes und den Marktanteilen in einem bestimmten Zeitpunkt sollten insbesondere die Entwicklung des Gesamtmarktes (Wachstum, Stagnation, Schrumpfung) und die individuellen Absatzkurven veranschlagt werden. Aufschlussreich dürfte sodann die Entwicklung der Unternehmensstrukturelemente, wie der Grössenvorteile und des Renommés, sein (vgl. ZÄCH, Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, a.a.O., S. 174 ff.). Ferner sind die Reaktionen der Marktgegenseite und der Konkurrenten auf das Verhalten des zu prüfenden Unternehmens zu veranschlagen (z.B. Ausweichen auf Eigenvertrieb, Aufnahme des Ticketvertriebs für Dritte, Entwicklung zum parallelen Ticketvertrieb durch mehrere TU etc.) und ist gestützt darauf zu beurteilen, ob die Beschwerdeführerin effektiv über die Macht verfügt, ihre Bedingungen gegen den Willen dieser Marktteilnehmer am Markt durchzusetzen. Schliesslich wird die Vorinstanz die Kosten berücksichtigen, die der Marktgegenseite durch das Ausweichen auf Konkurrenten entstehen, und diese in Bezug setzen zu den Konkurrenzangeboten, ihren Preisen und Bedingungen.

5.3.8 Schlussfolgerung

Eine beherrschende Stellung der Beschwerdeführerin im Markt für Vertriebsdienstleistungen spezialisierter TU ist somit nicht nachgewiesen. Der aktuelle Wettbewerb und die Entwicklung der Marktverhältnisse in den letzten Jahren sprechen gegen eine solche Stellung.

Die Vorinstanz ist schon im Verfügungszeitpunkt zu Unrecht von einer beherrschenden Stellung ausgegangen, indem sie gestützt auf eine widersprüchliche Marktangrenzung die Marktdaten mangelhaft erhob und berechnete, den potenziellen Wettbewerb unzutreffend und undifferenziert würdigte, die Angebotssubstituierbarkeit ausser Acht liess und die Stellung der Marktgegenseite, die gerade bei den Grossveran-

staltern beträchtlich sein dürfte, da die TU mit diesen den grössten Teil ihrer Umsätze generieren, weitgehend ausblendete.

5.4 Unzulässige Verhaltensweise

Wie in Ziffer 5.3 gezeigt wurde, ist die Folgerung der Vorinstanz, die Beschwerdeführerin verfüge über eine marktbeherrschende Stellung, aufgrund der mangelhaften Sachverhaltsabklärung und Rechtsanwendung nicht belegt und spricht die Entwicklung der Verhältnisse in dem von der Vorinstanz abgegrenzten relevanten Markt eher gegen die Möglichkeit der Beschwerdeführerin, sich von anderen Marktteilnehmern im Wesentlichen unabhängig verhalten zu können. Die Vorinstanz wird diese Fragen nach der Klärung des relevanten Marktes neu zu prüfen haben.

In dieser Situation erübrigt sich an sich die weitere Prüfung, ob die Exklusivitätsklauseln in den Verträgen zwischen der Beschwerdeführerin und den Veranstaltern eine unzulässige Verhaltensweise im Sinne von Artikel 7 des Kartellgesetzes darstellen, die andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern (Behinderungsmisbrauch) oder die Marktgegenseite benachteiligen (Benachteiligungsmisbrauch). Dennoch rechtfertigen sich aus prozessökonomischen Gründen und angesichts des Anspruchs der Parteien auf Behandlung wesentlicher Vorbringen einige Hinweise zur Beurteilung der untersuchten Verhaltensweise.

5.4.1 Vertragsklauseln und ihre Durchsetzung

Beschwerdeführerin und Vorinstanz sind uneins in der Frage, ob die vertraglichen Exklusivitätsklauseln als solche zu beurteilen sind oder deren tatsächliche Durchsetzung. Die Vorinstanz beurteilt - entsprechend dem Grundsatz *pacta sunt servanda* - die vertraglich vereinbarten Exklusivitätsklauseln. Die Beschwerdeführerin argumentiert sinngemäss, dieser Vertragsinhalt gelte nicht ohne Durchbrechungen und werde im Übrigen von ihr nicht durchgesetzt, weshalb nicht diese Klauseln, sondern die Realität zu untersuchen und beurteilen sei.

Nach Auffassung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen spricht nichts dagegen, die Zulässigkeit vertraglicher Vereinbarungen zu untersuchen. Denn diese beeinflussen das Verhalten der Marktgegenseite zweifellos. Grundsätzlich ist von der Vertragstreue der Parteien auszugehen. Wenn die Beschwerdeführerin die Klauseln nicht durchsetzen will, könnte sie auf sie ohne weiteres verzichten. Dazu ist sie jedoch nicht bereit, wie ihr Verweis auf das Anliegen des Investitionsschutzes (und die von der Vorinstanz noch nicht untersuchte Änderung ihres Verhaltens [Preisdifferenzierung nach Massgabe des Eingehens einer Exklusivitätsbindung]) zeigt. Aus diesen Gründen ist die Frage, ob und inwieweit die Klauseln durchgesetzt werden, für die Beurteilung ihrer Zulässigkeit an sich nicht massgeblich.

Ist der Vorinstanz darin beizupflichten, dass sie die Zulässigkeit der Klauseln als solche beurteilen kann, ist es auch nicht in erster Linie ihre Pflicht zu klären, inwiefern sie in der Praxis durchgesetzt werden oder

nicht. Dies zu substantizieren obliegt eher der Beschwerdeführerin selber, die aus ihrer abweichenden Meinung Schlüsse zu ihren Gunsten ableiten will.

Soweit sich die Vorinstanz bei der Beurteilung der Klauseln jedoch wesentlich auf das Argument stützt, die Veranstalter würden durch die Exklusivitätsklausel gezwungen, nebst Grossanlässen, bei denen sie auf die Dienstleistungen der Beschwerdeführerin angewiesen seien, auch Anlässe von regionaler Bedeutung über die Beschwerdeführerin zu vertreiben, ist jedoch die gesamte (Vertrags-)Realität einzubeziehen. Werden tatsächlich gerade in Verträgen mit Grossveranstaltern angesichts ihrer Gegenmacht regelmässig Ausnahmen von den Klauseln vereinbart, wie die Beschwerdeführerin behauptet, gehören solche Vereinbarungen ebenfalls zu den vertraglichen Regelungen und kann nicht behauptet werden, diese Veranstalter würden durch die Exklusivitätsklauseln gezwungen, die Beschwerdeführerin auch bei regionalen Anlässen beizuziehen (Exklusivitätsklausel A) beziehungsweise alle Tickets über sie abzusetzen (Exklusivitätsklausel B). Die Auffassung, von der Exklusivitätsklausel abweichende vertragliche Vereinbarungen seien nur von marginaler Bedeutung, bedarf einer entsprechenden sachverhaltsmässigen Abstützung. Dabei kann nicht nur auf die absolute Zahl abweichender Verträge abgestellt werden, sondern ist zu prüfen, welcher Anteil der Veranstaltungen beziehungsweise der Tickets davon betroffen ist (Untersuchungsgrundsatz).

5.4.2 Ausbeutung der Marktgegenseite

Die Vorinstanz bezeichnet die Exklusivitätsklauseln als Benachteiligungsmisbrauch in der Form der Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. c KG). Die Veranstalter könnten mangels anderer TU mit flächendeckendem Vertriebsnetz nicht auf andere Anbieter ausweichen. Sie befänden sich im Dilemma, entweder eine Exklusivitätsbindung mit der Beschwerdeführerin einzugehen und deshalb auf eine Aufteilung des Vertriebs auf verschiedene TU verzichten zu müssen, oder aber regional tätige Konkurrenten zu berücksichtigen und für Veranstaltungen von landesweiter Bedeutung keinen flächendeckend präsenten Vertriebsdienstleister zu haben (Rz 58 ff. der Verfügung).

Diese Argumentation ist unzutreffend, weil mit RailAway, Star Ticket und anderen TU weitere landesweit mit POS vertretene Vertriebsdienstleister am Markt tätig sind, wie in Ziffer 5.2 gezeigt wurde. Entsprechend ist kein Veranstalter gezwungen, die Bedingungen der Beschwerdeführerin zu akzeptieren.

Ob den Veranstaltern mit dem Eigenvertrieb noch eine zusätzliche Ausweichmöglichkeit zu Gebote steht, ist in dieser Situation nur noch von beschränkter Bedeutung. Die Aussage der Vorinstanz, das Verbot des Eigenvertriebs werde vom Wortlaut der Exklusivitätsklauseln ebenfalls erfasst, ist aktenwidrig und lässt sich nicht mehr vertreten, nachdem die Beschwerdeführerin auch gegenüber den Veranstaltern bereits vor Erlass der Verfügung klargestellt hat, der Eigenvertrieb sei davon nicht betroffen. Im Übrigen argumentiert die Vorinstanz beispielsweise in Rand-

ziffer 72 der Verfügung selber, eine Mehrheit der Veranstalter betreibe auch Eigenvertrieb, und der Eigenvertrieb sei von der Exklusivitätsklausel ausgenommen.

Die Exklusivitätsklauseln können daher nur noch insofern als Benachteiligung der Marktgegenseite in Betracht fallen, als die Handlungsfreiheit der Veranstalter während einer bestimmten Zeit (erstmal drei Jahre, Verlängerung ohne Kündigung um ein Jahr) eingeschränkt wird. Die Vorinstanz hat sich mit diesem Aspekt bisher nicht auseinandergesetzt. Dies ist nachzuholen, falls sie nach der Bereinigung des relevanten Marktes und der Neubeurteilung von aktuellem und potenziellem Wettbewerb sowie der Stellung der Marktgegenseite zum Schluss kommen sollte, die Beschwerdeführerin verfüge immer noch über eine beherrschende Stellung. Die zeitliche Beschränkung wird auch in der Verfügung vom 1. September 1999 (publiziert in: RPW 1999/1, S. 72 f.), auf den die Vorinstanz in Randziffer 82 der Verfügung verweist, nicht behandelt. Im Übrigen macht die Vorinstanz nicht klar, inwiefern dieser Entscheid für die hier zu beurteilende Situation einschlägig ist, lässt sich ein ehemals staatlich konzessioniertes Monopolunternehmen mit einem Privaten, der seine Geschäftstätigkeit von Grund auf selbst aufgebaut hat, doch nicht ohne weiteres vergleichen.

Ist davon auszugehen, dass Ausweichmöglichkeiten auch im Bereich der Anlässe von landesweiter Bedeutung bestehen, erscheint sodann der Einfluss der Veranstalter auf Preise und Geschäftsbedingungen in einem neuen Licht. Sollte die Vorinstanz im Rahmen der zeitlich beschränkten Exklusivbindung auch weiterhin von einer relevanten Einschränkung der Handlungsfreiheit der Veranstalter bezüglich Preisen und Konditionen ausgehen, wäre dies gestützt auf die tatsächlichen Verhältnisse (Preis-Leistungs-Verhältnis) zu beurteilen.

5.4.3 Verhältnismässigkeit

Die Vorinstanz stellt in Randziffer 67 der Verfügung (vgl. ferner Rz. 57 der Verfügung) mit Verweis auf die Literatur richtig fest, dass Geschäftsbedingungen unangemessen sind, wenn sie unbillig oder unverhältnismässig sind, dass es zur Feststellung der Unbilligkeit einer Abwägung der Interessen der Beteiligten bedarf, dass den Interessen der Beteiligten dann Genüge getan wird, wenn das Interesse des Marktbeherrschers und der Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit der Handelspartner in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen und dass bei der Beurteilung der Unangemessenheit auch die Behinderungswirkung zulasten der Konkurrenten zu berücksichtigen ist (zum letztgenannten Punkt vgl. sogleich Ziff. 5.4.4). Daraus folgt, dass eine Benachteiligung der Marktgegenseite beziehungsweise Behinderung der Konkurrenten im Sinne von Artikel 7 Absatz 2 Buchstabe c des Kartellgesetzes nur dann vorliegen kann, wenn die Abwägung der genannten Interessen zum Schluss führt, die Geschäftsbedingung sei unbillig oder unverhältnismässig. Ist dies der Fall, stellt sich weiter die Frage, ob die unangemessene Geschäftsbedingung aus sachlichen Gründen gerechtfertigt wer-

den kann. Liegt eine unbillige oder unverhältnismässige Geschäftsbedingung nicht vor, erübrigt sich die Prüfung der sachlichen Rechtfertigung mangels einer unzulässigen Verhaltensweise.

Die Vorinstanz hat diese Reihenfolge in ihrem Prüfungsschema nicht eingehalten, sondern in Randziffer 58 ff. zuerst auf Benachteiligung und Behinderung geschlossen, dann in Randziffer 69 ff. die Rechtfertigbarkeit aus sachlichen Gründen geprüft und schliesslich in Randziffer 77 ff. das Thema Verhältnismässigkeit angeschnitten. Dieses Vorgehen kann nicht zu einem korrekten Resultat führen. Denn es kann darauf hinauslaufen, dass eine missbräuchliche Verhaltensweise angenommen wird, obwohl keine Erzwingung einer unangemessenen Geschäftsbedingung vorliegt.

Dies gilt vor allem dann, wenn die unter dem Titel der Verhältnismässigkeitsprüfung vorzunehmende Abwägung der Interessen von Beschwerdeführerin, Marktgegenseite und Konkurrenten - wie vorliegend der Fall - gar nicht durchgeführt wird. Inhalt der Randziffer 77 ff. ist jedenfalls nicht diese Interessenabwägung. Dort steht vielmehr,

- dass das Anliegen der Bindung der Vertragspartner auch mit dem mildereren Mittel des Mengenrabattes nach Massgabe allfälliger Skalenerträge angestrebt werden könnte (Rz. 77),
- dass Treuerabatte nach Massgabe der Deckung des gesamten Bedarfs (oder eines wesentlichen Teils davon) beim marktbeherrschenden Unternehmen unzulässig seien (Rz. 78),
- und dass eine Exklusivitätsklausel ohne Gegenleistung unverhältnismässig sei (Rz. 79).

Die ersten beiden Punkte beziehen sich nicht auf das untersuchte Verhalten und damit den Streitgegenstand, sondern auf eine künftige Alternative. Eine Interessenabwägung zum untersuchten Verhalten liegt schon deshalb nicht vor. Der dritte Punkt bezieht sich ausschliesslich auf das Verhältnis Beschwerdeführerin/Veranstalter und ist vorerst nur eine nicht begründete Behauptung, gegen welche sich die Beschwerdeführerin mit Argumenten wehrt, die von der Vorinstanz noch nicht behandelt wurden (Rz. 384 der Beschwerde). Daher enthält auch dieser Punkt die geforderte Interessenabwägung nicht.

Entsprechend wird die Vorinstanz die Abwägung der Interessen der Beschwerdeführerin, der Marktgegenseite und der Konkurrenz-TU noch vorzunehmen haben, falls sie zum Schluss kommen sollte, eine beherrschende Stellung sei gegeben.

5.4.4 Behinderung der Konkurrenten

Die Vorinstanz argumentiert, die Exklusivitätsklauseln A (Beschwerdeführerin vertreibt alle Veranstaltungen) und B (Beschwerdeführerin vertreibt alle Tickets einer Veranstaltung) und ihre durch Kombination verstärkte Wirkung stellten eine Behinderung der Konkurrenten in Aufnahme und Ausübung des Wettbewerbs dar (Art. 7 Abs. 1 KG). Die Exklusivitätsklausel A behindere sie beim Aufbau eines Verkaufstellennetzes und ver-

unmögliche den Abschluss von Verträgen. Die Exklusivitätsklausel B schliesse den parallelen Vertrieb der Tickets durch schweizweit und regional tätige TU für eine Veranstaltung aus, und regionale TU könnten ihr Verkaufsstellennetz mangels Kontingenten nicht vergrössern.

Dazu ist vorab festzuhalten, dass die Entwicklung der letzten Jahre zeigt, dass die Exklusivitätsklauseln Marktzutritte, den Ausbau des Verkaufsstellennetzes und die Steigerung der Umsätze auf Seiten der aktuellen und potenziellen Konkurrenten nicht verhindert haben. Daraus kann noch nicht gefolgert werden, dass diese Klauseln nicht doch behindernd wirken. Denn wie die Entwicklung ohne die Existenz der Klauseln verlaufen wäre, lässt sich nicht feststellen.

Würden die beiden Klauseln nicht existieren, könnten Konkurrenz-TU jederzeit alle Veranstalter für eine baldige umfassende oder sofortige teilweise Zusammenarbeit zu gewinnen versuchen. Der Unterschied zwischen der Situation mit und derjenigen ohne die Exklusivitätsklauseln bezieht sich also auf die Menge der Veranstalter, die im Zeitpunkt X angesprochen werden können, und auf die Dauer, in welcher sich eine Zusammenarbeit realisieren lässt. Insofern stellen die Exklusivitätsklauseln eine Behinderung der Konkurrenten dar.

Bei der Abwägung der Interessen der Beschwerdeführerin, der Marktgegenseite und der Konkurrenten wird sich die Vorinstanz auch mit der Frage auseinandersetzen, ob das Interesse der Konkurrenten an einem jederzeitigen unbeschränkten Zugang zu allen Veranstaltern ausreicht, um eine zeitlich beschränkte Exklusivbindung zwischen Veranstaltern und TU, die sich in der Abwägung der Interessen dieser Vertragspartner als zulässig erweist, dennoch zu beanstanden. Mit anderen Worten wird sie prüfen, ob sich in der Option, dass die Exklusivitätsklausel *keine* Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen darstellt, überhaupt noch behaupten lässt, dass diese Vereinbarung deshalb unzulässig ist, weil sie indirekt oder reflexweise behindernde Wirkungen auf Konkurrenten haben kann.

Sinnvoll könnte mit Blick auf den Erlass einer allfälligen neuen Verfügung auch sein zu prüfen, welche Rolle Grössenvorteile und die Sortimentsbreite beim Ticketvertrieb spielen (die Attraktivität eines TU für die Endkunden dürfte mit der Anzahl angebotener Veranstaltungen zunehmen, weshalb für TU Strategien zur Ausdehnung des eigenen Angebots und zur Einschränkung des Angebots der Konkurrenten besonders attraktiv werden).

5.4.5 Rechtfertigungsgründe

Die Frage der *legitimate business reasons* stellt sich nur, wenn eine Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen zu bejahen ist, was zu prüfen bleibt.

Bezüglich der Rechtfertigungsgründe ist die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen mit der Vorinstanz der Auffassung, dass die von der Beschwerdeführerin genannten Elemente der angeblichen Nicht-

durchsetzung der Exklusivitätsklauseln und der Möglichkeit der Vereinbarung von Kontingenten keine *legitimate business reasons* darstellen. Eine vereinbarte Ausschliesslichkeit lässt sich nicht damit rechtfertigen, dass sie nicht durchgesetzt werde oder dass Ausnahmen vereinbart werden können. Ebenso wenig fällt der Umstand, dass die Exklusivitätsklauseln für den Eigenvertrieb nicht gelten, als *legitimate business reason* in Betracht.

Zu beanstanden ist jedoch, dass die Vorinstanz die Angabe der Beschwerdeführerin, der Schutz ihrer Investitionen bedinge ein minimales Umsatzvolumen, nicht geprüft hat. Der Hinweis, dies sei in Randziffer 77 ff. der Verfügung geprüft worden, ist unzutreffend; Gegenstand dieser Erwägungen ist etwas anderes (vgl. Ziff. 5.4.2).

5.4.6 Schlussfolgerung

Die Folgerung der Vorinstanz, die Exklusivitätsklauseln stellten eine Erzwingung unangemessener Geschäftsbedingungen (Art. 7 Abs. 2 Bst. c. KG) dar, ist aus den genannten Gründen nicht nachgewiesen.

Sollte die Vorinstanz bei der erneuten Prüfung zum Schluss kommen, das untersuchte Verhalten sei unzulässig, wird sie auch erwägen, inwiefern aus Gründen der Verhältnismässigkeit neben einem Verbot dieser Verhaltensweise auch ein weniger starker Eingriff, beispielsweise eine Beschränkung der Vertragsdauer auf generell ein Jahr reicht, um die unzulässige Wettbewerbsbeschränkung zu beseitigen.

5.5 Ergebnis

Die Vorinstanz hat den massgeblichen Sachverhalt nicht korrekt und vollständig festgestellt, indem sie die Austauschbarkeit der Vertriebskanäle aus der Sicht der Marktgegenseite nicht prüfte und nicht alle aktuellen Konkurrenten berücksichtigte. Sie hat das Recht unzutreffend angewendet, indem sie den sachlich relevanten Markt unklar und widersprüchlich abgrenzte, den aktuellen und potenziellen Wettbewerb unzutreffend beurteilte, daher zu Unrecht auf eine marktbeherrschende Stellung der Beschwerdeführerin schloss, und indem sie die von ihr untersuchte Verhaltensweise unzulänglich beurteilte.

Die Verwaltungsbeschwerde ist daher gutzuheissen und die Verfügung aufzuheben. Die Vorinstanz wird zu entscheiden haben, ob die Untersuchung weiterzuführen und eine neue Verfügung im Sinne der Erwägungen zu treffen ist, oder ob die Untersuchung mittels einer einvernehmlichen Regelung abzuschliessen oder allenfalls einzustellen ist.

6. Kosten

Bei diesem Ausgang des Verfahrens obsiegt die Beschwerdeführerin, weshalb ihr keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Der von ihr am 27. Januar 2004 geleistete Kostenvorschuss von CHF [...] (2 x CHF [...]) ist ihr zulasten der Bundeskasse zurückzuerstatten (Art. 5 Abs. 3 der Verordnung vom 10.9.1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren, Kostenverordnung, SR 172.041.0).

Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

Auf die Kosten der Vertretung und Verbeiständung finden nach Artikel 8 Absatz 3 Kostenverordnung sinngemäss die Bestimmungen über die Anwaltskosten im Tarif vom 9. November 1978 über die Entschädigungen an die Gegenpartei für das Verfahren vor dem Bundesgericht (Tarif, SR 173.119.1) Anwendung. Gemäss Artikel 8 Absatz 1 der Kostenverordnung hat die Partei, die Anspruch auf Parteientschädigung erhebt, der Beschwerdeinstanz vor ihrem Entscheid eine detaillierte Kostennote einzureichen; reicht sie diese nicht rechtzeitig ein, setzt die Beschwerdeinstanz die Parteientschädigung von Amtes wegen und nach Ermessen fest.

Mit Kostennote vom 19. Mai 2005 beziffert der Vertreter der Beschwerdeführerin seine Honorarforderung, unter Verweis auf Artikel 4 Absatz 1 des Tarifs und mangels eines in Franken bestimmbareren Streitwerts unter Berücksichtigung der Elemente der Wichtigkeit der Streitsache, ihrer Schwierigkeit sowie des hohen zeitlichen Aufwandes (ca. [...] Stunden) auf CHF [...], wobei er mit Verweis auf Artikel 4 Absatz 2 der Verordnung vom 25. Februar 1998 über die Erhebung von Gebühren im Kartellgesetz (KG-Gebührenverordnung; SR 251.2) einen Stundenansatz von CHF [...] einsetzt, der beträchtlich unter den Ansätzen seiner Kanzlei liege.

Das Honorar richtet sich in der Regel nach dem Streitwert. Es wird im Rahmen des in diesem 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 in der Regel zulässige Höchstbetrag der Entschädigung für das Honorar des Vertreters vermindert sich für Beschwerden an eidgenössische Rekurskommissionen um einen Viertel (Art. 8 Abs. 4 der Kostenverordnung). Lässt sich hingegen der Streitwert nicht ziffernmässig bestimmen, 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 des Anwalts zu bestimmen (vgl. BGE 120 V 215 E. 4b und 5).

Für den Entscheid über die Höhe der Parteientschädigung ist in der Regel keine eingehende Begründung erforderlich (BGE 111 Ia 1 E. 2a). Für die Bemessung des Honorars ist Folgendes in Betracht zu ziehen. Betreffend die Wichtigkeit der Sache ist anzuerkennen, dass der Ausgang des Verfahrens für die Be-

schwerdeführerin von grundlegender und wirtschaftlicher Bedeutung ist. Ferner waren eingehende Abklärungen für das Verständnis der wirtschaftlichen Abläufe und die Überprüfung der von der Vorinstanz ermittelten Sachverhalte notwendig. In Bezug auf den Umfang der Arbeitsleistung muss man sich indessen fragen, ob es tatsächlich notwendig war, in den Rechtsschriften derart weit auszuholen, nachdem bereits vor der Wettbewerbskommission ein aufwändiges Verfahren stattgefunden hat.

Vorliegend wurde keine detaillierte Kostennote eingereicht. Der Stundenansatz von CHF [...] ist nicht zu beanstanden. Der im Einzelnen nicht belegte Zeitaufwand von [...] Stunden erscheint jedoch als sehr hoch. In Bezug auf vergleichbare Fälle erweist sich die Forderung von CHF [...] klar als zu hoch.

Die Parteientschädigung ist im Total auf CHF [...] festzusetzen, wobei in dieser Summe nebst dem Honorar (inkl. Mehrwertsteuer) auch die übrigen Aufwendungen abgegolten sind.

Vorliegend hat sich die Beschwerdegegnerin 2 mit den Begehren am Verfahren beteiligt, der Verwaltungsbeschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu entziehen, die Beschwerde sei abzuweisen und die Verfügung der Vorinstanz zu bestätigen. Eigene Anträge stellte sie vor allem hinsichtlich des Entzugs der aufschiebenden Wirkung. Zur Hauptsache äusserte sie sich nicht einlässlich. Daher beschränkt sich ihre Kosten- und Entschädigungspflicht auf das Zwischenverföhrungsverfahren, wo sie unterlegen ist.

Demnach entscheidet die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 1. Dezember 2003 wird aufgehoben.
2. Die Vorinstanz wird angewiesen, die Angaben der Beschwerdeführerin zu Marktvolumen und -anteil in den Aktenstücken abzudecken, sofern sie die entsprechenden Angaben der Beschwerdeführerin und der anderen Marktteilnehmer mangels Geschäftsgeheimnisqualität nicht generell offen legt.
3. [Rückerstattung]
4. [Kosten]
5. [Parteientschädigung]
6. [Parteientschädigung]
7. [Rechtsmittelbelehrung]
8. [Eröffnung]

B 3	3. <i>Betosan AG, Hela AG, Renesco AG, Weiss+Appetito AG/Weko</i>
-----	--

Beschwerdeentscheid (FB/2005-8) vom 22. November 2005 in Sachen Betosan AG (Beschwerdeführerin 1), Hela AG (Beschwerdeführerin 2), Renesco AG (Beschwerdeführerin 3), Weiss+Appetito AG (Beschwerdeführerin 4) (Verwaltungsbeschwerde vom 31.1.2002) gegen Wettbewerbskommission (Vorinstanz) (Verfügung vom 17.12.2001) betreffend unzulässige Wettbewerbsbeschränkung

Es hat sich ergeben:

A. Das Bundesamt für Bauten und Logistik (BBL; im Folgenden: Bundesamt) schrieb im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) Nr. 56 vom 22. März 1999 Betonsanierungsarbeiten an der Schweizerischen Landesbibliothek (Bücherturm) nach dem selektiven Verfahren gemäss Artikel 15 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen aus und lud die vier in Bern domizilierten 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). Da die eingegangenen Offerten beträchtlich über dem Kostenvoranschlag von CHF [...] lagen, holte das Bundesamt bei der Batigroup AG in Zürich eine Vergleichsofferte ein, welche sich auf CHF [...] belief.

Nachdem das Bundesamt am 10. Dezember 1999 das Sekretariat der KBOB (Koordination der Bau- und Liegenschaftsorgane des Bundes) über seinen Verdacht des Vorliegens einer Preisabsprache unter den vier Anbietern informiert hatte, setzte die erwähnte Stelle am folgenden Tag die Wettbewerbskommission davon in Kenntnis. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission eröffnete am 13. Januar 2000 gegen die Isotech AG, Renesco AG, Betosan AG und Weiss+Appetito AG eine kartellrechtliche Untersuchung.

Am 27. März 2000 brach das Bundesamt das Submissionsverfahren ab und vergab am 28. März 2000 im freihändigen Verfahren die Betonsanierungsarbeiten an die Batigroup AG. Die beiden Verfügungen wurden nicht angefochten.

Am 17. Dezember 2001 erliess die Wettbewerbskommission eine Verfügung mit folgendem Dispositiv:

"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 (Preisabsprachen) 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 Artikel 54 KG geahndet werden.

4. Die Verfahrenskosten betragen insgesamt CHF [...], bestehend aus der Gebühr von CHF [...] und den Auslagen 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]"

Zur Begründung erwog die Wettbewerbskommission im Wesentlichen, es läge eine bewusste und gewollte Verhaltensabstimmung der vier Offerenten vor. Diese lasse sich durch eine Reihe von Indizien nachweisen. Der Einwand der anbietenden Firmen, die Batigroup AG habe die Sanierungsarbeiten nicht ausschreibungsgemäss durchgeführt, stehe im Widerspruch zu den Ausführungen des Bundesamtes. Es sei im Übrigen davon auszugehen, dass die Offerte der Batigroup AG auf identischen Ausschreibungsunterlagen beruhe.

B. Gegen diese Verfügung erhoben die Betosan AG, die Weiss+Appetito AG, die Renesco AG und die Hela AG - vormals Isotech AG - (Beschwerdeführerinnen), alle vertreten durch Fürsprecher [...], am 31. Januar 2002 Verwaltungsbeschwerde bei der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen und beantragten deren vollumfängliche Aufhebung sowie es sei festzustellen, dass die Beschwerdeführerinnen anlässlich der Submission des Bundesamtes für Bauten und Logistik betreffend Betonsanierung des Hauptgebäudes der Schweizerischen Landesbibliothek keine Wettbewerbsabreden getroffen hätten. Zur Begründung führten sie im Wesentlichen aus, sie hätten während des gesamten Submissionsverfahrens keinerlei Preisabsprachen irgendwelcher Art getroffen und auch das Verhalten in Bezug auf die Preisbildung nicht koordiniert. Die Indizienqualität der angeblichen Verdachtsgründe müsse verneint werden, da die Vorinstanz den massgeblichen Sachverhalt grösstenteils nicht abgeklärt habe.

Mit Beschwerdeentscheid vom 22. Dezember 2004 hiess die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen die Beschwerde gut und hob die angefochtene Verfügung der Wettbewerbskommission vom 17. Dezember 2001 auf. Zur Begründung führte sie 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 aufgegeben hätten. Das Aufgreifen von Vergangenheitsverhalten sei im bisher geltenden Recht nicht zulässig gewesen. Nach dem Kartellgesetz von 1995 hätten die Wettbewerbsbehörden keine Untersuchungen eröffnen und keine Massnahmen für in der Vergangenheit erfolgte und nicht mehr andauernde unzulässige Wettbewerbsbeschränkungen verfügen können, denn es habe keine rechtliche Grundlage bestanden, um abgeschlossene Sachverhalte (so genannte "Vergangenheitskartelle") kartellrechtlich aufzugreifen. Die Wettbewerbskommission habe vorliegend nicht gezeigt, dass allfälliges kartellrechtswidriges Verhalten der Parteien auch in der Gegenwart oder in der Zukunft Wirkung zeitige. Überdies hielt die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen fest, auch die Sachverhaltsabklärungen und die Begründung der Wettbewerbskommission seien in mehrfacher Hinsicht problematisch.

C. Gegen den Beschwerdeentscheid der Rekurskommission vom 22. Dezember 2004 erhob das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (im Folgenden: Departement) am 31. Januar 2005 Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht und beantragte dessen Aufhebung sowie die Bestätigung der Verfügung der Wettbewerbskommission vom 17. Dezember 2001. Eventuell sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Streitsache zu materieller Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Zur Begründung hielt das Departement im Wesentlichen fest, die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen habe Artikel 27 Absatz 1 KG in der bis 31. März 2004 gültigen Fassung falsch ausgelegt. Ihrer Auffassung könne insofern nicht gefolgt werden, als nach dieser Bestimmung nicht nur eine aktuell unzulässige Wettbewerbsbeschränkung, sondern auch ein vergangener Wettbewerbsverstoss beziehungsweise auch ein bereits eingestelltes kartellrechtswidriges Verhalten Gegenstand einer Untersuchung bilden könne. Dies ergebe sich insbesondere aus dem französischen und dem italienischen Gesetzestext.

Mit Vernehmlassung vom 18. März 2005 beantragten die Beschwerdegegnerinnen, auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde des Departements sei nicht einzutreten, eventuell sie abzuweisen.

Am 3. Februar 2005 teilte die Wettbewerbskommission mit, sie verzichte auf die Einreichung einer Stellungnahme und schliesse sich den Anträgen und der Begründung des Departements an.

Mit Eingabe vom 1. März 2005 erklärte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen ihren Verzicht auf Vernehmlassung.

Mit Urteil vom 22. August 2005 hiess das Bundesgericht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde teilweise gut, hob den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen auf und wies die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurück. Das Bundesgericht erwog im Wesentlichen, der Beschwerdeentscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen beruhe auf einer unzutreffenden engen Auslegung von Artikel 27 Absatz 1 KG (in der ursprünglichen

Fassung), verletze dadurch Bundesrecht und sei aufzuheben. Im Weiteren hielt es fest, das Departement äussere sich in seiner Beschwerde nicht zur Frage der ungenügenden Sachverhaltsabklärung und widerspreche den diesbezüglichen Einwendungen der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen nicht. Dem Antrag des Departements auf Bestätigung des Entscheids der Wettbewerbskommission könne daher nicht gefolgt werden. Gutzuheissen sei jedoch der Eventualantrag des Departements auf Rückweisung der Streitsache zur materiellen Entscheidung an die Vorinstanz.

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. In seinem Urteil vom 22. August 2005 (2A.59/2005) erkannte das Bundesgericht, dass eine Untersuchung und Beurteilung von vergangenen Wettbewerbsverstössen durch die ursprüngliche Fassung von Artikel 27 Absatz 1 KG nicht untersagt gewesen sei. Der Beschwerdeentscheid verletze demnach Bundesrecht, sei aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Im Weiteren hielt das Bundesgericht in Erwägung 5 Folgendes fest:

"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 Volkswirtschaftsdepartements äussert sich nicht zu dieser Frage; den diesbezüglichen Einwendungen der Rekurskommission wird nicht widersprochen. Dem Antrag des Departements auf Bestätigung des Entscheids der Wettbewerbskommission kann daher nicht gefolgt werden. Gutzuheissen ist jedoch der Eventualantrag des Departements auf Rückweisung der Streitsache zur materiellen Entscheidung an die Vorinstanz (Art. 114 Abs. 2 OG)."

2. Nach dem Gesagten bleibt demnach im Folgenden zu untersuchen, ob die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen im Sinne der Anordnung des Bundesgerichts einen materiellen Entscheid in der Sache überhaupt treffen kann. Um die Beschwerde der Offerten gutzuheissen oder abzuweisen, muss die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen imstande sein, über die - den Streitgegenstand bildende - Frage befinden zu können, ob eine Submissionsabrede vorliegt oder nicht.

2.1. In ihrer Verfügung vom 17. Dezember 2001 hatte die Wettbewerbskommission auf das Vorliegen einer bewussten und gewollten Verhaltensabstimmung der anbietenden Firmen aufgrund einer Reihe von Indizien geschlossen. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat diesbezüglich im Beschwerdeentscheid vom 22. Dezember 2004 die Sachverhaltsabklärungen und Begründung der Wettbewerbskommission

on in mehrfacher Hinsicht als problematisch eingestuft (vgl. E. 7.4. i. f., E. 9.). Wie der Verwaltungsgerichtsbeschwerde entnommen werden kann, lag dem Departement primär nur daran, die Auslegung von Artikel 27 Absatz 1 KG (in der ursprünglichen Fassung) vom Bundesgericht überprüfen zu lassen. Die Beurteilung der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, wonach die Voraussetzungen für die streitige Anordnung der Wettbewerbskommission mangels ungenügender Sachverhaltsabklärungen auch materiell nicht gegeben seien, wurde nicht in Frage gestellt (vgl. Urteil des Bundesgerichtes, E. 5.). Demnach kann grundsätzlich auf die Erwägungen der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen in ihrem Beschwerdeentscheid vom 24. Dezember 2004 (insbesondere E. 8 und 9.) zurückgegriffen werden.

2.2. Zusammenfassend hatte die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen im Beschwerdeentscheid hinsichtlich Sachverhaltsabklärung und Begründung der Verfügung der Wettbewerbskommission Folgendes festgehalten:

- Die **massive Abweichung der im Submissionsverfahren offerierten Preise vom Kostenvoranschlag 1999** taugt nicht ohne weiteres als Indiz für eine Preisabrede. Die von der Vergabebehörde erstellte Kostenschätzung hat sich auf eine zuverlässige Grundlage zu stützen, und es sind auch mögliche Gründe für die massiven Abweichungen zu eruieren (vgl. E. 9.1.1. des angefochtenen Entscheids). Das Bundesamt hat auch auf Ersuchen der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hin den (revidierten) Kostenvoranschlag 1999 nicht eingereicht. Der Nachweis, dass das Bundesamt über eine detaillierte und zuverlässige Kostenschätzung verfügt hat, konnte infolgedessen nicht erbracht werden (vgl. E. 9.1.3.).
- Die **massive Differenz von CHF [...] zwischen der tiefsten Submissionsofferte und der Vergleichsofferte der Batigroup AG** stellt grundsätzlich ein taugliches Indiz für das Vorliegen einer Preisabrede dar. Im konkreten Fall unterscheiden sich die veranschlagten Preise der Beschwerdeführerinnen einerseits und der Batigroup AG andererseits tatsächlich beträchtlich, vor allem in den Positionen bezüglich der Sanierung der Nordfassaden. Die Beschwerdeführerinnen führten die erheblichen Preisdifferenzen auf die von der Batigroup AG qualitativ minderwertigen Arbeiten zurück. Mit den Beschwerdeführerinnen ist einzuräumen, dass ein Preisvergleich der Angebote offensichtlich nur dann Sinn macht, wenn Leistungen gleicher Qualität angeboten werden. Eine Preisanalyse der Einheitspreise der Beschwerdeführerinnen im Sinne einer Offenlegung der Kalkulation hätte Aufschluss über die angebotene Leistung und deren Qualität geben können. Mittels Preisanalyse hätte geklärt werden können, ob tatsächlich Preisdifferenzen bei gleicher Leistung bestehen. Eine solche holte die Wettbewerbskommission anlässlich der Untersuchung nicht ein, so dass nach wie vor Zweifel an der Zuverlässigkeit dieses Indizes bestehen (vgl. E. 9.2.).
- Die **verhältnismässig kleine Differenz von CHF [...] zwischen den eingereichten Offerten** könnte als

weiteres Indiz für eine Submissionsabrede erachtet werden. Die Wettbewerbskommission hatte aufgrund des statistischen Mittels der vier Angebote von CHF [...] einen Preiskorridor von +/- CHF [...] ermittelt und ausgeführt, dieser liege erwiesenermassen unter 10% und genüge daher den Anforderungen an eine genügend bestimmte Preisabrede. Zwar stützte die Wettbewerbskommission ihre Begründung auf einen Entscheid der REKO/WEF i.S. Clima Suisse (REKO/WEF 98/FB-003, RPW 1999/3 S. 516, Ziff. 4.1.), um dann in der Vernehmlassung allerdings zu präzisieren, der Verweis auf den genannten Entscheid sei vorliegend nicht zutreffend. Aus diesem Grund liegt keine hinreichende Begründung für dieses Indiz vor (vgl. E. 9.3.). Im Übrigen ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass ein sehr ähnlicher Preis Anzeichen intensiven Wettbewerbs sein könnte.

- Die **Nichtanfechtung der submissionsrechtlichen Abbruch- und Ausschlussverfügung** durch die Beschwerdeführerinnen kann für sich allein nicht als sicheres Indiz für das Vorliegen einer Submissionsabrede aufgefasst werden. Aufgrund der starken Stellung des öffentlichen Auftraggebers ist nicht ganz auszuschliessen, dass gewisse Anbieter aus Angst vor verdeckten Repressalien bei späteren Submissionen von einer Anfechtung der Abbruchverfügung absehen (vgl. E. 9.4.).
- Die **Teilnahme der Beschwerdeführerinnen an der gemeinsamen Begehung** kann nicht als Indiz für eine Preisabrede erachtet werden, vor allem wenn
 - wie im vorliegenden Fall - die Begehung gemäss den Submissionsunterlagen eine obligatorische Bedingung für die Teilnahme an der Submission darstellt (vgl. E. 9.5.).
- Auch die **ursprüngliche Zustimmung der Hela AG (vormals Isotech AG) zum Vorschlag des Sekretariats der Wettbewerbskommission für eine einvernehmliche Regelung** kann für sich allein nicht als Indiz für das Vorliegen einer Submissionsabrede beurteilt werden. Ein solches Einverständnis könnte zusammen mit anderen Indizien relevant werden, zum Beispiel das Vorliegen einer zuverlässigen Kostenschätzung und die Feststellung, dass keine Gründe für wesentliche Abweichungen vom Kostenvoranschlag gegeben sind (vgl. E. 9.6.).

2.3. Aus den vom Departement nicht bestrittenen Erwägungen der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen, welche die Prüfung der Sachverhaltsfeststellung und Begründung der Wettbewerbskommission in ihrer Verfügung vom 17. Dezember 2001 zum Gegenstand haben, ergibt sich, dass die Wettbewerbskommission den relevanten Sachverhalt nicht rechtsgenügend erhoben hat. Die von der Wettbewerbskommission getätigten Sachverhaltsabklärungen lassen nicht in hinreichendem Masse auf das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede schliessen.

Soweit die Beschwerdeführerinnen in ihrer Beschwerde auf eine mangelhafte Sachverhaltsabklärung hinweisen, erweist sich ihre Beschwerde als begründet.

2.4. 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. Eine solche Rückweisung ist im vorliegenden Fall unbedingt erforderlich, da es mangels Entscheidreife der Streitsache nicht Aufgabe der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen sein kann, als Gerichtsinstantz versäumte Untersuchungshandlungen von derart grosser Tragweite nachzuholen sowie selbst vorzunehmen und - in Abweichung von der funktionellen Zuständigkeitsordnung - als Erstinstanz über die noch zu ermittelnden Besonderheiten des abgebrochenen Submissionsverfahrens - insbesondere über die noch offenen Beweisfragen - zu befinden (vgl. Beschwerdeentscheide REKO/WEF FB/2004-2 E. 4.8., FB/2003-4 E. 6.3., mit Hinweisen auf Literatur und weitere Rechtsprechung).

Nach dem Gesagten rechtfertigt sich somit, die Beschwerde teilweise gutzuheissen, die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 17. Dezember 2001 aufzuheben und die Sache zur weiteren Sachverhaltsabklärung und Neubeurteilung an die Wettbewerbskommission zurückzuweisen.

3. Bei diesem Ausgang des Verfahrens gelten die Beschwerdeführerinnen, die nicht mit ihrem Haupt-, sondern lediglich mit ihrem Eventualbegehren durchzudringen vermochten, als teilweise obsiegende Par-

tei. Unter diesen Umständen rechtfertigt es sich, ihnen die Verfahrenskosten lediglich zur Hälfte und unter solidarischer Haftbarkeit aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Der Wettbewerbskommission als zum Teil unterliegender Partei sind keine Verfahrenskosten aufgrund ihrer Stellung als Vorinstanz aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Den Beschwerdeführerinnen, welche sich anwaltlich vertreten liessen, sind notwendige und verhältnismässig hohe Kosten im Sinne des VwVG erwachsen. Ihnen ist zulasten der Wettbewerbskommission eine reduzierte Parteientschädigung - aufgrund ihres teilweisen Obsiegens - zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 und 2 VwVG). Der Vertreter hat keine Kostennote eingereicht. Die Parteientschädigung wird somit von Amtes wegen und nach Ermessen festgesetzt (Art. 8 Abs. 1, 3 und 4 Kostenverordnung).

***Demnach entscheidet die
Rekurskommission Wettbewerbsfragen:***

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 17. Dezember 2001 wird aufgehoben und die Sache zur weiteren Sachverhaltsabklärung und Neubeurteilung an die Wettbewerbskommission zurückgewiesen.
2. [Verfahrenskosten]
3. [Parteientschädigung]
4. [Rechtsmittelbelehrung]
5. [Eröffnung]

B 4	Bundesgericht Tribunal fédéral Tribunale federale
B 4	1. Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement/Swisscom AG, Swisscom Solutions AG, Swisscom Mobile AG, Wettbewerbskommission, Rekurskommission für Wettbewerbsfragen

Bundesgerichtsurteil vom 19. August 2005, II. Öffentlich-rechtliche Abteilung i.S. Eidgenössisches Volkswirtschaftsdepartement/Swisscom AG, Swisscom Solutions AG, Swisscom Mobile AG, Wettbewerbskommission, Rekurskommission für Wettbewerbsfragen betreffend Verwaltungssanktionen im Kartellrecht (Art. 49a KG und Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20.6.2003) und Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 18. März 2005

Sachverhalt:

A. Das Sekretariat der Wettbewerbskommission eröffnete zu Beginn des Jahres 2004 gegen die Swisscom AG und die Swisscom Enterprise Solutions AG (heute Swisscom Solutions AG) eine Untersuchung gemäss Artikel 27 des Kartellgesetzes (Bundesgesetz vom 6.10.1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, KG; SR 251). Diese bezweckt, die Preisgestaltung der beiden Unternehmen bei Telefoniedienstleistungen für Geschäftskunden zu überprüfen. Nach der durchgeführten Vorabklärung bestehen Anhaltspunkte dafür, dass die genannten Swisscom-Firmen Dienstleistungen an ihre eigenen Grosskunden zu günstigeren, nämlich zu so genannten Retail-Preisen verkaufen als an andere Fernmeldedienstleister, die dafür so genannte Wholesale-Preise bezahlen müssen. Dieses Verhalten wird als "Price Squeeze" bezeichnet und stellt allenfalls einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne von Artikel 7 KG dar. Die Einleitung der Untersuchung wurde am 16. März 2004 öffentlich bekannt gemacht (BBl 2004 1097).

Kurze Zeit später orientierte das Sekretariat der Wettbewerbskommission die Swisscom über die am 1. April 2004 in Kraft tretende Änderung des Kartellgesetzes (gemäss Bundesgesetz vom 20.6.2003). Dabei wies das Sekretariat unter anderem auf die neue Sanktion nach Artikel 49a KG hin.

Am 7. April 2004 reichten die Swisscom AG, die Swisscom Solutions AG und die Swisscom Mobile AG beim Sekretariat der Wettbewerbskommission ein als "Meldung" gemäss Übergangsbestimmungen betitelt Schreiben ein. Darin wurde auf die Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 Bezug genommen, wonach die in Artikel 49a KG vorgesehene Sanktionsmöglichkeit entfällt, wenn eine bestehende Wettbewerbsbeschränkung innert eines Jahres nach Inkrafttreten jener Bestimmung gemeldet

oder aufgelöst wird. Die "Meldung" bezog sich auf das Preisfestsetzungsverhalten der Swisscom-Unternehmen für Telefoniedienstleistungen gegenüber Grosskunden, das bereits Gegenstand der zu Beginn 2004 eröffneten Untersuchung bildet.

Das Sekretariat der Wettbewerbskommission teilte am 13. April 2004 den Swisscom-Firmen mit, dass die erwähnte Übergangsbestimmung auf bereits bekannte Sachverhalte keine Anwendung finde. Die Swisscom-Unternehmen verlangten darauf von der Wettbewerbskommission den Erlass einer Feststellungsverfügung zu dieser Frage. Die Wettbewerbskommission trat am 8. November 2004 auf das Gesuch nicht ein. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hiess eine dagegen erhobene Beschwerde am 18. März 2005 teilweise gut. Sie hob die Verfügung vom 8. November 2004 auf und stellte fest, dass das Schreiben der Swisscom-Firmen vom 7. April 2004 eine Meldung im Sinne der Schlussbestimmung zur Änderung vom 20. Juni 2003 sei.

B. Das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement hat gegen den Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht erhoben. Das Departement beantragt, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass das fragliche Schreiben vom 7. April 2004 nicht als Meldung im Sinne der Schlussbestimmung gelte.

Die drei genannten Unternehmen der Swisscom beantragen, es sei auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht einzutreten, eventuell sei sie abzuweisen. Die Wettbewerbskommission unterstützt die Anträge des beschwerdeführenden Departements. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen hat auf eine Vernehmlassung verzichtet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der angefochtene Entscheid hat die Frage zum Gegenstand, ob sich die Beschwerdegegnerinnen durch Meldung an die Wettbewerbskommission einer allfälligen Sanktion gemäss Artikel 49a KG entziehen können. Er stützt sich auf den öffentlich-rechtlichen Teil des Kartellgesetzes und ist daher mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde anfechtbar (Art. 97 ff. OG).

Nach Artikel 103 Buchstabe b OG ist das in der Sache zuständige Departement berechtigt, eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen Entscheide einer eidgenössischen Rekurskommission zu erheben. Diese so genannte Behördenbeschwerde bezweckt, das allge-

meine öffentliche Interesse an der richtigen und rechtsgleichen Anwendung des Bundesrechts zu wahren. Dieses allgemeine, vom beschwerdeführenden Departement geltend gemachte Anliegen reicht zur Begründung der Rechtsmittellegitimation aus. Es bedarf im Unterschied zur Beschwerdebefugnis von Privatpersonen gemäss Artikel 103 Buchstabe a OG nicht eines konkreten schutzwürdigen Interesses an der Rechtsmittelbelehrung. Das gilt auch auf dem Gebiet des Kartellrechts (BGE 127 III 219 E. 1b S. 222, mit Hinweis).

Die Beschwerdegegnerinnen übersehen diese Rechtsprechung nicht; sie machen aber geltend, die erwähnte Praxis rechtfertige sich nur gegenüber Entscheiden, die formelle, insbesondere organisatorische Belange betreffen. Soweit materiellrechtliche Fragen des Kartellgesetzes umstritten seien, habe diese Rechtsprechung unerwünschte Doppelspurigkeiten zur Folge: Neben der Wettbewerbskommission könnte dann auch das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement massgeblichen Einfluss auf die Anwendung des Kartellrechts nehmen, was der Rechtssicherheit, der auf diesem Gebiet eine besondere Bedeutung zukomme, abträglich sei.

Unter rechtspolitischen Gesichtspunkten mag das Beschwerderecht des Departements im Bereich des Kartellrechts diskutabel erscheinen. Das rechtfertigt indessen nicht, diese Befugnis entgegen dem Gesetzeswortlaut in der Art und Weise einzuschränken, wie es die Beschwerdegegnerinnen verlangen. Zudem hätte die vorgeschlagene Einschränkung schwierige Abgrenzungsfragen zur Folge und wäre deshalb kaum praktikabel. Aus diesen Gründen besteht kein Anlass, von der dargelegten Rechtsprechung abzuweichen.

Auf die im Übrigen form- und fristgerecht erhobene Beschwerde ist daher einzutreten.

2. Streitgegenstand des bundesgerichtlichen Verfahrens bildet allein die Frage, ob das Schreiben der Beschwerdegegnerinnen vom 7. April 2004 eine Meldung im Sinne der Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 darstellt. Die Wettbewerbskommission verneinte zwar bereits ein schutzwürdiges Interesse am Erlass einer Feststellungsverfügung zu dieser Frage. Die Rekurskommission verwarf demgegenüber im angefochtenen Entscheid diese Auffassung und bejahte einen Anspruch der Beschwerdegegnerinnen auf eine Feststellungsverfügung. Dieser Teil des angefochtenen Entscheids wird vom beschwerdeführenden Departement nicht bestritten. Zu prüfen ist einzig der Inhalt der von der Rekurskommission getroffenen Feststellung auf seine Vereinbarkeit mit dem Bundesrecht.

3. Das beschwerdeführende Departement stellt sich auf den Standpunkt, das fragliche Schreiben der Swisscom-Unternehmen stelle keine Meldung im Sinne der erwähnten Schlussbestimmung dar, weil der fragliche Sachverhalt im Zeitpunkt der Meldung bereits Gegenstand einer Untersuchung der Wettbewerbskommission gebildet habe.

3.1 Die Revision des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 bezweckte, die Wirksamkeit dieses Erlasses durch die

Einführung von so genannten direkten Sanktionen zu erhöhen (vgl. im Einzelnen die Botschaft des Bundesrates vom 7.11.2001, BBl 2001 2022 ff.). Nach dem neu eingeführten Artikel 49a Absatz 1 KG wird ein Unternehmen, das sich an bestimmten unzulässigen Wettbewerbsabreden beteiligt oder sich nach Artikel 7 KG unzulässig verhält, mit einem Betrag bis zu zehn Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Das Gesetz sieht jedoch zugleich Möglichkeiten vor, um diese Sanktion zu vermeiden. So kann ein Unternehmen eine Wettbewerbsbeschränkung melden, bevor sie Wirkung entfaltet. In diesem Fall scheidet eine Sanktionierung des gemeldeten Verhaltens gemäss Artikel 49a Absatz 1 KG auf, ausser es werde dem Unternehmen innert fünf Monaten nach der Meldung die Eröffnung eines Verfahrens nach Artikel 26 ff. KG mitgeteilt und das Unternehmen halte an der Wettbewerbsbeschränkung fest (Art. 49a Abs. 3Bst. A KG; vgl. Zu den Anforderungen an die Meldung und zum so genannten Widerspruchsverfahren auch Artikel 15 ff. der KG-Sanktionsverordnung vom 12.3.2004 [SVKG; SR 251.5]). Mit dem Instrument der Meldung haben es die Unternehmen in der Hand, dem Risiko einer direkten Sanktion in Fällen zu entgehen, in denen die Beurteilung der Zulässigkeit ihres Verhaltens unsicher ist.

Die dargestellte Ordnung mit Meldemöglichkeit und Widerspruchsverfahren stellt nach dem Willen des Gesetzgebers das notwendige Korrektiv dar, um die verfassungsrechtlichen Bedenken auszuräumen, die sich gegenüber einer direkten Sanktionierung daraus ergeben, dass die Normen, die das unzulässige Verhalten umschreiben, unbestimmt abgefasst sind (Botschaft, a.a.O., S. 2035 f., mit Hinweis auf das Gutachten RENÉ RHINOW/ANDRÁS GUROVITS, in: RPW 2001, S. 592 ff., insbesondere S. 612). Der grundsätzliche Ausschluss der direkten Sanktionen bei Meldung gemäss Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe a KG bildet somit keinen Bonus für die erfolgte Meldung, sondern er dient der Ausschaltung des Risikos einer falschen Beurteilung der Rechtslage durch Private (RHINOW/GUROVITS, a.a.O., S. 614). Der erwähnte Sanktionsausschluss unterscheidet sicher daher in seiner Zielrichtung von der Bonusregelung gemäss Artikel 49a Absatz 2 KG, wonach gegenüber Unternehmen, die an der Aufdeckung und der Beseitigung der Wettbewerbsbeschränkung mitwirken, auf eine direkte Sanktion ganz oder teilweise verzichtet werden kann.

Die Schlussbestimmung, deren Auslegung umstritten ist, regelt die übergangsrechtliche Anwendbarkeit der direkten Sanktion gemäss Artikel 49a Absatz 1 KG. Danach entfällt die in dieser Norm vorgesehene Belastung, wenn eine bestehende Wettbewerbsbeschränkung innert eines Jahres nach Inkrafttreten von Artikel 49a KG gemeldet oder aufgelöst wird. Im Unterschied zum Sanktionsausschluss nach Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe a KG bezieht sich jener nach der Schlussbestimmung also nicht auf neue Sachverhalte, sondern auf im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Gesetzesänderung am 1. April 2004 bereits existierende Wettbewerbsbeschränkungen (das folgt aus dem deutschen "bestehende" und aus dem italienischen

Wortlaut "una limitazione attuale", wogegen diese Präzisierung im französischen Text fehlt). Solche Wettbewerbsbeschränkungen werden einer Ordnung unterstellt, die günstiger ist als jene von Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe a KG, weil der Ausschluss nicht nur durch Meldung, sondern auch durch Auflösung der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung herbeigeführt werden kann und er, jedenfalls nach dem Wortlaut, nicht durch den Widerspruch der Wettbewerbskommission wieder beseitigt werden kann. Der Gesetzgeber stellt somit an den intertemporalrechtlichen Sanktionsausschluss weniger hohe Anforderungen als an jenen gemäss Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe a KG.

Zu prüfen ist im vorliegenden Fall, ob die Swisscom-Unternehmen der Wettbewerbskommission am 7. April 2004 einen Sachverhalt melden konnten, der damals bereits Gegenstand einer kartellrechtlichen Untersuchung bildete. Es fragt sich also, welche Sachverhalte nach der zitierten intertemporalrechtlichen Regelung meldefähig sind. Dazu bestehen im Unterschied zur Meldung gemäss Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe a KG, zu der Artikel 15 ff. SVKG Ausführungsrecht enthalten, keine näheren Vorschriften. Die Antwort ist daher auf dem Wege der Auslegung der Schlussbestimmung zu finden.

3.2 In der juristischen Literatur werden zur erwähnten Streitfrage gegensätzliche Auffassungen vertreten. Aus der Zielsetzung der Kartellgesetzrevision wird einerseits abgeleitet, dass nur Sachverhalte gemeldet werden könnten, die der Wettbewerbskommission noch nicht bekannt seien. Denn die Schlussbestimmung bezwecke nicht, dass sich Unternehmen, gegen die bereits wettbewerbsrechtliche Massnahmen eingeleitet worden seien, durch eine Meldung der direkten Sanktionierung zu entziehen vermöchten (WALTER A. STOFFEL, *Das revidierte Wettbewerbsgesetz: Grundzüge und Einführung des neuen Rechts - La Loi sur la concurrence révisée: fondements et introduction du nouveau droit*, in: WALTER A. STOFFEL/ROGER ZACH [Hrsg.], *Kartellgesetzrevision 2003*, Zürich 2004, S. 18; Derselbe, *Neueste Entwicklungen im schweizerischen Kartellrecht*, in: CARL BAUDENBACHER [Hrsg.], *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht*, Basel/Genf/München 2005, S. 82). Die Wettbewerbskommission folgt in ihrer Verfügung vom 8. November 2004 dieser Ansicht.

Demgegenüber stellen sich mehrere Autoren auf den Standpunkt, es könnten auch Sachverhalte Gegenstand der intertemporalrechtlichen Meldung bilden, von denen die Wettbewerbsbehörden bereits Kenntnis hätten. Andernfalls würden jene Unternehmen privilegiert, denen es bis zum Inkrafttreten des neuen Rechts gelungen sei, ihr wettbewerbsbeschränkendes Verhalten zu verheimlichen. Für diese Lösung spreche auch, dass der Gesetzgeber bewusst eine grosszügige Übergangsregelung habe schaffen wollen (eingehende Begründung dieser Auffassung bei IRENE KLAUER, *die Übergangsbestimmung im neuen Kartellgesetz: Sanktionen trotz Meldung? Sic! 2004*, S. 714 ff.; vgl. ferner FRANZ HOFFET/KLAUS NEFF, *Ausgewählte Fragen zum revidierten Kartellgesetz und zur KG-Sanktionsverordnung*, *Anwaltsrevue* gemäss revidier-

tem Kartellgesetz, *Jusletter* vom 27.9.2004, Rz. 10 und 17; PATRICK KRAUSKOPF/CORINNE PIRLOT PITTET, *La nouvelle Loi sur les cartels: un vademecum pour les entreprises, sic! 2004*, S. 248). Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen schliesst sich im angefochtenen Entscheid dieser Lehrmeinung an, ohne allerdings sämtlichen vorgebrachten Begründungselementen beizupflichten. Die Beschwerdegegnerinnen vertreten ebenfalls diese Auffassung.

Den umschriebenen Positionen liegt eine entgegengesetzte Sicht darüber zugrunde, ob die fragliche Schlussbestimmung restriktiv oder für die Unternehmen grosszügig auszulegen sei. Auch darüber, welche Wirkung einer intertemporalrechtlichen Meldung zukommen soll, das heisst, ob sie einen dauerhaften oder analog zu Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe a KG bloss einen unter dem Vorbehalt eines Widerspruchs stehenden Ausschluss von direkten Sanktionen zur Folge haben soll, vertreten die genannten Autoren unterschiedliche Ansichten. Allerdings besteht zwischen diesen Fragen kein zwingender Zusammenhang, und es sind in beiden Punkten auch differenzierte Beurteilungen denkbar. So schliesst sich denn auch das beschwerdeführende Departement nicht einfach der restriktiven Auffassung der Wettbewerbskommission an; vielmehr nimmt es eine Mittelposition ein, indem es eine Meldung von Sachverhalten, die den Wettbewerbsbehörden zwar bekannt sind, aber noch nicht Gegenstand einer Vorabklärung oder Untersuchung bilden, als zulässig erachtet.

3.3 Aus dem Wortlaut der Schlussbestimmung ergeben sich keine eindeutigen Hinweise, wie der Kreis der meldefähigen Sachverhalte zu bestimmen ist. Wie im angefochtenen Entscheid zutreffend ausgeführt wird, ist es möglich, den Begriff des Meldens (frz.: "Annoncer", ital.: "annunciare") lediglich auf unbekannte oder auf bekannte und unbekannte Tatsachen zu beziehen. Der Einwand der Beschwerdegegnerinnen, dem Wortlaut könnten keinerlei Anhaltspunkte für eine Einschränkung der Meldung auf unbekannte Sachverhalte entnommen werden, ist nicht schlüssig. Denn diese Argumentation unterstellt, dass dem Begriff der Meldung grundsätzlich der weitest mögliche Sinn beizulegen sei, was sich aber aus dem Wortlaut allein nicht ergibt.

Auch die Entstehungsgeschichte der Schlussbestimmung erlaubt keine klaren Rückschlüsse auf die Tragweite, die der Gesetzgeber der Meldung beilegen wollte. Weder in der Botschaft des Bundesrates (vgl. BBI 2001 2048) noch in der parlamentarischen Beratung, die im angefochtenen Entscheid näher dargestellt ist, wurde zur umstrittenen Auslegungsfrage Stellung genommen. Der Umstand, dass das Parlament die vom Bundesrat vorgeschlagene Übergangsfrist von sechs auf zwölf Monate erhöhte, spricht wohl dafür, dass die intertemporalrechtliche Regelung - jedenfalls in zeitlicher Hinsicht - grosszügig ausgestaltet werden sollte. Doch lässt sich daraus nicht folgern, dass auch der Begriff der Meldung möglichst weit zu verstehen ist und er sich ebenfalls auf bekannte Sachverhalte erstrecken soll. Dies gilt umso mehr, als das mit der Revision verfolgte Grund-

anliegen - die Verschärfung des Sanktionenregimes - gegen ein allzu weites Verständnis des Begriffs der Meldung spricht.

Diese Hinweise auf die Entstehung der Schlussbestimmung zeigen, dass die Ausgestaltung des Übergangsrechts von teilweise gegenläufigen Anliegen geprägt wird. Auch eine teleologische Auslegung führt daher nicht zu eindeutigen Ergebnissen, soweit sie sich an den allgemeinen - teilweise gegensätzlichen - Zielsetzungen orientiert. Ausschlaggebend ist daher allein, welche Bedeutung der Meldung im spezifischen Kontext der Schlussbestimmung, aber auch der Sanktionsnorm von Artikel 49a KG, auf welche sie Bezug nimmt, zukommt.

3.4 Die Meldung nach Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe a KG dient, wie bereits erwähnt, der Kompensierung der Unbestimmtheit, mit der das Gesetz das wettbewerbswidrige Verhalten umschreibt. Die Unternehmen können Abreden und Verhaltensweisen melden, deren wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit unsicher erscheint, um so das Risiko direkter Sanktionen auszuschalten. Die Meldung hat zu erfolgen, bevor die fragliche Wettbewerbsbeschränkung Wirkung entfaltet. Sie hat damit stets neue, bisher nicht bekannte Sachverhalte zum Gegenstand. Allerdings ist es denkbar, dass den Behörden gewisse Elemente einer neuen Wettbewerbsbeschränkung bereits aus früheren Verfahren bekannt sind, so zum Beispiel die Situation auf dem betreffenden Markt oder die marktbeherrschende Stellung eines bestimmten Unternehmens. Für diesen Fall sieht Artikel 17 SVKG eine erleichterte Meldung vor (vgl. PATRIK DUCREY, Meldung/Widerspruchsverfahren nach revidiertem Kartellgesetz [Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG], in: WALTER A. STOFFEL/ROGER ZÄCH [Hrsg.], Kartellgesetzrevision, Zürich 2004, S. 160 f.). Dies ändert aber nichts daran, dass auch in einem solchen Fall die gemeldete Wettbewerbsbeschränkung neu in den Markt eingeführt wird (LUCAS DAVID/RETO JACOBS, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 4. Aufl., Bern 2005, N. 592). Eine Meldung nach Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe a KG kann sich daher von der Konzeption des Gesetzes her nur auf neu wirksam werdende Sachverhalte beziehen. Schon bestehende Wettbewerbsbeschränkungen, insbesondere solche, die den Behörden schon bekannt oder die gar Gegenstand einer kartellrechtlichen Untersuchung sind, können dagegen nicht gemeldet werden.

Im Unterschied zur soeben erörterten Meldung bezieht sich jene im Sinne der Schlussbestimmung zur Änderung vom 20. Juni 2003 auf bereits bestehende Wettbewerbsbeschränkungen. Letztere sollen - wie die noch nicht wirksamen Verhaltensweisen - während einer gewissen Zeit mit der Wirkung gemeldet werden können, dass dafür die Verhängung direkter Sanktionen entfällt. Wie bereits dargelegt, ist die Schlussbestimmung allerdings nicht genau gleich abgefasst wie Artikel 49 Absatz 3 Buchstabe a KG. Namentlich kommt nicht nur der Meldung, sondern auch der Auflösung der fraglichen Wettbewerbsbeschränkung innert der einjährigen Frist sanktionsausschliessende Wirkung zu.

Wie die Vorinstanz ausführt, liegt es trotz der kleinen Unterschiede in der Ausgestaltung nahe, der Meldung gemäss Schlussbestimmung die gleiche Funktion einzuräumen wie jener gemäss Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe a KG. Es sollen Unternehmen, die beim Inkrafttreten des neuen Rechts ein wettbewerbsbeschränkendes Verhalten praktizieren, die Unsicherheit der Zulässigkeit dieses Verhaltens und damit das Risiko der neuen empfindlichen Sanktionen gemäss Artikel 49 Absatz 1 KG durch eine Meldung ausschalten können. Dem Instrument der Meldung kommt damit eine übergangsrechtliche Funktion zu: Es bezweckt, dem Risiko direkter Sanktionen, das für die Unternehmen mit dem Inkrafttreten des revidierten Rechts neu entsteht, Rechnung zu tragen, und bewirkt bei fristgerechter Meldung beziehungsweise Auflösung der Wettbewerbsbeschränkung - analog zu Artikel 49a Absatz 3 Buchstabe a KG - den Ausschluss der neuen Sanktionen. Entscheidend erscheint demnach, ob für die Wirtschaftssubjekte mit dem Inkrafttreten der Gesetzesrevision tatsächlich eine Unsicherheit eintritt, welche ein Korrektiv in Form der Meldemöglichkeit erfordert.

Entsprechend dieser Funktion ist der Gegenstand der Meldung gemäss Schlussbestimmung auf Sachverhalte zu beschränken, bei denen das Inkrafttreten des neuen Rechts für die Wirtschaftssubjekte zu einer Ungewissheit über das Risiko direkter Sanktionen führt. Eine solche besteht nicht bei Verhaltensweisen, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Revision bereits Gegenstand einer Vorabklärung oder Untersuchung der Wettbewerbsbehörden bilden. Denn die Wirtschaftssubjekte wissen in diesem Fall aufgrund der eingeleiteten Massnahmen, dass deren wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit zweifelhaft ist und sie bei deren Weiterführung unter dem neuen Recht das Risiko direkter Sanktionen eingehen. Sie befinden sich in einer vergleichbaren Situation, wie wenn die Behörden nach einer Meldung gemäss Artikel 49 Absatz 3 Buchstabe a KG gegen das fragliche Unternehmen innert der Widerspruchsfrist ein Verfahren eröffnen.

Die Auffassung der Vorinstanz, wonach gemäss Schlussbestimmung alle bestehenden Wettbewerbsbeschränkungen mit sanktionsausschliessender Wirkung gemeldet werden können, geht daher zu weit. Sie übersieht, dass eine übergangsrechtlich motivierte Unsicherheit bei einer bereits laufenden Vorabklärung oder Untersuchung gerade nicht eintritt. Es besteht aus diesem Grund kein Anlass, die Meldemöglichkeit auf alle schon vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts praktizierten Verhaltensweisen auszudehnen, nur weil sie damals - vor ihrer Wirksamkeit - noch nicht nach Artikel 49 Absatz 3 Buchstabe a KG gemeldet werden konnten. Eine solche Ausdehnung der Meldefähigkeit ist auch aus Gründen der Gleichbehandlung nicht geboten. Unternehmen, über deren wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen bereits eine Vorabklärung oder Untersuchung eingeleitet ist, befinden sich in einer anderen Situation als jene, bei denen keine solchen Massnahmen ergriffen wurden, da sie die kritische kartellrechtliche Zulässigkeit ihres Tuns kennen und sich daher des Risikos direkter Sank-

tionen bei dessen Weiterführung nach Ablauf der einjährigen Übergangsfrist bewusst sein müssen.

Gegen die weite Auslegung der Meldefähigkeit durch die Vorinstanz spricht ausserdem, dass die Schlussbestimmung noch eine zweite Tatbestandsvariante vorsieht, die zum Sanktionsausschluss führt, nämlich die Auflösung einer bestehenden Wettbewerbsbeschränkung. Sie würde keinen Sinn ergeben, wenn alle bestehenden Wettbewerbsbeschränkungen gemeldet werden könnten. Werden dagegen Verhaltensweisen, die schon Gegenstand einer wettbewerbsrechtlichen Vorabklärung oder Untersuchung bilden, als nicht meldefähig erachtet, so eröffnet die zweite Tatbestandsvariante den Unternehmen immerhin noch die Möglichkeit, innert einer Frist von einem Jahr ab Inkrafttreten des neuen Rechts die Wettbewerbsbeschränkung aufzulösen, um direkten Sanktionen zu entgehen. Entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerinnen kann diese Regelung nicht als unverhältnismässig bezeichnet werden. Denn ein Unternehmen, gegen das eine Vorabklärung oder Untersuchung im Gange war, konnte auch unter dem alten Recht nicht damit rechnen, das fragliche wettbewerbsbeschränkende Verhalten noch beliebig lange ausüben zu können.

3.5 Im Interesse der Rechtssicherheit bedarf der Kreis der gemäss Schlussbestimmung meldefähigen Sachverhalte einer klaren Abgrenzung. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen und die juristische Literatur (vgl. vor allem KLAUER, a.a.O., S. 715 f.) weisen auf die praktischen Schwierigkeiten hin, die sich ergäben, wenn die Meldefähigkeit von der Bekanntheit der Wettbewerbsbeschränkungen bei den Behörden (so STOFFEL, Das revidierte Wettbewerbsgesetz, a.a.O., S. 18) abhängig gemacht würde. Das beschwerdeführende Departement legt dar, dass die staatlichen Instanzen in ganz unterschiedlichen Zusammenhängen - zum Beispiel auch bei blossen Marktbeobachtungen oder Beratungen - Kenntnis von Wettbewerbsbeschränkungen erlangen können und sich diese Kenntnis unter Umständen nur auf einzelne Elemente beziehen kann. Es schlägt deshalb vor, alle Sachverhalte als meldefähig gemäss Schlussbestimmung anzuerkennen, die noch nicht Gegenstand einer Vorabklärung oder Untersuchung nach Artikel 26 ff. KG bilden.

Diese Abgrenzung anhand eines eindeutigen, formellen Kriteriums erscheint sachgerecht. Erst wenn die Wettbewerbsbehörden dem betroffenen Unternehmen die Eröffnung eines Verfahrens mitgeteilt haben, muss diesem bewusst sein, dass die Zulässigkeit des von ihm praktizierten Verhaltens im Wettbewerb zweifelhaft ist und daher unter dem neuen Recht direkte Sanktionen zur Folge haben könnte. Auch der behördliche Widerspruch gemäss Artikel 49 Absatz 3 Buchstabe a KG knüpft an die Mitteilung der Eröffnung eines kartellverwaltungsrechtlichen Verfahrens an. Der Einwand der Beschwerdegegnerinnen, der Gegenstand einer Vorabklärung oder Untersuchung könne sich im Lauf des Verfahrens ändern, lässt das Abgrenzungskriterium nicht als untauglich erscheinen: Massgeblich für die Beurteilung der Meldefähigkeit eines Sachverhalts kann nur sein, was bei der Er-

öffnung dem Unternehmen als Verfahrensgegenstand mitgeteilt wurde. Bei nachträglichen Veränderungen desselben passt sich der Kreis der meldefähigen Sachverhalte entsprechend an. Die betroffenen Unternehmen werden dadurch nicht schlechter gestellt, als wenn über die fraglichen Verhaltensweisen je ein eigenes Verfahren durchgeführt würde.

Nicht meldefähig im Sinne der Schlussbestimmung sind demnach einzig diejenigen Sachverhalte, über die bereits ein Verfahren nach Artikel 26 ff. KG eingeleitet und dessen Eröffnung dem Unternehmen mitgeteilt wurde. Alle übrigen Sachverhalte sind gemäss Schlussbestimmung meldefähig. Das bedeutet, dass auch Wettbewerbsbeschränkungen gemeldet werden können, die den Behörden zwar bekannt sind, aber nicht Gegenstand eines Verfahrens nach den erwähnten Bestimmungen bilden oder bei denen die Verfahrenseröffnung dem Unternehmen noch nicht mitgeteilt wurde.

3.6 Die Beschwerdegegnerinnen haben der Wettbewerbskommission am 7. April 2004 das Preisfestsetzungsverhalten mit ihren Grosskunden als überangerechtigten Sachverhalt gemeldet. Da die Behörden darüber bereits anfangs 2004 eine Untersuchung eingeleitet und dies den Beschwerdegegnerinnen eröffnet hatten, war der fragliche Sachverhalt nach der Schlussbestimmung im Lichte der vorstehenden Grundsätze nicht meldefähig. Der angefochtene Feststellungsentscheid, wonach das Schreiben vom 7. April 2004 eine Meldung gemäss Schlussbestimmung darstellen soll, erweist sich demnach als bundesrechtswidrig.

4. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist nach dem Gesagten gutzuheissen und der Entscheid der Rekurskommission im angefochtenen Umfang aufzuheben. Zugleich ist festzustellen, dass das Schreiben der Beschwerdegegnerinnen vom 7. April 2004 keine Meldung im Sinne der Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 darstellt.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die bundesgerichtlichen Kosten den Beschwerdegegnerinnen unter solidarischer Haftbarkeit aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 OG in Verbindung mit Art. 153 und Art. 153a OG). Dem beschwerdeführenden Departement ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 159 Abs. 2 OG). Die Sache ist zur Neuregelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen des vorinstanzlichen Verfahrens an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen zurückzuweisen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird gutgeheissen. Der Entscheid der Rekurskommission für Wettbewerbsfragen vom 18. März 2005 wird im angefochtenen Umfang aufgehoben.
2. Es wird festgestellt, dass das Schreiben der Beschwerdegegnerinnen vom 7. April 2004 keine Meldung im Sinne der Schlussbestimmung zur Änderung des Kartellgesetzes vom 20. Juni 2003 darstellt.
3. Die Gerichtsgebühr von CHF [...] wird den Beschwerdegegnerinnen unter Solidarhaft auferlegt.

4. Zur Neuregelung der Kosten- und Entschädigungs- 5. [Eröffnung]
folgen des vorinstanzlichen Verfahrens wird die Sache
an die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen
zurückgewiesen.

D *Entwicklungen* *Développements* *Sviluppi*

D 2	<i>Bibliografie</i> Bibliographie Bibliografia
-----	---

SCHWEIZ

AMSTUTZ, Marc, KELLER Stefan, REINERT Mani, "Si unus cum una...": Vom Beweismass im Kartellrecht, BR/DC 3/2005, S. 114 ff.

BAUR Martin, OTT Walter, "Positive Auswirkungen flexiblerer Ladenöffnungszeiten - auch in der Schweiz", Die Volkswirtschaft 9-2005, S. 47 ff.

BLANC Matthieu, DALLEVES Laure (Hrsg.), "Coopération et fusion d'entreprises", Cédidac, Lausanne 2005

BORER Jürg, "Kartellgesetz", Orell Füssli Verlag, Ausgabe 2005

BORER Jürg, "Zivil- und strafrechtliches Vorgehen", in: TH. GEISER et al. (Hrsg.), Schweizerisches und europäisches Kartellrecht, Basel 2005, S. 523 ff.

BRAUCLIN Christian, "Die Meldung künftiger Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 49a Abs. 3 Bst. a KG", Jusletter vom 17. Oktober 2005

BRUNNSCHWEILER Stefan, CHRISTEN Marquard, "Korrektes Verhalten bei Hausdurchsuchungen", Jusletter vom 17. Oktober 2005

DÄHLER Rolf, KRAUSKOPF Patrick, STREBEL Mario, "Aufbau und Nutzung von Marktpositionen", in: TH. GEISER et al. (Hrsg.), Schweizerisches und europäisches Kartellrecht, Basel 2005, S. 267 ff.

GEISER Thomas, KRAUSKOPF Patrick, MÜNCH Peter (Hrsg.), "Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht", Helbing & Lichtenhahn, Basel 2005

GILLIERON Philippe, "Accords de distribution et Internet", P. GILLIERON und P. LING (Hrsg.), Les accords de distribution, Lausanne 2005, p. 155 ss.

GILLIERON Philippe, LING Peter, "Les accords de distribution", Cédidac, Lausanne 2005

GUGLER Philippe, ZURKINDEN Philipp, "Internationale Bezüge des Wettbewerbsrechts", in: TH. GEISER et al. (Hrsg.), Schweizerisches und europäisches Kartellrecht, Basel 2005, S. 63 ff.

HOFFET Franz, "Unternehmenskonzentration", in: TH. GEISER et al. (Hrsg.), Schweizerisches und europäisches Kartellrecht, Basel 2005, S. 369 ff.

KRAUSKOPF Patrick, SCHALLER Olivier, BANGERTER Simon, "Verhandlungs- und Verfahrensführung vor den Wettbewerbsbehörden", in: TH. GEISER et al. (Hrsg.), Schweizerisches und europäisches Kartellrecht, Basel 2005, S. 471 ff.

LA SPADA Fabrizio, "La typologie des accords de distribution", P. GILLIERON und P. LING (Hrsg.), Les accords de distribution, Lausanne 2005, p. 3 ss.

MACH Oliver, MERKT Benoît, "Switzerland, Merger Control Worldwide", Cambridge University Press 2005, p. 1181 ff.

MARBACH Eugen, SCHINDLER Bühler Katharina, "Schiedsgerichtsbarkeit und Kartellrecht", in: TH. GEISER et al. (Hrsg.), Schweizerisches und europäisches Kartellrecht, Basel 2005, S. 575 ff.

MATHIS Marco, "Vertrieb und schweizerisches Kartellrecht - Auswirkungen der KG-Revision 2003", CH-D Wirtschaft, 54/10, Oktober 2005, S. 5 ff.

MEINHARDT Marcel, PRÜMMER Felix, "Organisation des Einkaufs", in: TH. GEISER et al. (Hrsg.), Schweizerisches und europäisches Kartellrecht, Basel 2005, S. 325 ff.

MEINHARDT Marcel, BISCHOF Judith, "Nachfragemacht nach revidiertem Kartellrecht", Jusletter vom 17. Oktober 2005

MÜNCH Peter, MAILLEFER Christoph, HUNGER Patrick, "Vertriebssysteme", in: TH. GEISER et al. (Hrsg.), Schweizerisches und europäisches Kartellrecht, Basel 2005, S. 239 ff.

RAASS Adrian, "Und Interbrand-Wettbewerb reicht doch!", Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht sic! 10/2005, S. 778 ff.

RAEMY Alain, LUDER Monique, "Horizontale oder vertikale Abrede?", Jusletter vom 17. Oktober 2005

REINERT Mani, "Preisgestaltung", in: Th. Geiser et al. (Hrsg.), Schweizerisches und europäisches Kartellrecht, Basel 2005, S. 91 ff.

RENFER Stefan, "Vom Zusammenspiel des Fernmelde-rechts mit dem revidierten Kartellrecht", Jusletter vom 17. Oktober 2005

REYMOND Philippe, "La rédaction des accords de distribution", P. GILLIERON und P. LING (Hrsg.), Les accords de distribution, Lausanne 2005, p. 33 ff.

RIHM Thomas, "Kartellrechtliche Aspekte von Vertriebsverträgen", CH-D Wirtschaft, 54/10, Oktober 2005, S. 8 ff.

ROHN Patrick, VON ARX Patrick, "Neue Wettbewerbsregeln im Automobilssektor. Auswirkungen der Bekanntmachung der Weko ... ", *sic!* 11/2005, S. 838 ff.

SCHALLER Olivier, BANGERTER Simon, "Gedanken zum Ablauf kartellrechtlicher Hausdurchsuchungen", *Aktuelle Juristische Praxis* 10/2005, S. 1221 ff.

SENN Dorothea, "Competition Law Aspects of Digital and Collective Rights Management Systems", GRABER, Ch.B. et al., *Digital Rights Management: The End of Collecting Societies?* Bern 2005

SIMON Jürg, FISCHER Roland, "Zur kartellrechtlichen Beurteilung von Nichtangriffsklauseln in Marken und Patentlizenzverträgen", *Jusletter* vom 17. Oktober 2005

SOMMER Patrick, "Praktische Verfahrensfragen bei Inanspruchnahme der Bonusregelung", *Jusletter* vom 17. Oktober 2005

STOFFEL Walter, "Kartellrecht", in: TH. GEISER et al. (Hrsg.), *Schweizerisches und europäisches Kartellrecht*, Basel 2005, S. 4 ff.

STOFFEL Walter, "Les impératifs du nouveau droit de la concurrence en matière de fusions et de coopérations d'entreprises", M. BLANC et L. DALLEVES (Hrsg.), *Coopération et fusion d'entreprise*, Lausanne 2005, p. 75 ss.

TAGMANN Christoph, ZIRLICK Beat, "Indirekte Auswirkungen der KG-Revision auf einzelne Rechtsinstitute", *Jusletter* vom 17. Oktober 2005

VENTURI Silvio, VONLANTHEN Christoph, "Les accords de distribution et droit de la concurrence", *Publication CEDIDAC 65, Les accords de distribution*, Lausanne 2005, p. 115 ss.

VENTURI Silvio, FAVRE Pascal G., "Concentration d'entreprises: Exclusion du droit de recours des tiers", *Jusletter* vom 17. Oktober 2005

VENTURI Silvio, FERRARI Phidias, "Les accords de coopération en droit des cartels", *Publication CEDIDAC 66, Coopération et fusion d'entreprises*, Lausanne 2005, p. 37 ss.

ZÄCH Roger, HEIZMANN Reto M., "Markt und Marktmacht", in: TH. GEISER et al. (Hrsg.), *Schweizerisches und europäisches Kartellrecht*, Basel 2005, S. 29 ff.

ZURKINDEN Philipp, "Gesamtarbeitsverträge und Kartellrecht", *Aktuelle Probleme des Arbeitsrechts*, Zürich 2005, S. 1 ff.

AUSLAND

ADHIKARI Ratnakar, "Efficiency Defence in Competition Law: A Small Economy Perspective", *ReguLetter* 6/1(2005), S. 15 f.

AHLBORN Christian, BAILEY D., CROSSLEY H., "An Antitrust Analysis of Tying: Position Paper", *College of Europe, GCLC Research Papers on Article 82 EC*, Bruges, Juli 2005, p. 166 ff.

ALFTER Mette, JULIET Young, "Economic Analysis of Cartels - Theory and Practice", *European Competition Law Review* 26/10(2005), p. 546 ff.

AUDY Eva, ERUTKU Can, "Price Tests to Define Markets: An Application to Wholesale Gasoline in Canada", *Journal of Industry, Competition and Trade* 5/2(2005), p. 137 ff.

BLOOM Margaret, "The U.S. and EU Move Towards Substantial Antitrust Convergence on Consumer Welfare Based Enforcement", *Antitrust* 3/19(2005), p. 18 ff.

BODRUG John, BANICEVIC Anita, "Canada Pipe: A Loyalty Discount Survives Challenge - Dominance and Loyalty Programs in Canada, the United States, and the European Union", *Antitrust* 3/19(2005), p. 12 ff.

BRONSTEEN Peter, ELZINGA Kenneth G., MILLS David E., "Price Competition and Slotting Allowances", *The Antitrust Bulletin* 50/2(2005), p. 267 ff.

BUHR Carl-Christian, OLBRICH Rainer, "Who Benefits from the Prohibition of Resale Price Maintenance in European Competition Law? - The Case of Food Retailing", *European Competition Law Review* 12/26(2005), p. 705 ff.

CAVE Martin, "Separation and Access Prices in Postal Services", *Journal of Network Industries* 2/6(2005), p. 115 ff.

COOPER James C., PAUTLER Paul A., ZYWICKI Todd J., "Theory and Practice of Competition Advocacy at the FTC", *Antitrust Law Journal* 72(2005), p. 1091 ff.

CRA International, "'Vertical arithmetic'. The use of empirical evidence in vertical mergers", *Competition Memo*, November 2005

CREIGHTON Susan A., HOFFMAN D.B., KRATTENMAKER T.G., NAGATA E.A., "Cheap Exclusion", *Antitrust Law Journal* 72(2005), p. 75 ff.

CROCIONI Pietro, "Price Squeeze and Imputation Test - Recent Developments", *European Competition Law Review* 26/10(2005), p. 558 ff.

CUI Jingsong, "The Demand for International Message Telephone Services: A Two-Stage Budgeting Model", *Review of Industrial Organization* 27/2(2005), p. 167 ff.

DASKIN Alan J., WU Lawrence, "Observations on the Multiple Dimensions of Market Power", *Antitrust* 3/19(2005), p. 53 ff.

DE BIJL Paul W.J., "Structural Separation and Access in Telecommunications Markets", *Journal of Network Industries* 2/6(2005), p. 95 ff.

DETHMERS Frances, "Collective Dominance Under EC Merger Control - After Airtours and the Introduction of Unilateral Effects ist There Still a Future for Collective Dominance? ", *European Competition Law Review* 11/2005, p. 638 ff.

DOBBS Ian, RICHARDS Paul, "Output Restriction as a Measure of Market Power", *European Competition Law Review* 26/10(2005), p. 572 ff.

FEDERICO Giulio, "When are Rebates Exclusionary?", *European Competition Law Review* 26/9(2005), p. 477 ff.

- FOELLM Reto, MEISTER Urs, "Product-Market Competition in the Water Industry: Voluntary Non-discriminatory pricing", *Journal of Industry, Competition and Trade* 5/2(2005), p. 115 ff.
- GD WETTBEWERB, "Merger Remedies Study", EU-Kommission, Brüssel, Oktober 2005
- GEOETEYN G., MAVROGHENIS S., PIERGIOVANNI M., REED E., RIDYARD D., "Predatory Pricing", College of Europe, GCLC Research Papers on Article 82 EC, Bruges, Juli 2005, p. 65 ff.
- GERADIN D., HOFER P., LOUIS Fr., PETIT N., WALKER M., "The Concept of Dominance", College of Europe, GCLC Research Papers on Article 82 EC, Bruges, Juli 2005, p. 6 ff.
- GERARD Damien, "Price Discrimination under Article 82(c) EC: Clearing up the Ambiguities", College of Europe, GCLC Research Papers on Article 82 EC, Bruges, Juli 2005, p. 105 ff.
- HANCHER Leigh, "Towards an Economic Analysis of State Aids", *European State Aid Law Quarterly* 3/2005, p. 425 ff.
- HIGGINS Richard S., JOHNSON Paul A., SULLIVAN John T., "Merger of Bertrand Competitors Can Decrease Price", *The Antitrust Bulletin* 50/2(2005), p. 285 ff.
- HILDEBRAND Doris, "Ökonomische Analyse vertikaler Vereinbarungen - Die Selbstbeurteilung", European E&M Consultance, Competition Competence Report 9/2005
- HIRSBRUNNER Simon, "Neue Entwicklungen der Europäischen Fusionskontrolle in den Jahren 2003/2004", *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 17/2005, S. 519 ff.
- HOLZNAGEL Bernd, BONNEKOH Mareike, "Voice over IP - Regulierungsbedarf und erste Lösungen", *MultiMedia und Recht MMR* 9/2005, S. 585 ff.
- HUMPE Christophe, RITTER Cyril, "Refusal to Deal", College of Europe, GCLC Research Papers on Article 82 EC, Bruges, Juli 2005, p. 134 ff.
- KARIYAWASAM, Rohan, "Defining Dominance for Bits and Bytes: a New "Layering Theory" for Interpreting Significant Market Power?", *European Competition Law Review* 26/10(2005), p. 581 ff.
- KERBER Wolfgang, VEZZOSO Simonetta, "EU Competition Policy, Vertical Restraints, and Innovation: An Analysis from an Evolutionary Perspective", *World Competition* 28/4(2005), p. 507 ff.
- KNIEPS Günter, "Telecommunications Markets in the Stranglehold of EU Regulation: On the need for a disaggregated regulatory contract", *Journal of Network Industries* 2/6(2005), p. 75 ff.
- KOKKORIS Ioannis, "Merger Simulation: A Crystal Ball for Assessing Mergers", *World Competition* 28/3(2005), p. 327 ff.
- KOKKORIS Ioannis, "Critical Loss Analysis: Critically III?", *European Competition Law Review* 26/9(2005), p. 518 ff.
- KWOKA John E. Jr., "Tje Federal Trade Commission and the Professions: A Quarter Century of Accomplishment and Some New Challenges", *Antitrust Law Journal* 72(2005), p. 997 ff.
- LOEWENTHAL Paul-John, "The Defence of "Objective Justification" in the Application of Art. 82 EC", *World Competition* 28/4(2005), p. 455 ff.
- MACDONALD Ian A., MERILUOTO Laura, "Efficient usage and access pricing in telephone networks", *International Journal of Industrial Organization* 23(2005), p. 615 ff.
- McAFEE Preston, "L'utilistaion abusive du droit de la concurrence à des fins stratégiques", *Revue de la Concurrence et de la Consommation* No 143, 2005, p. 7 ss.
- McAFEE R. Preston, MIALON Hugo M., MIALON Sue H., "Private Antitrust Litigation: Procompetitive or Anti-competitive?", Working Paper, Juni 2005
- MONDET Christian, "Le jeu du stratège face à l'incertitude et à l'évolution du droit de la concurrence", *Revue de la Concurrence et de la Consommation* No 143, 2005, p. 5 ss.
- MÜLLER Christoph, "Internationaler Güterverkehr im Wettbewerb", *Internationales Verkehrswesen* (57) 11/2005, S. 507 ff.
- PACHL Jörg, "Integration und Wettbewerb sind möglich", *Internationales Verkehrswesen* (57) 11/2005, S. 510 ff.
- PADILLA Jorge, SLATER D., "Rebates as an Abuse of Dominance under Article 82", College of Europe, GCLC Research Papers on Article 82 EC, Bruges, Juli 2005, p. 84 ff.
- RIDYARD Derek, "With the Benefit of Hindsight - the 2000 UK Impulse Cream Investigation", *European Competition Law Review* 26/10(2005), p. 533 ff.
- RITTER Cyril, "Refusal to Deal and "Essential Facilities": Does Intellectual Property Require Special Deference Compared to Tangible Property?", *World Competition* 28/3(2005), p. 281 ff.
- TAY-CHENG Ma, "The Collusive Equilibrium in a Quantity-Setting Supergame: An Application to Taiwan's Flour Industry", *Review of Industrial Organization* 27/2(2005), p. 107 ff.
- TEMPLE LANG John, O'DONOGHUE R., "The Concept of Exclusionary Abuse under Article 82 EC", College of Europe, GCLC Research Papers on Article 82 EC, Bruges, Juli 2005, p. 38 ff.
- THOMAS Charles J., "Using Reserve Prices to Deter Collusion in Procurement Competition", *The Journal of Industrial Economics* LIII/3(2005), p. 301 ff.
- WANG Hao, "Retailer Heterogeneity, Intra-Brand Competition and Social Welfare", *Journal of Industry, Competition and Trade* 5/2(2005), p. 87 ff.

WERDEN Gregory J., "Measuring the Harm Caused by Cartels and Assessing the Benefits of Competition Enforcement", OECD, May 2005 (DAF/COMP/WP3/RD (2005)4

WHITE Lawrence J., "Market Definition in Monopolization Cases: A Paradigm Is Missing", *Issues in Competition Law and Policy* (forthcoming 2005)

WICKELGREN Abraham L., "Managerial Incentives and the Price Effect of Mergers", *The Journal of Industrial Economics* LIII/3(2005), p. 327 ff.

WILLIAMSON Oliver E., "The Economics of Governance", *AEA Papers and Proceedings* 95/2(2005), p. 1 ff.

Ziss Steffen, "Horizontal Mergers and Successive Oligopoly", *Journal of Industry, Competition and Trade* 5/2(2005), p. 99 ff.

E Diverses

Divers

Diversi

E 2	Gutachten Avis Pareri
E 2	1. Swisscom Broadcast AG

Gutachten der Wettbewerbskommission vom 17. Oktober 2005 im Sinne von Artikel 5 Absatz 4 Preisüberwachungsgesetz (PüG; SR 942.20) zuhanden des Bundesamtes für Kommunikation in Sachen Swisscom Broadcast AG betreffend Marktstellung und wirksamer Wettbewerb (Art. 2 und 12 PüG).

A Sachverhalt

1. Das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) hat die Wettbewerbskommission (Weko) mit Schreiben vom 9. März 2005 zu einer Stellungnahme im Sinne von Artikel 5 Absatz 4 des Preisüberwachungsgesetzes (PüG; SR 942.20) zur Frage der Marktmacht (Art. 2 PüG) von Swisscom Broadcast AG (nachfolgend SBAG) und zur Wirksamkeit des Wettbewerbs (Art. 12 PüG) in Bezug auf Telehousing-Dienstleistungen im Radiobereich aufgefordert. Telehousing-Dienstleistungen bieten die Möglichkeit, Senderstandorte zu benutzen.

2. Aufgrund des Auskunftsbegehrens vom 10. August 2005 seitens des Sekretariats der Weko, hat das BAKOM am 18. August 2005 sein Schreiben vom 9. März 2005 präzisiert. Im Schreiben vom 19. August 2005 hat das BAKOM die Weko beauftragt, die "Marktmacht der SBAG hinsichtlich des Betriebs von Senderstationen für die UKW-Verbreitung von lokalen Privatradioprogrammen" zu beurteilen.

3. Gegenstand der Beurteilung vom BAKOM ist die aktuelle Preispolitik von SBAG für die Mieten ihrer Senderstandorte durch Privatradios. Der Preisüberwacher hat diesbezüglich Stellung genommen und ist der Meinung, dass die SBAG für die Miete ihrer Senderstandorte überhöhte Preise verlangt.

4. Die SBAG, Eigentümerin in der Schweiz von 251 der 399 Senderstandorte für die UKW-Verbreitung, vermietet der SRG und den privaten Lokal- und Regionalradios (nachfolgend Privatradios) ihre Senderstandorte. Sie ist eine 100%-Tochtergesellschaft von Swisscom AG.

B Beurteilung

B.1 Massnahmen bei anderen bundesrechtlichen Preisüberwachungen

5. Werden verabredete Preise oder Preise eines marktmächtigen Unternehmens bereits aufgrund an-

derer bundesrechtlicher Vorschriften überwacht, so beurteilt sie die zuständige Behörde (im vorliegenden Fall das BAKOM) anstelle des Preisüberwachers (vgl. Art. 15 Abs. 1 PüG).

6. Die Behörde richtet sich dabei nach dem PüG, soweit dies mit den Zielen ihrer Überwachung vereinbar ist (vgl. Art. 15 Abs. 2 PüG).

7. Die Behörde orientiert den Preisüberwacher über die von ihr vorzunehmenden Preisbeurteilungen. Der Preisüberwacher kann beantragen, auf eine Preiserhöhung ganz oder teilweise zu verzichten oder einen missbräuchlich beibehaltenen Preis zu senken (vgl. Art. 15 Abs. 2^{bis} PüG).

8. Die Behörde führt die Stellungnahme des Preisüberwachers in ihrem Entscheid an. Folgt sie ihr nicht, so begründet sie dies (vgl. Art. 15 Abs. 2^{ter} PüG).

9. Wenn folglich Fragen des persönlichen Geltungsbereichs (Art. 2 PüG) und des wirksamen Wettbewerbs (Art. 12 PüG) zu beurteilen sind, hat die zuständige Behörde (im vorliegenden Fall das BAKOM) die Weko zu konsultieren, bevor sie eine Verfügung trifft (vgl. Art. 5 Abs. 4 PüG). Die Prüfung der Weko hat sich also auf die Frage zu beschränken, ob die SBAG im betroffenen Bereich ein marktmächtiges Unternehmen im Sinne von Artikel 2 PüG ist und ob die von ihr gesetzten Preise für die Miete ihrer Senderstationen das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs im Sinne von Artikel 12 PüG sind.

B.2 Unterstellung unter das Preisüberwachungsgesetz (PüG)

10. Das PüG gilt für Wettbewerbsabreden im Sinne des Bundesgesetzes über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 6. Oktober 1995 (Kartellgesetz, KG; SR 251) und für marktmächtige Unternehmen des privaten und des öffentlichen Rechts (vgl. Art. 2 PüG). Der Begriff der Marktmacht wird im PüG nicht definiert. Er findet sich aber in Artikel 2 Absatz 1 KG wieder, wobei sich die Frage stellt, ob dem Marktmachtbegriff in den beiden Gesetzen die gleiche Bedeutung zukommt. Die Weko hat sich mit dieser Problematik bereits im Rahmen anderer Gutachten befasst (vgl. RPW 2004/4, S.1277 [Cablecom]).

11. Nach kartellrechtlichem Verständnis ist Marktmacht zwischen dem normalen Markteinfluss und der

Marktbeherrschung im Sinne von Artikel 4 Absatz 2 KG zu situieren (ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 215; SCHMIDHAUSER, in HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY, Kommentar zum schweizerischen Kartellrecht, Zürich 1997, Rz. 20 zu Art. 2). Konkret wird damit der Zustand umschrieben, bei dem ein Unternehmen dem Wettbewerb in ungenügender Masse ausgesetzt ist, ohne sich deswegen auf dem Markt unabhängig verhalten zu können (SCHMIDHAUSER, in HOMBURGER/SCHMIDHAUSER/HOFFET/DUCREY, Kommentar zum schweizerischen Kartellrecht, Zürich 1997, Rz. 74 zu Art. 4).

12. Als marktbeherrschend gemäss Artikel 4 Absatz 2 KG gelten demgegenüber einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Das Vorliegen von Marktmacht - verstanden als massgeblicher Markteinfluss - wird in der Regel ohne weiteres angenommen (ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, Bern 1999, Rz. 215).

13. Die Rekurskommission für Wettbewerbsfragen (REKO/WEF) hat in ihrem Entscheid GB /2001-1 gegen ACTV SA festgehalten, dass die Begriffe Marktmacht im Preisüberwachungsgesetz und im Kartellgesetz grundsätzlich gleichzusetzen sind (*Les entreprises puissantes sur le marché qui relèvent du droit public ou du droit privé ont donc le même sens que dans la LCart, partant, elles doivent être interprétées de la même manière que dans cette loi*). Sie verweist im genannten Entscheid hingegen nicht auf Artikel 2 KG, sondern vielmehr auf Artikel 4 KG und somit auf die Umschreibung des Begriffs der Marktbeherrschung. Gleichzeitig äussert sich die REKO/WEF aber dahingehend, dass das Preisüberwachungsgesetz auch auf Unternehmen, deren Marktstellung unterhalb der Marktbeherrschung (im Sinne von Art. 4 KG) anzusiedeln ist, Anwendung findet (*La LSPr s'applique aux entreprises puissantes sur le marché, soit aux entreprises qui ont une position de force se situant en deçà de la position dominante définie à l'article 4 alinéa 2 LCart*).

14. Das Bundesgericht hat im Entscheid in Sachen ACTV SA vom 14. Juni 2004 (Urteil 2A.306/2003 Ieb) die Argumentation der Vorinstanzen in dieser Frage nicht beanstandet.

15. Eine Unterstellung von SBAG unter das Preisüberwachungsgesetz (PüG) setzt voraus, dass SBAG auf dem relevanten Markt über Marktmacht im Sinne von Artikel 2 PüG verfügt.

16. Um beurteilen zu können, ob die SBAG in Bezug auf ihre Preispolitik marktmächtig ist, ist deren Marktstellung zu analysieren. Diese Beurteilung setzt die Abgrenzung der relevanten Märkte voraus. In einem zweiten Schritt gilt es dann zu überprüfen, ob auf dem betroffenen Markt wirksamer Wettbewerb besteht.

B.3 Relevanter Markt

17. Der relevante Markt hat eine sachliche und eine räumliche Dimension. Der sachliche Markt umfasst

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

18. Gegenstand der Anfrage des BAKOM sind die Preise, welche SBAG "hinsichtlich des Betriebs von Senderstandorten für die UKW-Verbreitung von lokalen Privatradioprogrammen" (Mietpreise für ihre Senderstandorte) verlangt. Deshalb werden als Marktgegenseite ausschliesslich die Privatradiostationen berücksichtigt.

19. Es muss demnach bestimmt werden, welche Leistungen von der Marktgegenseite, im vorliegenden Fall der Privatradiostationen, als substituierbar für die UKW-Verbreitungsinfrastruktur der SBAG angesehen werden.

B.3.1 Sachlich relevanter Markt

20. In einem ersten Schritt müssen die Verbreitungsmöglichkeiten für Radioprogramme und die dafür benötigte Infrastruktur definiert werden. Anschliessend gilt zu bestimmen, welche und ob überhaupt diese Leistungen von der Marktgegenseite, den Privatradios, als Substitute in Frage kommen.

B.3.1.a Verbreitungsformen von Radioprogrammen

21. Radioprogramme können heutzutage drahtlos terrestrisch, über Satellit, Kabel oder Internet verbreitet werden. Im Vergleich zu den übrigen Massenmedien Presse und Fernsehen zeichnet sich das Radio durch die Schnelligkeit der Informationsvermittlung, die relative Anspruchslosigkeit des Konsums (Radiohören erfordert keine erhöhte Konzentration, weshalb das Radio gemeinhin als ideales Begleitmedium gilt) und vor allem durch die Ubiquität des Empfangs aus: Radio kann sowohl an einem gewissen Ort, aber ohne Anbindung an ein Leitungsnetz (portabel, vgl. Ziff. 38), wie auch mobil (unterwegs, vgl. Ziff. 43) empfangen werden.¹

22. Zur Beantwortung der Frage nach dem sachlich relevanten Markt muss deshalb bestimmt werden, ob diese verschiedenen Formen für die Verbreitung von Radioprogrammen aus Sicht der Marktgegenseite, das heisst den Privatradiostationen, austauschbar sind.

¹ Vgl. Schreiben vom BAKOM vom 18. August 2005, Seite 1.

B.3.1.a.1 Drahtlos terrestrische Verbreitung von Radioprogrammen

23. Vorab ist bei dieser Übertragungsform zwischen der analog drahtlos terrestrischen Verbreitung und der digital drahtlos terrestrischen Verbreitung zu unterscheiden.

24. Zur *analog* drahtlos terrestrischen Verbreitung von Radioprogrammen gehört die Ultrakurz- (UKW), Mittel-, Kurz- und Langwelle. Während die Schweiz aufgrund der derzeitigen internationalen Fernmeldeabkommen über keine Lang- und Kurzwellenpositionen (mehr) verfügt, stehen ihr lediglich fünf Mittelwellenfrequenzen zu, von denen heute drei genutzt werden, um drei Programme zu übertragen. Demnach stellt die Mittelwelle auch kein taugliches Substitut dar, um eine vielfältige öffentlich-rechtliche und private Radiolandschaft in der Schweiz, wie sie von Artikel 93 Absatz 2 der Bundesverfassung (BV) und Artikel 3 Absatz 1 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 1991 über Radio und Fernsehen (RTVG) gefordert wird, abzubilden. Nach dem zweiten Weltkrieg hat sich weltweit die UKW als wichtigste Übertragungsform für Hörfunkprogramme durchgesetzt.²

25. Schweizerische Radioprogramme werden aufgrund einer Veranstalterkonzession, die vom Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) erteilt werden, verbreitet.³ Die Konzession⁴ bezüglich der Verbreitung von Radioprogrammen regelt die Einzelheiten der Verbreitung sowie legt die Verbreitungseinrichtung fest (Verbreitungsgebiet, Frequenzen, Senderstandorte und Abstrahlungscharakteristika⁵). Schweizer Radios strahlen also ihre Programme gemäss der *UKW-Sendernetzplanung*, die das UVEK nach Massgabe der bundesrätlichen Weisungen erteilt hat, aus.⁶

26. Das in analoger Weise genutzte UKW-Frequenzband ist heute sehr dicht belegt. In Zukunft dürfte der analoge UKW-Hörfunk durch eine digitale Verbreitungsform ersetzt werden.⁷

27. Die *digitale* drahtlos terrestrische Verbreitung von Radioprogrammen wird Terrestrial Digital Audio Broadcasting (T-DAB) genannt. Digitalisierung bedeutet grundsätzlich nichts anderes als die Übersetzung von Informationen in das binäre System von Einsen und Nullen, wobei die Natur der Information (Text, Audio- oder Videoquelle, Individual- oder Massenkommunikation) unerheblich ist. Durch die Digitalisierung entsteht ein komprimiertes Signal, welches nur einen Bruchteil der Frequenzkapazität beansprucht, welches für die Übertragung eines analogen Programms erforderlich wäre. Deshalb können auf einem Frequenzblock (einer Frequenz) nicht nur ein, sondern gleich mehrere Programme sowie Datendienste als Datenpaket ("Ensemble") verbreitet werden. Der Ort, wo die von den verschiedenen Anbietern herangeführten, digitalisierten Informationen zusammengefasst werden, ist der so genannte Multiplex. Letzterer, als gewöhnlicher Computer vorstellbar, verschachtelt die einzelnen Signale und formt daraus ein Datenpaket, das anschliessend der Verbreitung zugeführt wird. Die Rückwandlung (Decodierung) des verschach-

telten und komprimierten Datenstromes in einzelne Programme und Daten erfolgt schliesslich mittels eines Decoders (beim Fernsehen wäre dies eine Set-Top-Box), der am Empfangsgerät des Konsumenten zuhause angeschlossen ist (oder bereits im Endgerät integriert ist), beziehungsweise in speziell für den digitalen Radioempfang hergestellten DAB-Geräten.⁸

28. Im Juli 1995 trafen sich in Wiesbaden Vertreter von 35 Ländern der Konferenz der Europäischen Post- und Telekommunikationsverwaltungen (CEPT), um erstmals die Verteilung der terrestrischen Frequenzen für das digitale Radio zu koordinieren. Am 21. Juli 1995 konnte ein Frequenzplan für ganz Europa unterzeichnet werden. Der Bundesrat erteilte im Februar 1999 der SRG das Recht und die Pflicht, die DAB-Technologie einzuführen.⁹

29. Die SRG (heutzutage in der Schweiz noch die einzige Anbieterin von digitalem Radio) bietet gegenwärtig (seit Oktober 1999) in Teilen der Deutschschweiz 11 und in der Romandie zehn digitale Radioprogramme an. Nach und nach folgen die anderen Regionen und bis im Jahre 2010 soll DAB in der ganzen Schweiz empfangbar sein.¹⁰

30. Im Juni 2002 wurde anlässlich der Konferenz von Maastricht eine weitere DAB-Bedeckung vergeben. Im Rahmen dieser Verhandlung erhielt die Schweiz 17 Allotments (gebietsbezogene Frequenzverteilung) im L-Band,¹¹ welches eher für die Versorgung von kleinräumigen Gebieten gedacht ist (für Privatradios), zugeteilt. Somit sind die frequenztechnischen Möglichkeiten für die Einführung des digitalen Radios für Private Veranstalter gegeben. Die digitalen Verbreitungsmöglichkeiten im L-Band werden allerdings heutzutage kaum genutzt. Der Grund liegt darin, dass für die DAB-Netze eine neue Sender-Infrastruktur aufgebaut werden muss, die sich erst als rentabel er-

² Vgl. Schreiben vom BAKOM vom 18. August 2005, Seite 1 f.

³ Vgl. Art. 10 RTVG und Art. 1 Abs. 1 Radio- und Fernsehverordnung (RTVV).

⁴ http://www.bakom.admin.ch/de/radio_tv/stationen/markt/radio_lokal/index.html: Tabelle aller Privatradios durch UKW-Verbreitung und deren Konzession/Netzbescrieb.

⁵ http://www.bakom.admin.ch/imperia/md/content/deutsch/radiotv2/srgsriedeesuisse/Konz_srg_d_0603.pdf: Konzession für die SRG.

⁶ Vgl. Art. 20a Abs. 2 RTVG und Art. 3 Abs. 1 Bst. d RTVV und http://www.bakom.ch/de/radio_tv/dvb/dab/index.html.

⁷ Vgl. Art. 8 RTVG und "Weisungen für die UKW-Sendernetzplanung" Art. 1.

⁸ Vgl. Schreiben vom BAKOM vom 18. August 2005, Seite 2.

⁹ http://www.bakom.ch/de/radio_tv/dvb/technik/index.html.

¹⁰ http://www.bakom.ch/de/radio_tv/dvb/dab/index.html.

¹¹ http://www.bakom.ch/de/radio_tv/dvb/dab/index.html und Schreiben des BAKOM vom 18. August, Seite 2.

¹² 1.452-1.492 GHz.

weisen wird, wenn sich die Investitionskosten durch Werbeeinnahmen wieder einspielen lassen. Dies ist jedoch zurzeit nicht der Fall, da die Marktdurchdringung von DAB derzeit noch sehr bescheiden ist. Technische Restriktionen und der relativ kleinzellige Aufbau der Bedeckungen im L-Band machen letztere für mögliche Anbieter neuer überregional orientierter Radioprogramme wenig attraktiv.¹²

31. Ein weiteres Problem sind die tiefen Verkaufszahlen von DAB-Empfangsgeräten für die erfolgreiche Einführung dieser neuen Technologie. Die Palette erhältlicher Empfangsgeräte ist jedoch merklich breiter geworden, sowie die Preise für die DAB-Empfänger konstant gesunken.¹³

32. Rein technisch gesehen beträgt die Bevölkerungsabdeckung für DAB über 55%. Die Anzahl digitaler Empfänger, die heute in der Schweiz im Umlauf sind, wird aber auf lediglich 4'000-5'000 geschätzt.¹⁴

33. Heutzutage ist unter anderem die fehlende Mobilität (genaue Definition folgt unter Ziff. 43) des terrestrischen Digitalradios ein weiterer Nachteil: Für den Radioempfang müssen erstens spezielle DAB-Geräte angeschafft werden, die im Handel sowohl für den Hausgebrauch als auch für das Auto bereits erhältlich sind, allerdings liegen die Preise noch immer über den herkömmlichen Analog-Geräten. Zweitens hat die Automobilindustrie bislang zugewartet, um DAB-Radios als Standardausrüstung anzubieten.¹⁵

34. Die Fachwelt ist sich einig, dass obwohl digitale Übertragungsformen bereits seit längerem bestehen, UKW noch mindestens während der **kommenden 15 Jahren** die wichtigste Verbreitungsart darstellen wird.¹⁶

35. Tatsache ist, dass **im heutigen Zeitpunkt** für die digitale Verbreitung beziehungsweise dem digitalen Empfang von Radioprogrammen in der Schweiz eine Zurückhaltung wahrzunehmen ist. Es zeigen sich jedoch für die Zukunft eindeutige Trends, diese anfängliche Zurückhaltung gegenüber der DAB-Technologie abzulegen. DAB ist folglich im heutigen Zeitpunkt kein vollständiges Substitut für die Verbreitung von Radioprogrammen über UKW.

B.3.1.a.2 Verbreitung von Radioprogrammen über Kabel oder Internet

36. Obwohl der Verkabelungs-, sowie der Internetzusagegrad in der Schweiz auf sehr hohem Niveau ist, ist die Verbreitung über Kabel und Internet nach Auffassung der Weko aus folgenden Gründen nicht mit der UKW-Verbreitung substituierbar:

37. Aufgrund vorherrschender Publikumsgewohnheiten ist ein entscheidender Vorteil des Radiokonsums durch die drahtlos-terrestrische Verbreitung gegenüber der Verbreitungsform durch Kabel oder Internet deren **Portabilität und Mobilität**.

38. Als **portabler** Empfang wird der Empfang von Rundfunksignalen zu Fuss mittels tragbarer, frei beweglicher Empfangsgeräte, das heisst ohne Anbindung an ein Leitungsnetz (Kofferradio, Walkman etc.) bezeichnet.¹⁷ Die Nutzungsgewohnheiten der Radio-

konsumenten zeigen im Schlussbericht der Experten-Gruppe UKW 2001,¹⁸ dass UKW-Radioempfang mittels kleiner tragbarer Endgeräte ("Henkelware") mit Abstand an erster Stelle stehen. 2/3 des Radiokonsums werden im Gebäudeinnern - zuhause oder am Arbeitsplatz - mit tragbaren Geräten genossen. Der Radioempfang über Henkelware stellt damit die mit Abstand wichtigste Empfangsart dar.¹⁹

39. Es ist jedoch denkbar, Internetradio drahtlos (Wireless Local Loops, WLAN etc.) zu konsumieren. Die örtlich sehr begrenzte Verfügbarkeit derartiger Zugangsmöglichkeiten spricht jedoch gegen eine Substituierbarkeit durch diese Option.²⁰

40. Ein Indiz für den heutzutage geringen Radiokonsum im Internet zeigt die diesjährige ARD/ZDF-Studie aus Deutschland.

in %	2003	2004	2005
Abruf von Audiodateien	37	29	29
Abruf von Videodateien	29	23	18
Live-Radionutzung im Internet	18	16	17
Abruf von Radiosendungen	11	10	12
Nutzung von Video-Liveübertragungen	15	11	10
Abruf von Fernsehsendungen	11	7	9
Live-Fernsehnutzung im Internet	6	5	7

Basis: Onlinenutzer ab 14 Jahre in Deutschland (2005: 1 075, 2004: n=1 002, 2003: n=1 046).

Quellen: ARD/ZDF-Online-Studien 2003-2005.

41. Die Live-Radionutzung ab dem Internet zeigt konstante Werte an (16% auf 17%, d.h. 17% aller Internetnutzer haben bereits einmal über das Internet Radio gehört). Vergleicht man jedoch die Anzahl der Internet-Radiohörer mit der Anzahl Konsumenten, die Radio auf "klassischen" Empfangswegen hören, ist der Radiokonsum ab dem Internet relativ gering: 2% aller Onliner in Deutschland hören **täglich** über das Internet Radio, das heisst 0,75 Mio. von ungefähr 51,5 Mio. "klassischen" Radiohörern.²¹

¹² http://www.bakom.ch/de/radio_tv/dvb/dab/index.html.
¹³ http://www.bakom.ch/de/radio_tv/dvb/dab/index.html.
¹⁴ Vgl. Schreiben des BAKOM vom 18. August 2005, Seite 2.
¹⁵ http://www.bakom.ch/de/radio_tv/dvb/technik/index.html und http://www.bakom.ch/de/radio_tv/dvb/dab/index.html, Seite 11.
¹⁶ http://www.bakom.admin.ch/imperia/md/content/deutsch/radioty2/ukw_2001/1.pdf und Schreiben des BAKOM vom 18. August 2005, Seite 2.
¹⁷ http://www.bakom.ch/de/radio_tv/dvb/begriffe/index.html.
¹⁸ http://www.bakom.admin.ch/imperia/md/content/deutsch/radioty2/ukw_2001/1.pdf, Pkt. 4.8.2, Seite 32 ff.
¹⁹ Vgl. Schreiben des BAKOM vom 18. August 2005, Seite 2.
²⁰ Vgl. Schreiben des BAKOM vom 18. August 2005, Seite 2.
²¹ <http://www.daserste.de/service/ardonl05.pdf>, Seite 374 f.

42. Das Ergebnis der letztjährigen Studie führt unter anderem als zentrales Argument für den geringen Radiokonsum ab Internet hauptsächlich das Desinteresse am Abruf von Radiosendungen ab Internet an. Hinzu kommen unter anderem auch noch Probleme wie unbrauchbare Qualität oder unzumutbare Ladezeiten.²² Es besteht zudem die Vermutung für den geringen Radiokonsum ab Internet, dass die fehlende Portabilität des Radiokonsum in dieser Form möglicherweise ein Argument dafür sein *könnte*.

43. Als *mobiler* Empfang wird beim Rundfunk der Empfang von digitalen Radio- oder Fernsehsignalen bei "Reise"-Geschwindigkeiten zwischen 10km/h und 150km/h bezeichnet.²³ Dieser weitere Vorteil der drahtlos-terrestrischen Verbreitung von Radioprogrammen erlaubt, letztere unterwegs zu konsumieren.

44. Im Schlussbericht UKW 2001 zeigte sich wie unter Ziffer 38 schon dargelegt, dass hauptsächlich über portable Geräte Radio konsumiert wird. Die mobile Nutzung im Auto ist im Vergleich ein kleines, aber dennoch wichtiges Segment der allgemeinen Radionutzung.²⁴

45. Obwohl diese Studie schon einige Jahre zurückliegt, ist zu vermuten, dass der Radiokonsum im Auto heutzutage weiterhin ein wichtiges Segment der allgemeinen Radionutzung verbleibt.

46. Diesbezüglich *könnte* Radiocontrol ein mögliches Indiz für die Wichtigkeit der mobilen Nutzung beim Radiokonsum sein. Der Kern von Radiocontrol ist eine Armbanduhr, welche die gehörten Programme speichert. Ein eingebautes Mikrofon zeichnet während vier Sekunden pro Minute Töne auf. Ein Teil der hohen, der mittleren und der tiefen Töne wird dabei in eine Zahlenreihe umgewandelt. Verschiedene Messstationen erstellen für alle Radiosender, die in der Schweiz empfangen werden können, die gleichen Zahlenreihen. Diese werden dann mit den Zahlenreihen aus der Radiocontrol-Uhr verglichen.²⁵ So kann festgestellt werden, welche Radioprogramme wann gehört wurden. Eine Reichweite von y% für Radio x, bedeutet also, dass y% aller Personen in der Stichprobe innerhalb einer definierten Zeiteinheit mindestens 1 Minute lang Radio X gehört haben.²⁶

47. Die folgende Grafik stellt die Minutenreichweiten in der Schweiz während eines Tages für die Deutschschweiz dar (für die Romandie und den Tessin sehen die Grafiken ähnlich aus).

Verfügbare Gerätearten (mindestens ein Gerät in Betrieb in der Bevölkerung ab 15 Jahren)				
Geräteart	zu Hause		ausser Haus	
	Deutschschweiz	Romandie	Deutschschweiz	Romandie
Radio in HiFi-Anlage	78%	75%	10%	7%
tragbares Radiogerät (nicht Walkman)	58%	48%	10%	6%
Radio-Wecker	56%	50%	5%	6%
Walkman/Diskman mit Radio	27%	29%	3%	6%
Autoradio			77%	79%
Internet	33%	25%		

Quelle: Medienstudien der SRG SSR 2000

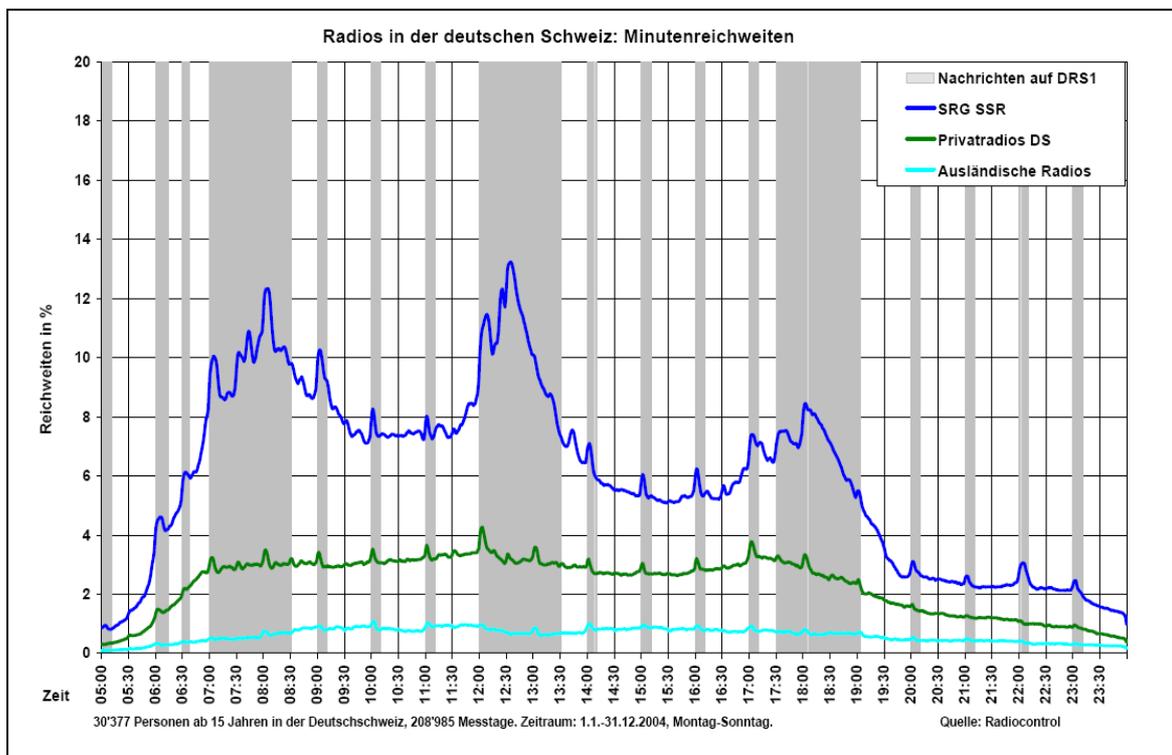
²² <http://www.daserste.de/service/ardon104.pdf>, Seite 366 f.

²³ http://www.bakom.ch/de/radio_tv/dvb/begriffe/index.html.

²⁴ http://www.bakom.admin.ch/imperia/md/content/deutsch/radioty2/ukw_2001/1.pdf, Pkt. 4.8.2, Seite 33.

²⁵ http://www.radiocontrol.ch/deutsch/tn_radiocontrol.html.

²⁶ <http://www.forschungsdienst.ch/d/radiocontrol.htm>.



48. Bei den Tagesverlaufskurven wird deutlich, wie wichtig Informationssendungen für die Radiohörerschaft sind (siehe Kurvenanstieg). Am Nachmittag und vor allem zwischen 17 und 19 Uhr wird wesentlich mehr Radio gehört als man früher aufgrund der Befragungsinstrumente angenommen hat.²⁷ Das Radio spielt folglich im Leben der meisten Schweizer und Schweizerinnen als Begleit- und Informationsmedium eine wichtige Rolle.²⁸ Diese Tatsache *könnte* für die Frage, warum die Radiohörerschaft einen Vorteil in der Mobilität des Radiokonsums sieht, als Indiz dienen. Zu den Tageszeiten der Informationssendungen befindet sich ein gewisser Teil der Hörerschaft unterwegs auf dem Weg zur/von der Arbeit.

49. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass im heutigen Zeitpunkt Publikumsgewohnheiten wie die Portabilität und Mobilität einen wichtigen Vorteil für den Radiokonsum durch UKW bilden. Die Verbreitung von Radioprogrammen über *Kabel oder Internet sind folglich keine vollständigen Substitute für die UKW-Verbreitung.*

B.3.1.a.3 Verbreitung von Radioprogrammen über Satellit

50. Je nach Lage der Liegenschaft ist der Satelliten-Empfang technisch unmöglich oder stark eingeschränkt: Die Empfangsform erfordert einen höheren Antennenaufwand und ist erst noch nicht überall gewährleistet, da dies einen direkten Sichtkontakt zum angepeilten Satelliten bedingt, was gerade in dicht überbauten Gebieten (tiefe Häuserschluchten) und topografisch kupertem Gelände (Täler, Tunnels etc) nicht möglich ist.²⁹

51. Der Parabolspiegel muss beispielsweise zwingend nach Süden ausgerichtet sein, und es dürfen weder Bäume noch ein Dachvorsprung oder andere Bauten

oder natürliche Hindernisse die Sicht beeinträchtigen. Dies erfordert, dass bei Mietwohnungen ohne Balkon mit Südausrichtung der Parabolspiegel auf dem Dach oder an der südlichen Aussenwand der Liegenschaft befestigt werden muss. Dazu ist gemäss Artikel 260a Obligationenrecht (OR) das Einverständnis der Hauseigentümerschaft einzuholen, so dass neben den technischen auch mietrechtliche Hindernisse bestehen. Zum Teil bestehen überdies mietvertragliche Beschränkungen für die Nutzung von Satellitenempfang. Auf dem Balkon bildet der Parabolspiegel ein Hindernis und auch ästhetische Gründe können möglicherweise gegen die Installation sprechen. Gestützt auf Artikel 53 des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen vom 21. Juni 1991 (RTVG; SR 784.40) können Kantone in bestimmten Gebieten das Errichten von Aussenantennen verbieten, wenn dies für den Schutz bedeutender Orts- und Landschaftsbilder, von geschichtlichen Stätten oder von Natur- und Kunstdenkmälern notwendig ist. Zu den mietrechtlichen Einschränkungen treten demnach auch baurechtliche hinzu.³⁰

²⁷ http://www.radiocontrol.ch/deutsch/re_kumuliertedaten.html.

²⁸ http://www.radiocontrol.ch/pdf/2004/d/RC_2003_CH.pdf (Medienkonferenz des Forschungsdienstes der SRG SSR idée suisse vom 16.4.2004 in Bern).

²⁹ Vgl. Schreiben des BAKOM vom 18. August 2005, Seite 2.

³⁰ Vgl. RPV 2004/4, Seite 1282, Ziff. 24.

52. Der Wechsel vom UKW- auf den Satellitenempfang erfordert zudem den Kauf der entsprechenden Infrastruktur. Der Parabolspiegel muss von Zeit zu Zeit neu ausgerichtet, gewartet und gereinigt werden. Frequenzänderungen oder Veränderungen der Kanalbelegungen müssen selbst vorgenommen werden.³¹

53. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Empfang von Radioprogrammen ab Satellit kein vollständiges Substitut für den terrestrischen UKW-Hörfunk ist. Ebenso sind heutzutage nur sehr wenige private Hörfunkveranstalter aktiv: Lokale oder regionale private Radiostationen, die in ihren Sendebereichen oft Marktführer sind, sehen keine Wirtschaftlichkeit in einer sehr teuren europaweiten Ausstrahlung.³²

B.3.1.a.4 Ergebnis

54. Zum heutigen Zeitpunkt ist die *drahtlos-terrestrische Verbreitung von Radioprogrammen, konkret die Verbreitung von Radioprogrammen durch UKW die vorherrschende Verbreitungsart*. Im heutigen Zeitpunkt gibt es demzufolge für die Verbreitung von Radioprogrammen *über UKW kein vollständiges Substitut*.

55. Radiostationen benötigen für die Verbreitung ihrer Radioprogramme *durch UKW* geeignete Senderstandorte, was im folgenden Abschnitt diskutiert wird.

B.3.1.b Senderstandorte für die UKW-Verbreitung von Radioprogrammen in der Schweiz

56. Aus technischer Sicht kommen sehr viele Standorte für die Verbreitung von UKW in Frage. UKW weisen ähnliche physikalische Verbreitungseigenschaften auf wie Lichtstrahlen. Die Sicht zum anvisierten Bedienungsgebiet muss ein Senderstandort als einzige Voraussetzung erfüllen. Es bestehen jedoch einschränkende Faktoren unter anderem für den Bau, wie auch der Wahl der Senderstandorte:³³

B.3.1.b.1 Internationales Fernmelderecht bzw. Genfer Abkommen 84

57. Das BAKOM nimmt die Frequenzplanung gemäss dem internationalen Wellenplan (Genfer Abkommen 84), den massgebenden Empfehlungen der internationalen Fernmeldeunion (ITU) sowie schweizerischer Vorgaben vor. Für die Frequenzkoordination des BAKOM sind Artikel 4 und 5 des Genfer Abkommen 84 massgebend.³⁴

58. Das Genfer Abkommen 84, das die Schweiz ratifiziert hat, teilt der Schweiz die UKW-Frequenzpositionen zu, welche für die Verbreitung der Radioprogramme in der Schweiz eingesetzt werden. Jede Frequenzposition ist an einen bestimmten Standort gebunden und durch weitere technische Merkmale wie die abgestrahlte Sendeleistung, die Polarisierung und das Diagramm der Antenne etc. gekennzeichnet. Nur die Einhaltung dieser Parameter erlaubt eine störungsfreie Nutzung des Äthers über die einzelnen Landesgrenzen hinweg. Diesbezüglich ist festzuhalten, dass der Störbereich einer Frequenz zehnmal

grösser ist als ihr Nutzbereich. Das heisst eine Frequenz, die ein Gebiet von 30km Durchmesser versorgt, kann in einem Umkreis von 300km nicht mehr verwendet werden. Da jedoch kein Punkt der Schweiz weiter als 70km zur nächsten Landesgrenze liegt, müssen praktisch alle Änderungen an schweizerischen Frequenzen mit den Behörden der Nachbarstaaten abgesprochen werden.³⁵

59. Es ist durchaus möglich, die Frequenzbelegung zu verändern (Beispielsweise eine Verschiebung des Standortes einer Frequenz), sofern wie schon oben dargelegt, die zuständigen Behörden der benachbarten Staaten diesem Wechsel zustimmen. Infolge der europaweiten Überbelegung des UKW-Frequenzbandes haben folglich Koordinationsanfragen quasi nur dann Aussicht auf Erfolg, wenn das anfragende Land Leistungsreduktionen oder Verschiebungen von Frequenzen an weniger exponierte (tiefer gelegene) Standorte anträgt beziehungsweise Projekte unterbreitet, die zu einer Senkung der Spektrumsbelastung gegenüber dem Ausland führen. Eine solche Frequenzumnutzung innerhalb der Schweiz würde kaum eine Effizienzerhöhung der Frequenzplanung herbeiführen, da sie deren Reichweite verringern, was indes dem medienpolitischen Ziel einer möglichst optimalen Nutzung der beschränkten Spektrumsressourcen widerspricht.³⁶

60. Die Entstehungsgeschichte der Konzessionsgebiete weist diesbezüglich auf eine optimale Nutzung der beschränkten Spektrumsressourcen, so wie der dafür benötigten Infrastruktur hin: im damaligen Radio- und Fernsehgesetz (RTVG) hatten die damaligen PTT-Betriebe, seit dem 5. November 1997 Swisscom,³⁷ die Pflicht, Sendernetzpläne nach den Weisungen des Bundesrates zu erstellen.³⁸ Dass die PTT während Jahren hinweg Eigentümer von grösstenteils sendetechnisch optimalen Standorten waren, zeigte sich in den UKW-Weisungen vom 31. August 1994 und 8. Mai 1996 des Bundesrates: die langjährigen frequenztechnischen und infrastrukturellen Gegebenheiten, die die PTT-Betriebe während der vergangenen Jahrzehnte geschaffen hatten, wurden weitgehend übernommen. Wohl wurden die UKW-Weisungen seit ihrem Bestehen verschiedentlich modifiziert, doch handelt es sich bei diesen Änderungen um Gebietsanpassungen, welche die von den PTT-Betrieben geschaffene Frequenztopografie nicht prinzipiell in Frage gestellt werden.³⁹

³¹ Vgl. RPV 2004/4, Seite 1282, Ziff. 25.

³² <http://de.wikipedia.org/wiki/Satellitenradio>.

³³ Vgl. Schreiben des BAKOM vom 18. August 2005, Seite 3/8.

³⁴ Vgl. Art. 3 Abs. 1, UKW-Weisungen.

³⁵ Vgl. Schreiben des BAKOM vom 18. August 2005, Seite 4.

³⁶ Vgl. Schreiben des BAKOM vom 18. August 2005, Seite 4.

³⁷ Vgl. Schreiben des BAKOM vom 9. März 2005, Seite 2.

³⁸ Vgl. altArt. 8. Abs. 1 RTVG.

³⁹ Vgl. Schreiben der BAKOM vom 18. August 2005, Seite 7.

61. Demzufolge kann festgehalten werden, dass eine grosse Frequenzumnutzung gesamthaft für die Schweiz wohl kaum eine Erhöhung der Effizienz herbeiführen würde und folglich grössere Frequenzverschiebungen unwahrscheinlich sind.

B.3.1.b.2 Radiolandschaft Schweiz: Konzessionen⁴⁰

62. Mit den gemäss internationalem Fernmelderecht zugewiesenen Frequenzressourcen wird durch den Bundesrat die Radiolandschaft auf nationaler/sprachregionaler und lokaler/regionaler Ebene organisiert.

63. Die SRG, sowie die Privatradios verbreiten ihre Radioprogramme folglich aufgrund einer Veranstalterkonzession (vgl. Ziff. 25).

64. **SRG-Konzession:** Der Bundesrat legt fest, wie viele Radioprogramme der nationale Service Public in den jeweiligen Sprachregionen über UKW zu verbreiten hat. Das UVEK regelt die Einzelheiten der Verbreitung im technischen Anhang zur SRG-Konzession.⁴¹

65. **Privatradiokonzessionen:** Der Bundesrat definiert in seinen UKW-Weisungen die medienpolitischen Vorgaben zur Gestaltung der lokalen/regionalen Radiogebiete. Er beschreibt die Umriss der einzelnen lokalen Versorgungsgebiete nach Massgabe von Artikel 22 RTVG. Er legt die Anzahl der pro Versorgungsgebiet auszuschreibende Konzessionen für lokale UKW-Programme fest.⁴²

66. Diese medienpolitischen Vorgaben leiten das BAKOM bei der Erstellung des UKW-Sendernetzplanes, das vom UVEK genehmigt werden muss. Konkret besteht der UKW-Sendernetzplan aus der Summe der technischen Netzbeschreibungen zu den einzelnen lokalen Radiokonzessionen. Als integrierter Bestandteil der Veranstalterkonzessionen unterliegen also auch die technischen Netzbeschreibungen, welche die Senderstandorte aufzählen sowie die technischen Parameter der zugeteilten UKW-Frequenzen festlegen, der Genehmigung durch das UVEK.⁴³

B.3.1.b.3 Baubewilligung von Senderstandorte

67. Die soeben erwähnte rundfunkrechtliche Konzession beinhaltet nicht die Erlaubnis für den Bau und Betrieb der Sender.⁴⁴

68. Im Planungsstadium ist jedoch (bevor der technische Netzbeschreibung zur Konzession durch das UVEK festgelegt wurde) durchaus möglich, dass nebst bestehenden Standorten eigene Vorschläge des Veranstalters - so etwa der Bau einer eigenen neuen Anlage - in Betracht gezogen und mit dem Gesuchsteller besprochen werden. Aufgrund der nachfolgend dargestellten Faktoren ist der Spielraum für eine Substitution bestehender Anlagen nur sehr beschränkt möglich: Es muss eine nach kantonalem Bau- und Planungsrecht vorgesehene Bewilligung eingeholt werden. Eine derartige Bewilligung ist auch aus Gründen des Landschaftsschutzes⁴⁵ immer schwieriger zu erhalten. Zudem reduziert die "Verordnung über den Schutz vor nicht ionisierender Strahlung (SR 814.710)"⁴⁶ vom 23. Dezember 1999 in bewohnten Gebieten die Mög-

lichkeit, neue Senderstandorte zu bauen. Würde jedoch der Bau einer Senderstation bewilligt, könnte dies für finanzschwache Privatradios sehr kostspielig sein.⁴⁷

69. Es besteht folglich kaum die Möglichkeit, eigene Senderstandorte aufzubauen.

70. Artikel 20b RTVG regelt diesbezüglich die "Mitbenutzung von Rundfunk- oder Fernmeldeanlagen".

B.3.1.b.4 Mobilfunkantennen

71. Mobilfunkantennen eignen sich kaum zur Verbreitung von Rundfunkprogrammen, da Fernmeldenetze eine andere Topologie aufweisen als Rundfunknetze. Fernmeldenetze sind viel engmaschiger strukturiert als Rundfunknetze. Sie sind folglich nur als Ergänzung zu ihren eigenen Netzen zu betrachten (4 von 7724 Telekommunikationsstandorte werden von Privatradios benutzt).⁴⁸

72. Mobilfunkantennen sind demzufolge kein Substitut für Rundfunkantennen.

B.3.1.c Ergebnis

73. Aufgrund oben stehender Erwägung folgt, dass der sachlich relevante Markt sich ausschliesslich auf die Verbreitung von Radiosignalen durch UKW und deren dafür benötigte Senderstationen beschränkt. Unter Berücksichtigung der einschränkenden Faktoren für die Wahl beziehungsweise den Bau eines Senderstandortes ist die **Topografie und die Art der Senderstandorte** quasi vorgegeben.

B.3.2 Räumlich relevanter Markt

74. Für die räumliche Marktabgrenzung stellt sich also die Frage, in welchem Gebiet die Radiostationen **Senderstandorte zur Programmverbreitung durch UKW** nachfragen. Der Eigentümer eines Senderstandortes ist entweder die Radiostation selbst oder ein anderer (SBAG, sowie andere private Radiostationen).

75. Grössere Radiostationen fragen theoretisch diese Dienstleistung schweizweit oder je nach Sprachgebiet (sprachregional) nach. Kleinere/Mittlere Radiostationen fragen diese Dienstleistung eher regional oder gar lokal nach.

⁴⁰ Art. 28 RTVV

⁴¹ Vgl. Schreiben der BAKOM vom 18. August 2005, Seite 5.

⁴² Vgl. Schreiben der BAKOM vom 18. August 2005, Seite 5.

⁴³ Vgl. Art. 1 RTVV, Art. 29 Abs. 1 RTVV, Art. 8 RTVG und Schreiben des BAKOM vom 18. August 2005, Seite 5.

⁴⁴ Vgl. Schreiben der BAKOM vom 18. August 2005, Seite 5.

⁴⁵ Vgl. Botschaft zum revidierten Fernmeldegesetz BBl 1996 III 1456.

⁴⁶ http://www.admin.ch/ch/d/sr/814_710/index.html.

⁴⁷ Vgl. Schreiben des BAKOM vom 15. August 2005, Seite 5/10.

⁴⁸vgl. Schreiben des BAKOM vom 15. August 2005, Seite 8.

76. Senderstandorte haben jedoch unterschiedliche Kapazitäten und demzufolge unterschiedlich grosse Versorgungsgebiete. Konkret bedeutet dies, dass grössere Radiostationen mit dem Ziel, schweizweit ihre Radioprogramme zu verbreiten, *unter anderem* Senderstandorte mit grossem Versorgungsgebiet beziehungsweise hoher Kapazität nachfragen. Mittlere/kleinere Radiostationen fragen hingegen Senderstandorte mit regionalem oder lokalem Versorgungsgebiet nach.

77. Eine genauere räumliche Abgrenzung kann in diesem Zusammenhang jedoch offen gelassen werden, da aufgrund der einschränkenden Faktoren bezüglich der/des Wahl/Baus von Senderstandorten sowie der vorgegebenen Konzessionen (vgl. Ziff. 25 und Kapitel B.3.1.b.2), den teilweise ungenügenden technischen Gegebenheiten bezüglich der Kapazitäten der Senderstandorte (vgl. Ziff. 76), den äusserst restriktiv erteilten Baubewilligungen (vgl. Kapitel B.3.1.b.3) und des Genfer Abkommens (vgl. Kapitel B.3.1.b.1) die Radiostationen ihre Senderstandorte weder auswählen, sowie (kaum) eigene bauen können.

78. Daraus folgt, dass eine Substitution bestehender Anlagen Dritter (SBAG sowie andere Eigentümer) nur *sehr* beschränkt möglich ist.

B.4 Marktstellung der Swisscom Broadcast AG

B.4.1 Aktueller Wettbewerb

79. Die SBAG vermietet in der Schweiz Senderstandorte für die Ausstrahlung von Radioprogrammen durch UKW.

80. Die 399 Senderstandorte für die UKW-Verbreitung können in vier Gruppen eingeteilt werden, welche sich in ihrer Kapazität unterscheiden.

	Anzahl Standorte	Davon SBAG-Eigentümer	Marktanteil in %
ERP ⁴⁹ <1KW ⁵⁰	317	186	58,7
1KW≤ERP≤10KW	65	49	75,4
10 KW≤ERP≤50KW	10	9	90
ERP ≥50KW	7	7	100
Total	399	251	62,9

Quelle: BAKOM, Stand 17. August 2005

81. Von 399 Senderstandorten gehören deren 251 der SBAG. Dies entspricht einem Marktanteil von 62,9%. Insbesondere steigt bei grösserer Senderkapazität der Marktanteil der SBAG (bei den 7 leistungsstärksten Sendern verfügt die SBAG über 100% Marktanteil, d.h. über ein Monopol).

82. Die folgende Tabelle zeigt die Anzahl der gemieteten SBAG-Senderstandorte (Total 251 sind im Eigen-

tum der SBAG) für ausschliesslich die SRG oder privater Radiostationen, sowie für alle Radiostationen.

	Anzahl SBAG-Standorte	Anteil in % von 251
Nur SRG	169	67,3
Nur Privatradios	15	6
Privatradios und SRG	67	26,7
Total	251	

Quelle: BAKOM

83. Die Gesamtbenützung der SRG an SBAG-Senderstandorte beziffert sich auf 236 (=169+67), das heisst die SRG mietet 94% der 251 Senderstandorte der SBAG.

84. Die Gesamtbenützung der SBAG-Senderstandorte durch Privatradios beläuft sich auf 82 (=15+67), folglich mieten die Privatradios 32,6% der 251 Senderstandorte der SBAG.

85. Die 148 Senderstandorte anderer Eigentümer als der SBAG werden folgendermassen von der SRG und den Privatradios benutzt:

	Anzahl Standorte anderer Eigentümer als SBAG	Anteil in % von 148
Nur SRG	2	1,3
Nur Privatradios	136	91,9
Privatradios und SRG	10	6,8
Total	148	

86. Die Gesamtbenützung der SRG an den Senderstandorten anderer Eigentümer als die SBAG beziffert sich auf 12 (=2+10). Die SRG mietet folglich 8,1% der 148 Senderstandorte anderer Eigentümer als die SBAG.

87. Die Gesamtbenützung der Privatradios an den Senderstandorten diverser Eigentümer beziffert sich auf 146 (=136+10). Die Privatradios mieten hingegen 98,6% der 148 Senderstandorte anderer Eigentümer als die SBAG.

⁴⁹ Effektive Sendeleistung unter Berücksichtigung des Antennengewinns (*Effective Radiated Power*).

⁵⁰ Kurzwelle, zwischen 3 und 30 MHz.

88. Von den 399 Senderstandorten für die UKW-Verbreitung dienen 248 (=236+12) der Verbreitung der Radioprogramme der SRG. Von den 248 Standorten gehören 236 (=169+67) der SBAG, sprich 95,1% der gesamthaft gemieteten Senderstandorte der SRG gehören der SBAG.

89. Von den 399 Senderstandorten für UKW-Verbreitung kommen 228 Standorte (=82+146) für die Verbreitung von Radioprogrammen der Privatradios zum Einsatz. Von den 228 Standorten sind 82 (=15+67) im Eigentum der SBAG. Das heisst 35,9% der gesamthaft gemieteten Senderstandorte der *Privatradios* gehören der SBAG.

90. Im relevanten Markt kann seitens der Privatradios *theoretisch* nicht von einer Marktbeherrschung der SBAG bezüglich Senderstandorte ausgegangen werden. Was die SRG betrifft, wird mangels entsprechenden Auftrags nicht weiter darauf eingegangen:

91. Die Marktanteile wurden der Vollständigkeit halber dargelegt. Für eine Beurteilung ist jedoch die Tatsache relevant, dass die Radioveranstalter keine freie Wahl der Senderstandorte haben (vgl. Ziff. 25, Kapitel B.3.1.b.2). Im technischen Netzbesrieb⁵¹ der Konzession werden jeweils verschiedene Standorte mittels Verfügung verbindlich festgelegt. Die Radioveranstalter sind verpflichtet, sich daran zu halten (vgl. Ziff. 66).

92. Obwohl für jedes Versorgungsgebiet theoretisch oftmals mehrere Senderstandorte zur Verfügung stehen würden, besteht für eine Privatradiostation wie in Ziffer 73 dargelegt, keine Wahlmöglichkeit zwischen verschiedenen Senderstationen (die vorgegebenen Senderstandorte im Netzbesrieb werden auch alle von den Radiostationen benutzt) (vgl. Ziff. 77 f.). Das heisst, aus Sicht jedes einzelnen Radioveranstalters verfügt *jede Senderstation über ein Gebietsmonopol*.

B.4.2 Potenzieller Wettbewerb

93. Die aktuell fehlende Konkurrenz verlangt eine Analyse der potenziellen Konkurrenz, um festzustellen, inwieweit die im Markt stehende SBAG durch potenzielle Wettbewerber in ihren Verhaltensspielräumen eingeschränkt werden könnte.

94. Mindestens *im heutigen Zeitpunkt* wurde in den oben dargelegten Kapiteln für die Schweiz ein vollständiges Substitut für die Verbreitungsart von Radioprogrammen über UKW (vgl. Kapitel B.3.1.a), sowie für die dafür benötigte Infrastruktur ausgeschlossen (vgl. Kapitel B.3.1.b). UKW wird auch noch in der Zukunft noch mindestens während der *kommenden 15 Jahren* die wichtigste Verbreitungsart darstellen (vgl. Ziff. 34). Kosten und dargestellte Restriktionen verhindern, dass Dritte in ausreichendem Ausmass neue Senderstandorte erstellen können (vgl. Ziff. 68 f.). Daher besteht kaum potenzieller Wettbewerb.

B.4.3 Die Marktgegenseite

95. Da weder die aktuelle noch die potenzielle Konkurrenz aufgrund der bisherigen Erläuterungen ausreichen, den Verhaltensspielraum der SBAG in der Preisfestlegung massgeblich zu beschränken, ist es

angebracht, die allfällige Verhandlungsmacht der Marktgegenseite (SRG, Privatradios) zu erläutern.

96. Aufgrund der in Ziffer 91 dargelegten Einschränkungen befinden sich die Radiostationen in einer abhängigen Position gegenüber der SBAG, sowie anderen Eigentümer von Senderstandorten. Es besteht folglich keine starke Verhandlungsmacht seitens der Radiostationen.

B.4.4 Ergebnis

97. Aufgrund der Beurteilung des aktuellen sowie potenziellen Wettbewerbs und der Analyse der Marktgegenseite ergibt sich, dass die SBAG, wie auch andere Eigentümer von Senderstandorten, auf dem relevanten Markt eine marktbeherrschende und damit ohne weiteres marktmächtige Stellung besitzen (vgl. Ziff. 10 ff.). Daher wird nachfolgend lediglich der Vollständigkeit halber summarisch auf das Kriterium des wirksamen Wettbewerbs eingegangen.

B.5 Wirksamer Wettbewerb

98. Preissmissbrauch im Sinne des PüG kann nur vorliegen, wenn die Preise auf dem betreffenden Markt nicht das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs sind (Art. 12 Abs. 1 PüG). Wettbewerb soll die in einem Markt handelnden Unternehmen zwingen oder anspornen, das Preis-Leistungs-Verhältnis zu verbessern und zu diesem Zweck den Ressourceneinsatz zu optimieren, die Produkte und Produktionskapazitäten an die äusseren Bedingungen anzupassen sowie neue Produkte und Produktionsverfahren zu entwickeln. Wirksamer Wettbewerb besteht, wenn diese zentralen Funktionen des Wettbewerbs auf einem bestimmten Markt nicht erheblich gestört sind (vgl. Botschaft zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23.11.1994, S. 44 ff.). Von wirksamem Wettbewerb kann insbesondere dann ausgegangen werden, wenn die Abnehmer die Möglichkeit haben, ohne erheblichen Aufwand auf vergleichbare Angebote auszuweichen (Art. 12 Abs. 2 PüG).

99. Es bleibt somit zu prüfen, ob der von SBAG erhobene Preis für die Miete ihrer Senderstandorte das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs ist und das PüG somit im konkreten Fall zur Anwendung kommt.

100. Gegenwärtig ist ein allfälliger Marktzutritt durch andere Verbreitungstechnologien, insbesondere wie DAB (vgl. Ziff 27 ff.), mit noch zu vielen ungeeigneten technischen Gegebenheiten behaftet, als dass kurz- und mittelfristig die Radiostationen die Möglichkeit haben, ohne erheblichen Aufwand auf vergleichbare Angebote auszuweichen.⁵²

⁵¹ Beispiel für Radio BeO: <http://www.bakom.ch/imperia/md/content/deutsch/radiotv2/konzessionierung/datenblaetter/beo.pdf>.

⁵² Vgl. Art. 12 Abs. 2 PüG.

101. Gemäss BAKOM ist an eine vollständige Abdeckung der Schweiz mit T-DAB-Signalen in den nächsten Jahren nach wie vor nicht zu denken (vgl. Ziff. 32 ff.).

102. Deshalb ist im heutigen Zeitpunkt nach wie vor davon auszugehen, dass sich SBAG noch immer als Monopolist auf dem relevanten Markt bewegt, und somit der von SBAG erhobene Preis für die Miete ihrer Senderstandorte für die Verbreitung von analogen Radioprogrammen nicht das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs ist.

C SCHLUSSFOLGERUNG

103. Zu der vom BAKOM *gestellten Frage* nimmt die Weko wie folgt Stellung:

- SBAG verfügt im Bereich des relevanten Marktes für die Verbreitung von Radioprogrammen über UKW über deren Senderstandorte über Marktmacht im Sinne von Artikel 2 PÜG.
- Die Preise von SBAG für die Miete ihrer Senderstandorte sind gegenwärtig nicht das Ergebnis wirksamen Wettbewerbs.

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
Gewerblicher Rechtsschutz
und Urheberrecht

GRUR

Gemeinschaftsunternehmen

GU

H

HGer

Handelsgericht

HMG

Heilmittelgesetz

I

IPRG

Bundesgesetz über das internationale
Privatrecht

IVöB

Interkantonale Vereinbarung über das
öffentliche Beschaffungswesen**J**

JAAC

Jurisprudence des autorités
administratives de la
Confédération

JdT

Journal des Tribunaux

K

KG

Kartellgesetz

KMU

Kleine und mittlere Unternehmen

KSG

Konkordat über die
Schiedsgerichtsbarkeit
Bundesgesetz über die
Krankenversicherung

KVG

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

LOTG

Legge federale sugli ostacoli tecnici
commercio

LPM

Loi fédérale sur la protection des
marques

LRFP

Loi fédérale sur la responsabilité du fait

LSPr

Legge federale sulla sorveglianza dei
prezzi**M****N****O**

O

Ordonnance

OCDE

Organisation de Coopération
et de Développement Economique

OCSE

Organizzazione per la cooperazione e
lo sviluppo economico

OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development	SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (=RSDA)
OFAP	Office fédéral des assurances privées	<i>T</i>	
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege	TA	Tribunal administratif
OGer	Obergericht	TApp	Tribunale d'Appello
OJ	Loi fédérale sur l'organisation judiciaire	TC	Tribunal cantonal / Tribunale cantonale
OMC	Organisation mondiale du commerce	TF	Tribunal fédéral / Tribunale federale
OMP	Ordonnance sur les marchés publics	THG	Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse
OR	Obligationenrecht		
OTVA	Ordonnance concernant la taxe sur la valeur ajoutée	TRIPS	Trade Related Aspects on Intellectual Property
P		U	
PA	Loi fédérale sur la procédure administrative	UE	Union Européenne
PCF	Loi fédérale sur la procédure civile fédérale	UFIAML	Ufficio federale dell'industria, delle arti e mestieri e del lavoro
PJA	Pratique Juridique Actuelle (=AJP)	URG	Bundesgesetz über das Urheberrecht
Pra.	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts	URP	Umweltrecht in der Praxis (=DEP)
PrHG	Produkthaftpflichtgesetz	UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
Publ.CCSP	Publications de la Commission suisse des cartels et du préposé à la surveillance des prix	V	
PüG	Preisüberwachungsgesetz	VKKP	Veröffentlichungen der Kartellkommission und des Preisüberwachers
Q		VKU	Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen
R		VoeB	Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal	VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (=JAAC)
RDAT	Rivista di diritto amministrativo ticinese	VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren
RDS	Revue de droit suisse (=ZSR)	W	
REKO/WEF	Rekurskommission für Wettbewerbsfragen	WTO	Welthandelsorganisation (World Trade Organization)
Rep. Patria	Repertorio di Giurisprudenza	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
RJB	Revue de la société des juristes bernois (=ZBJV)	X	
RO	Recueil officiel des lois fédérales (=AS)	Y	
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs (=DPC)	Z	
RR	Regierungsrat	ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (=RNRF)
RS	Recueil systématique des lois fédérales (=SR)	ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (RJB)
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (=SZW)	ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
RSJ	Revue suisse de jurisprudence (=SJZ)	ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle (=SMI)	ZPO	Zivilprozessordnung
S		ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband		
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbeitreibung und Konkurs		
SHAB	Schweizerisches Handels-amtsblatt		
SJ	La semaine judiciaire		
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (=RSJ)		
SMI	Schweizerische Mitteilungen über Immaterialgüterrecht (=RSPI)		
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (=RS)		
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch		
StR	Ständerat		

Index

	A		
abgestimmtes Verhalten -		Marktgegenseite 599 ff., 621 ff., 628, 630, 632 f., 637, 641 f., 644, 651, 653, 673 ff., 683 ff., 696, 699 f., 719, 727	
abgestimmte Verhaltensweise -		Marktorganisation -	
Abrede 676, 681, 711, 714		Marktstruktur 634, 661, 673 f., 699	
Acquiring -		Marktzutrittsschranken 674, 690 f., 697 f.	
Anhörung 676 ff., 682		Meldepflicht 620 f., 628, 632, 636 f., 369 ff., 651	
Apotheker/innen 644		Missbrauch 599, 601, 676, 698, 700, 708, 727	
Ärzte(-Verband) 639, 641, 644 f.			N
	B		O
Breitbanddienste -			P
Bündelung vertikaler Restriktionen -		Parallelverhalten -	
	C	potenzieller Wettbewerb 643 f., 679, 684 f., 697, 699, 727	
	D	Preisabrede (keine) 706	
	E	Preisbindung zweiter Hand -	
Effizienzgründe 638, 682		Privatkliniken -	
Effizienzprüfung -			Q
Einstellung einer Untersuchung -		Quersubventionierung 604, 678	
einvernehmliche Regelung 706			R
Exklusivvertrieb 672		Rabatte 679 f., 695	
	F	Reduktion der Sanktion -	
	G		S
geografische Beschränkungen -		Senkung Herstellkosten -	
Grosskunden-Märkte -		Submission 704, 706	
	H	Submissionskartell -	
Hersteller und Grossisten von Tierarzneimitteln -			T
	I	Tarife -	
Indizienbeweis -		Tarifvertrag -	
Internalisierung eines Kostenfaktors -		Tierärzte/innen -	
	J		U
	K	Untersuchung 645, 666 ff., 672, 679 f., 682 f., 690, 692 f., 702, 704 ff., 708 ff.	
Kanton Aargau -		unzulässige Wettbewerbsabrede 605, 704	
kollektive Marktbeherrschung -			V
Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen 599, 619, 627 f., 651, 683, 719		vermutungsweise unzulässige Vertikalabrede -	
Koppelungsgeschäft -		Veröffentlichung 664	
Krankenversicherer -		Verschulden -	
Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft -		vorbehaltene Vorschriften 598 f., 620, 628, 632, 640, 651	
	L	vorgezogene Recyclinggebühren -	
legitimate business reasons 601, 702			W
	M	Wettbewerb um den Markt -	
Marktaufteilung (keine) -			X
marktbeherrschende Stellung 598 ff., 621, 626, 628, 630, 634 f., 637, 646, 651 ff., 656, 672 f., 681, 692, 697, 700, 702, 711			Y
			Z